

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

JANAÍNA MACHADO STURZA

MARIA APARECIDA ALKIMIN

REGINA VERA VILLAS BOAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Janaína Machado Sturza; Maria Aparecida Alkimin; Regina Vera Villas Boas – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-617-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

Apresentação

Os Coordenadores do “GT Direitos Sociais e Políticas Públicas II” que assinam, abaixo, apresentam o presente Livro, relacionando os títulos e autores dos trabalhos científicos selecionados e efetivamente expostos no Grupo de Trabalho referido, que fez parte do XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, cuja temática principal reflexionada tratou do “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural”, no período entre 13 e 15 de junho de 2018, nas dependências da Universidade Federal da Bahia (UFBA).

Participaram pesquisadores de diversas regiões do país, os quais representaram diversos Programas qualificados de Pós-Graduação em Direito, proporcionando ricos e expressivos debates no Grupo de Trabalho, o que possibilitou genuína troca de experiências, investigações científicas e estudos, fortalecendo a pesquisa acadêmica e a orientação da prática jurídica.

A realidade cotidiana trazida à baila, revelou heterogeneidade em algumas situações relacionadas à efetividade dos direitos sociais e, homogeneidade em outras, listadas pelas políticas públicas regionais. Concluíram os debates, de um lado, que vários direitos fundamentais sociais não são efetivados nas diversas regiões do país, devido, notadamente, a ausência e/ou ineficiência das políticas públicas desenvolvidas e/ou praticadas pelos governantes e, de outro lado, foram trazidas algumas poucas experiências que demonstraram a existência de políticas de práticas integrativas e complementares, concretizadoras de direitos sociais.

É árduo e incomum o esforço de conciliar os direitos sociais com as políticas públicas, fato este que impõe um grande desafio aos operadores do Direito, aos governantes e gestores dos sistemas legislativo, judiciário e executivo, às instituições jurídicas e sociais, aos contribuintes e não contribuintes do sistema tributário, entre outros, que compõem o Estado Socioambiental Democrático de Direito, razão pela qual todos os esforços que buscam colaborar com a efetividade dos direitos, como o que, ora, a academia realiza, é sempre muito bem-vindo.

Nesse sentido, o GT Direitos Sociais e Políticas Públicas II, corroborou com alegria essa tarefa acadêmica, identificando, selecionando e debatendo temáticas relativas aos Direitos Sociais, as Políticas Públicas e seus variados matizes, estimulando debates ricos e concernentes aos temas das investigações.

As exposições respeitaram, inicialmente, uma divisão em Grupos, orientada pelos Coordenadores, que aproximaram trabalhos com temáticas semelhantes, buscando tornar os debates mais profícuos, proveitosos e interessantes aos participantes. O tempo foi organizado de maneira a possibilitar a cada um dos autores-expositores “per se”, não mais que oito minutos para a exposição dos seus textos, abrindo-se, assim, a oportunidade de realização de debates, no final das exposições de cada Grupo, ocorrendo, em seguida, o fechamento dos debates pelos Coordenadores do GT.

Inicialmente, foram aprovados e selecionados para participarem do “GT Direitos Sociais e Políticas Públicas II” vinte e dois trabalhos, dos quais somente dezenove foram expostos no evento. Fazem parte deste volume do Livro, os dezenove textos apreciados, aprovados e efetivamente apresentados no CONOPEDI Salvador, conforme anotado, a seguir.

Seguido relação apresentada, abaixo, os primeiros textos trazem à baila temática relacionada às pessoas com deficiência, incluindo nos debates idosos, pessoas com fissura labiopalatina e dificuldades existentes em torno da nomenclatura adequada para essa minoria. Os textos seguintes discutem sobre os direitos: à alimentação adequada, ao saneamento básico, à saúde pública sustentável, à informação realizando o direito à saúde, e à judicialização da saúde pública no Brasil. A seguir, discute o artigo sobre a implementação da política pública do livro didático no Brasil, efetivando o Programa Nacional do Livro Didático e questionando o processo de escolha das publicações. Outro texto estuda os subsistemas normativos e a proteção de minorias, valendo-se dos princípios de justiça de Rawls. Em seguida, revelam-se políticas públicas de proteção social no Brasil e o programa de transferência de renda (bolsa família). O próximo texto leciona sobre os impactos da Lei nº 13.019/2014, lei das organizações da sociedade civil na participação popular e na efetivação de políticas públicas sociais, este seguido por artigo que aponta o registro civil das pessoas naturais como instrumento do biopoder e de auxílio ao planejamento urbano. Os textos expostos ao final discutem sobre: o controle judicial das políticas públicas no Brasil e o projeto de Lei nº 8.058 /15; os incentivos fiscais como alternativa à discriminação e ao preconceito sofrido pelas pessoas com HIV; a política sobre gênero, sexualidade e orientação sexual diante da base nacional comum curricular (BNCC) e consequências trazidas ao movimento LGBTTQIS; a importância da diversidade étnico-racial nas universidades e poder judiciário; o controle judicial das políticas públicas ambientais; e a importância dos mecanismos de aferição de

resultados e apuração de violações dos direitos sociais relacionadas à definição das políticas públicas.

Seguindo referida divisão temática, por derradeiro, se relaciona, abaixo, os nomes dos autores, coautores, títulos dos trabalhos, e um brevíssimo resumo do conteúdo principal extraído de cada texto, todos eles em conjunto, compondo a presente Obra.

1-Regina Vera Villas Bôas e Gilmar Palomino dos Santos

Título: O direito fundamental à moradia do idoso e as necessárias adaptações arquitetônicas do meio ambiente concretizando uma vida digna

O texto reflete sobre situações enfrentadas pelo idoso, apontando a importância da aplicação do desenho universal nos projetos arquitetônicos, de maneira a corroborar a sua dignidade, ofertando-lhe uma moradia adequada, com espaços compatíveis e acessíveis. Mostra que o direito fundamental à moradia adequada ganha força quando se aplica aos projetos arquitetônicos as regras do desenho universal, concretizando, assim, a dignidade humana, respeitando-se as normas jurídicas infraconstitucionais e o texto constitucional. Para tanto, traz à baila, também, um rico diálogo entre o Direito e o cinema, anotando algumas passagens do Filme “Um amor de estimação”, produzido em 2014, na Inglaterra.

2-Cláudia dos Santos Costa

Título: A proteção social do estado à pessoa com deficiência: uma análise comparada entre Brasil e Portugal

O texto revela que a garantia dos direitos das pessoas com deficiência é uma temática mundial, abrigada pelas convenções e tratados internacionais, referindo-se à luta historicamente marcada por situações de indiferença e de desrespeito. Procura discutir as questões sobre: qual é a nomenclatura adequada a ser adotada: deficiente, portador de deficiência ou pessoa com deficiência?; qual é o local adequado para o atendimento educacional das crianças: as escolas regulares ou especializadas?; qual o papel do Estado na garantia da condição de cidadania às pessoas com deficiência? Traz, ao final, um debate a respeito do direito à Educação, comparando o texto constitucional brasileiro e o português.

3-Renata Cezar, Thyago Cezar

Título: Deficiência seletiva: a dificuldade do reconhecimento das deficiências reabilitáveis - análise de caso da fissura labiopalatina

Procura demonstrar a necessidade de quebrar as barreiras seletivas do reconhecimento da deficiência reabilitável, sua conceituação e importância no tratamento, possibilitando atendimento prioritário e outros benefícios ao portador de fissura labiopalatina. Realiza uma análise de caso da fissura labiopalatina, com base no Estatuto da Pessoa com Deficiência, e nas legislações estaduais, buscando o reconhecimento da fissura labiopalatina como uma deficiência, passível, ou não, de reabilitação, devido ao longo tempo exigido para o seu de tratamento.

4-Thais Xavier Ferreira Da Costa, Edna Nascimento dos Anjos

Título: O direito fundamental à alimentação escolar como meio de realização da dignidade da pessoa humana - aspectos legais, sociais e doutrinários

Trata a pesquisa do direito à alimentação escolar como um direito fundamental social e desdobramento do direito humano à alimentação adequada, objetivando demonstrar o caráter social brasileiro da merenda escolar, e a sua importância para realização da dignidade da pessoa humana.

5-Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Cristiane Araújo Mendonça Saliba

Título: O saneamento básico como direito fundamental: a eficácia da política pública pela judicialização

Ao se referir aos direitos sociais e baseado nas lições de Norberto Bobbio, afirma que o Estado tem o dever de promover os direitos humanos, concedendo a todos uma vida digna que se realiza pela saúde e pelo saneamento básico, entre outros direitos. Os direitos a serem efetivados devem estar inseridos nas Constituições, estendendo-se a todos os seres humanos. Lembra que, todavia, os responsáveis pela sua concretização, muitas vezes, não cumprem o mínimo almejado. Lembra a importância do direito ao saneamento básico como direito fundamenta, alertando para o fato de que, diante da não efetivação das políticas públicas, o poder judiciário cumpre papel de muita relevância.

6-Laura Lúcia da Silva Amorim

Título: Doze anos da política de práticas integrativas e complementares no sus – uma questão de direito e saúde pública sustentável

Analisa os motivos que levaram a publicação da Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares para o Sistema Único de Saúde (SUS), há doze anos, e reflete sobre o porquê de as mesmas não serem, ainda, oportunizadas ao cidadão brasileiro, de maneira ampla e efetiva, trazendo à baila as práticas da yoga, reiki, entre outras.

7-Janaina Machado Sturza e Karen Cristina Correa de Melo

Título: O direito à informação e o princípio da publicidade: interlocuções com as políticas públicas para a efetivação do direito à saúde

Demonstra o papel indispensável do acesso à informação e do princípio da publicidade na Administração Pública, estabelecendo interlocuções com as políticas públicas de fomento ao direito à saúde. Afirma que as políticas públicas em matéria de saúde, na persecução do cumprimento de sua previsão constitucional, podem restar inócuas se não forem prestadas informações adequadas e compreensíveis à população e a correspondente publicidade que atinja a população-alvo a que se destina a medida no direito fundamental à saúde.

8-Andre Geraldo Santos Cardoso De Mesquita

Título: Judicialização da saúde pública no Brasil: caminhos que se cruzam na busca da efetivação de direitos

Objetiva debater sobre a judicialização da saúde pública no Brasil e o atual protagonismo judicial do Poder Judiciário, sobretudo, sobre os limites das decisões judiciais em relação a aplicação anômala de políticas públicas, no contexto do Estado Democrático de Direito.

9- Vanessa Pinzon, Letícia Lassen Petersen

Título: Política pública do livro didático: arquitetura e implementação no estado brasileiro

Refere-se à educação, clamando pela implementação da Política Pública do Livro Didático no Brasil, a qual se efetiva pelo Programa Nacional do Livro Didático (PNLD). Discute o processo de escolha das publicações, pressupondo ser determinante a opinião do educador

que fará uso do livro didático. Traz a opinião dos profissionais da educação em relação ao PNLD, bem como constata que a formação crítica-cidadã do educando fica comprometida devido ao desconhecimento do contexto social/cultural.

10-Dalton Rodrigues Franco, Carolina Rodrigues de Souza

Título: Os subsistemas normativos e a proteção de minorias

Aprecia e identifica a cobertura endógena de proteção das minorias nos subsistemas normativos. Vale-se de dois princípios de justiça de Rawls para discutir a sensibilidade das cidades de Nova Iguaçu e Rio de Janeiro, por meio de subsistemas comparados, em relação à proteção da mulher e da mulher negra. Constata que as cidades analisadas não localizam teórica e operacionalmente as minorias prioritárias, e que os documentos revelam a existência de falta de clareza no esquema de proteção da vida e do bem-estar das categorias estudadas; além de que os instrumentos apreciados revelam a ignorância relativa ao dinamismo das posições minoritárias no tempo.

11 -Ismael Francisco de Souza

Título: Políticas públicas de proteção social no Brasil: apontamentos sobre o programa de transferência de renda - bolsa família

Apresenta a construção histórica das políticas de proteção social no Brasil até a sua materialização no ordenamento constitucional, como direitos socioassistenciais, dialogando com o Programa de transferência de renda – Bolsa Família, como fio condutor das garantias de renda, necessário às famílias vulneráveis, economicamente. Entende que o Programa enquanto integrante das políticas públicas de assistência social perpassa o reconhecimento enquanto direito social, direito imprescindível ao reconhecimento da cidadania daqueles em situação de exclusão e vulnerabilidade.

12 -Camila Barreto Pinto Silva, Cristina Barbosa Rodrigues

Título: Os impactos da lei n. 13.019/2014, lei das organizações da sociedade civil na participação popular e na efetivação de políticas públicas sociais

Analisa a atuação integrada do Estado e das entidades do Terceiro Setor, realizando atividades de interesse público, em especial as entidades sem fins lucrativos, agora disciplinadas pela Lei n. 13.019/2014 (O.S.C's – Organizações da Sociedade Civil), que

celebram com o Poder Público instrumentos bilaterais para implantação de políticas públicas, com repasse de recursos, observado os princípios da eficiência, moralidade administrativa e da participação popular, objetivando verificar as inovações trazidas pela Lei referida.

13-Jefferson Aparecido Dias, Olavo Figueiredo Cardoso Junior

Título: O registro civil das pessoas naturais: instrumento do biopoder e de auxílio ao planejamento urbano

Analisa o Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN) como instrumento do biopoder em proveito de um melhor planejamento urbano. O RCPN, além de ser fundamental à sociedade para a segurança e a estabilidade das relações jurídicas, também possui potencialidade para servir ao melhor planejamento urbano e à eficiência do Estado, a partir de sua concepção como importante mecanismo de controle, decorrente do biopoder.

14 - Bruno de Farias Favaro, Reginaldo de Souza Vieira

Título: O controle judicial de políticas públicas no Brasil: uma análise do projeto de Lei nº 8.058/15

Revela que, atualmente, os fóruns e tribunais brasileiros realizam atividades intrínsecas à Administração Pública de maneira rotineira na via judicial, tais quais estabelecerem critérios para o fornecimento de medicamentos, gerenciamento de recursos educacionais e administração das pretensões previdenciárias. Mostra que o Projeto de Lei nº 8.058/2014, em trâmite na Câmara de Deputados, objetiva instituir processo especial para o controle e intervenção judicial nas políticas públicas. Analisa o Projeto para perquirir sobre a sua adequação à atual encruzilhada institucional em que se encontra o país.

15- Luana Petry Valentim

Título: Incentivos fiscais como uma alternativa à discriminação e ao preconceito sofrido pelas pessoas vivendo com HIV

Analisa possíveis contradições e/ou divergências entre decisões judiciais prolatadas pelos Tribunais Regionais Federais, nos casos envoltos de pretensões de aposentadoria das pessoas com HIV/AIDS, devido ao preconceito. Utiliza a teoria alexyana, para concluir que decisões judiciais que envolvem colisão entre princípios relacionados a direitos fundamentais devem ser solucionadas à luz do caso concreto. Revela a necessidade de se buscar a

uniformização de pressupostos teóricos e pragmáticos que sustentem o processo decisório do Poder Judiciário, além de políticas públicas voltadas a esse grupo de pessoas.

16 - Paulo Roberto De Souza Junior

Título: Análise da política sobre gênero, sexualidade e orientação sexual na atual base nacional comum curricular (BNCC) e suas consequências ao movimento LGBTTTQIS.

Afirma que a violência contra o movimento LGBTTTQIs ignora fronteiras, princípios e leis, e que até a edição da atual BNCC, no âmbito escolar, haviam políticas sobre o gênero, sexualidades e orientação sexual atendendo-lhes. Diz que referida publicação faz nascer um retrocesso devido à omissão de matérias importante, analisa, nesta perspectiva, o atual cenário político, objetivando identificar caminhos que autorizem a revisão desta política, além de constatar a necessidade de se estabelecer encontros que garantam a prática de políticas públicas que preservem a diversidade e o respeito às diferenças.

17-Ana Graciema Gonçalves Pereira

Título: A importância da diversidade etno-racial nas universidades e no poder judiciário

Revela a importância social da representatividade da diversidade étnica-racial tanto nas universidades, como no poder judiciário. Cita decisões da Suprema Corte Americana e sob a ótica nacional, reflexiona sobre as políticas afirmativas inclusivas, agregando expectativas nas instituições públicas e na iniciativa privada, tendentes a promoção de maior diversidade nos ambientes de trabalho, com ganhos institucionais e sociais inerentes ao incremento desta diversidade e do pluralismo. Leciona que a representatividade das etnias-raciais no corpo docente das universidades e no poder judiciário garante a representatividade da população e o protagonismo no processo de transformação social.

18-Cecília Lettninn Torres, Liane Francisca Hüning Pazinato

Título: Controle judicial das políticas públicas ambientais. uma análise jurisprudencial contemporânea

Reflete sobre a carência de atenção redobrada por que passa o meio ambiente, esta consubstanciada no viés constitucional da preservação ambiental para presentes e futuras gerações. Objetiva, nessa ótica, apreciar situações de controle judicial na intervenção dos atos do poder executivo, compelindo à implementação de políticas públicas ambientais. Propõe a

discussão a respeito da maneira como o judiciário colabora, nos limites da lei, estimulando, assim, a preservação ambiental.

19-Monique Fernandes Santos Matos

Título: A importância dos mecanismos de aferição de resultados e apuração de violações a direitos sociais cometidas pelos estados para a definição de políticas públicas

O texto traz a importância dos mecanismos de aferição de resultados e de apuração de violações cometidas pelos Estados para o desenvolvimento de políticas públicas de aplicação de direitos sociais. Informa que por métodos e técnicas de pesquisa realizados pelo raciocínio dedutivo e com revisão bibliográfica da teoria jurídica e filosófica, pode concluir que o regime jurídico dos direitos sociais e as dificuldades de concretização apontam incontornabilidade do desenvolvimento de mecanismos de aferição de resultados e apuração de violações ao avanço das políticas públicas.

Pois bem. São esses os resumos dos textos que compõem o presente Livro. As temáticas debatidas são atuais, relevantes e de grande interesse nacional e internacional, razão pela qual estão todos convidados a mergulharem nos referidos textos, realizando uma profícua, atenta e saborosa leitura.

Salvador, 15 de junho de 2018.

Coordenadoras do GT Direitos Sociais e Políticas Públicas II

Professora Doutora: Regina Vera Villas Bôas

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e UNISAL (Lorena)

Professora Doutora: Maria Aparecida Alkimin

Centro Universitário Salesiano de São Paulo – Unidade Lorena (UNISAL)

Professora Doutora Janaína Machado Sturza

Universidade Regional do Noroeste do E. do Rio Grande do Sul (UNIJUI)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: CAMINHOS QUE SE CRUZAM NA BUSCA DA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

JUDICIALIZATION OF PUBLIC HEALTH IN BRAZIL: PATHS INTERSECT IN THE SEARCH FOR EFFECTIVE RIGHTS

Andre Geraldo Santos Cardoso De Mesquita ¹

Resumo

O Presente estudo tem o objetivo de analisar a questão referente à judicialização da saúde pública no Brasil e o atual protagonismo judicial do Poder Judiciário, sobretudo, sobre os limites das decisões judiciais em relação a aplicação anômala de políticas públicas no contexto democrático.

Palavras-chave: Judicialização da saúde, Políticas públicas, Protagonismo judicial, Decisões judiciais, Legitimidade democrática

Abstract/Resumen/Résumé

The present study has the objective of analyzing the question of the judicialization of public health in Brazil and the current judicial role of the judiciary, above all, the limits of judicial decisions in relation to the anomalous application of public policies in the democratic context.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicialization of health, Public policy, Judicial protagonism, Judicial decisions, Democratic legitimacy

¹ Mestrando do Programa de Pós-Graduação Stricto Senso em Direito - Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG

1 INTRODUÇÃO

O estudo que se inicia tem como foco principal abordar as questões relacionadas com o grave problema da saúde pública no Brasil no atual contexto social, muito embora, o texto constitucional tenha elencado o direito à saúde um dever do Estado e um direito de todos na verdade há uma enorme lacuna entre a vontade da lei e a realidade fática.

A insuficiência do poder Público para a prestação de um serviço público de qualidade e a enorme demanda de pessoas necessitadas em filas de hospitais ensejou um efeito cascata com enxurradas de demandas junto ao Poder Judiciário, causando um enorme vendaval de litígios por todos os cantos do Brasil.

Neste sentido, há um total descontrole e inúmeros processos judiciais derivados de um ativismo judicial sem precedente em nosso país, causando assim, gravíssimas consequências, pois se por um lado o Estado não consegue fomentar políticas públicas, por outro lado, não se pode deixar à míngua milhares de pessoas que estão sofrendo à mercê de uma situação de verdadeira calamidade pública.

Deste grave quadro caótico o Poder Judiciário vem exercendo uma função anômala ao determinar a politização da saúde adentrado na seara institucional de outro poder, ocorre que apesar da ingerência das suas decisões como salvaguarda de direitos, denota-se uma excessiva intromissão contaminada por excessivo protagonismo judicial ultrapassando os limites do bom senso.

A par destas proposições, o objetivo que se propõe a fazer é investigar os limites das decisões judiciais, inclusive, apontar alternativas tendentes a equacionar este tão grave problema que afeta as bases do Estado Democrático de Direito, por questões óbvias a preocupação deste estudo refere-se aos tratamentos e medicamentos não contemplados pelo SUS, por uma simples razão, pois tais serviços já se encontram previstos no orçamento público, portanto, não há motivo para tal análise.

Neste diapasão, serão examinados os fatores que contribuíram para impulsionar o agigantamento do Poder Judiciário, onde se realizará um paralelo com o princípio da dignidade da pessoa e o acesso à justiça em contraponto com a proteção do direito à saúde no cenário Brasileiro.

Desta feita, será feita uma pequena abordagem evolutiva dos direitos fundamentais, tendo como marco histórico a Revolução Francesa, perpassando pela noção do Estado liberal, seguido pela Revolução Industrial, Estado Democrático de Direito até a pós-modernidade.

Além do mais, serão analisadas as questões concernentes à crise institucional, em especial, a legitimação contramajoritária revisitando a clássica teoria dos três poderes, bem como sobre a questão da realização da microjustiça ao caso concreto e suas impactações no orçamento público.

O tema problema situa-se nos desdobramentos da excessiva litigiosidade existente na sociedade, fazendo surgir indagações acerca do verdadeiro papel da Justiça levando-se em consideração a judicialização do direito e o ativismo judicial.

O marco teórico tem como fundamento as críticas apontadas por Habermas no que tange ao juiz Hércules de Dworkin, Para a pesquisa metodológica será utilizado o método dedutivo e indutivo com base no contexto histórico, doutrinário, bem como na legislação e jurisprudência brasileira.

2 UMA PEQUENA DIGRESSÃO SOBRE A TRANSIÇÃO DO ESTADO LIBERAL PARA O ESTADO SOCIAL

Não é novidade alguma que a Revolução Francesa ocorrida em 1789, foi o marco para a consagração dos direitos fundamentais, vez que com o fim do regime absolutista houve o reconhecimento dos direitos civis e políticos na Declaração de Direitos do Homem.

O novo regime com base nos ideários iluministas e o racionalismo com fulcro na razão delimitou uma nova postura nas relações entre Estado e indivíduo dando origem ao que se denominou liberalismo.

Neste sentido, foram consagrados como direitos básicos a igualdade, liberdade e fraternidade; postulados que se disseminaram em vários países do ocidente, inclusive no Brasil.

Por outro lado, na Inglaterra com o avanço da indústria têxtil, a invenção da máquina a vapor; fortemente influenciada pelo incremento da produtividade, sobretudo pelo elevado crescimento econômico e demográfico causado pelo êxodo rural juntamente com o aumento

desenfreado da população¹, dentre outros, foram apenas alguns dos fatores que desencadeou o surgimento das desigualdades sociais e o aparecimento do proletariado.

Com as condições de trabalho desumanas homens mulheres e crianças eram obrigados a trabalharem nas indústrias com jornadas de até dezesseis horas diárias, enfim, deste quadro degradante surgiu o movimento de classe com o reconhecimento dos direitos sociais, influenciadas pela doutrina Marxista que logo se espalhou por toda a Europa.

Desta feita os textos constitucionais agasalharam os preceitos socialistas, destacando-se a Constituição Mexicana de 1917, seguidas pela Constituição Russa de 1918, da Alemanha (constituição de Weimar de 1919), no Brasil a constituição de 1934, seguiu a mesma temática inaugurando em seu bojo o cunho protetivo dos ditos direitos sociais.

Após o fim da segunda guerra mundial em razão das atrocidades nazistas, no ano de 1948, foi erigida a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com afirmação dos valores fundamentais para todos os homens no âmbito de todos os povos, outrossim, como bem salientou (BOBBIO,2004, p.17):

A declaração Universal dos Direitos do homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundamento e, portanto, reconhecidos e essa prova é o consenso geral da sua validade.

Assim a mudança do Estado liberal para o Estado Social decorreu de vários fatores, trazendo reflexos em vários setores da sociedade, a defesa dos interesses meramente individuais abriu espaço para os interesses que transcendem a mera ótica privada estendendo-se aos entes coletivos.

Desta feita, do ponto de vista do Direito algumas mudanças foram evidentes tais como: uma postura ativa do juiz deixando de ter uma conduta neutra, mormente com o aparecimento de novos direitos sem a apresentação imediata de um titular, decorrentes de um fato básico que afeta a todos indistintamente (direitos difusos), dando origem ao Processo

¹ O modo de vida mudou de uma sociedade eminentemente agrária/rural, com técnicas rudimentares (medievais) em um espaço de aproximadamente cem anos surgiu uma nova sociedade graças ao que se denominou Revolução Industrial.

Coletivo; fatores que impulsionaram o agigantamento do Poder Judiciário com a propagação do seu protagonismo no cenário institucional.

2-1 – OS DIREITOS SOCIAIS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988, elencou um vasto rol de direitos sociais no artigo 6º tais como: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

Por sua vez, o Título VIII, capítulo II, que versa sobre a seguridade social englobou as normas referentes à saúde, previdência social, fontes de custeio. O artigo 196 da CF/88, estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O Sistema Único de Saúde tem como diretriz a sua descentralização em cada esfera de governo com atendimento integral com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais com participação da sociedade, com atribuições contidas no artigo 200 da CF/88 e sendo disciplinada pela Lei 8080/90, bem como financiada por toda a sociedade de forma direta e indireta, nos moldes do artigo 195.

A competência para cuidar dos assuntos afetos à saúde e assistência pública é comum (artigo 23 da CF/88), entre, União, Estados, Distrito Federal e Municípios havendo concorrência para legislar sobre previdência social, proteção e defesa da saúde (inciso XII do artigo 24).

Trata-se na verdade de um microsistema o instituto da saúde pública no Brasil, onde o texto constitucional teceu às minúcias em sua sistematização prevendo, inclusive, as fontes de receitas no orçamento com a organização dos créditos, com isso, a estrutura orçamentária para manutenção dos recursos mínimos tem fonte de custeio própria, com previsão de recursos mínimos a serem dispendidos por cada ente federativo.

Assim, a questão sobre o custeio do direito à saúde pública brasileira mereceu um cuidado todo especial pelo legislador, haja vista que quem paga a conta dos gastos realizados no setor é a própria sociedade por meio de tributos e aquisição de bens e serviços.

O plano plurianual editado pelo Poder Executivo (artigo 165 CF/88) estabelece as metas a serem estabelecidas, cabendo ao poder Legislativo repartir a fatia do bolo, determinando quem e quais serão as prioridades, através do sistema orçamentário que tem a função de implementar os objetivos preestabelecidos.

Além do mais, os direitos sociais contemplados no artigo 6º, são meramente exemplificativos, possuindo a natureza de direitos fundamentais², inclusive com proibição de retrocesso (evolução constante), reconhecidos, assim, como cláusula pétrea nos termos do artigo 60, IV da CF/88, e como tais, os direitos sociais possuem a natureza de norma programática, cabendo ao Estado por sua vez, fomentar a sua aplicação com ações positivas tendentes a equacionar os direitos por meio das políticas públicas.

Classicamente os direitos sociais padecem de autoexecutoriedade encontrando-se numa posição de latência, por isso, necessitam de uma atuação proativa do Estado, pois, apesar de previstos, demandam aportes financeiros decorrentes dos recursos públicos para torná-los efetivos.

3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

É sabido que a dignidade da pessoa deita suas raízes em fundamentos bíblicos derivados da moral cristã, modernamente, após o holocausto todas as nações democráticas passaram a introduzir em seus ordenamentos a dignidade humana como princípio jurídico, enaltecendo o homem como principal destinatário da norma.

A dignidade da pessoa é um conceito jurídico indeterminado, atemporal, como bem ressalta (SARMENTO, 2016, p.98):

² As observações de Alexy no tocante a normatização dos princípios são pressupostos e paradigmas estruturais deste estudo sendo a ponderação o fio condutor para se aferir a prevalência de um princípio em detrimento a outro.

O princípio da dignidade, que tem campo de incidência extremamente amplo vincula o Estado e os particulares e os particulares e envolve prestações positivas e negativas. Ele desempenha múltiplas funções em nosso ordenamento: é fundamento moral do Estado e do Direito, diretriz hermenêutica de todo o sistema jurídico, norte para ponderação de interesses, parâmetro de validade de atos estatais e privados, limite para o exercício de direitos, critério para identificação de direitos fundamentais e fontes de direitos não enumerados na Constituição. A dignidade humana é assegurada através dos direitos positivados na Constituição, mas também por meio da incidência do princípio da dignidade sobre a ordem jurídica e relações sociais.

De outra banda, lembra (BARROSO, 2018, p. 317), à respeito da aplicação do uso da dignidade da pessoa humana pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tradicionalmente abundante com precedentes em vários campos do Direito, especificamente no caso em tela, adverte:

No controvertido tema do direito à saúde, sobretudo quando envolvidos procedimentos médicos e mecanismos não oferecidos pelo no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), a dignidade humana também ser invocada como argumento último, que encerra a discussão. A circunstância de que o orçamento da saúde é finito e que, portanto, em muitas situações, destinar recursos ao atendimento de uma pretensão judicial é retirá-la de outros destinatários, agrega complexidade ao debate. Com frequência, a ponderação adequada a se fazer envolve a vida, a saúde e a dignidade de uns versus a vida, à saúde e a dignidade de outros.

Como corolário do princípio da dignidade humana, o mínimo existencial se centraliza como vetor fundante dos direitos fundamentais sociais positivados no texto constitucional, como saúde, educação, moradia, alimentação, previdência e assistência social etc, estando igualmente presente em alguns direitos individuais, como no acesso à justiça.

Para mitigar a sua atuação no campo jurídico, a aplicação da teoria da reserva do orçamento vem sendo utilizada pelo Estado como uma espécie de escusa diante da incapacidade governamental em efetivar os direitos sociais na sua integridade.

No Brasil, a teoria da reserva do possível foi inaugurada na emblemática Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº45, uma decisão marcadamente ideológica em obter dictum, no seu voto o Ministro relator Celso de Melo, ressaltou que:

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...)

No escólio de (MORAIS e BRUM, 2016, p 97), é oportuno trazer a seguinte observação :

Esse é um dado relevante para o exame que pretendemos fazer aqui, pois se o mérito da ação não foi julgado, as exortações de princípios feitas pelo ministro ocorreram em abstrato, com absoluto afastamento da facticidade, do mundo prático. A pretensão foi a de tomar posição em amplas controvérsias sociais, mesmo como que um deslocamento da realidade. Celso de Melo falou sobre direitos fundamentais, reserva do possível, mínimo existencial, mas de forma como o fez, tão vaga e abstratamente, não possibilitou discernir, a partir do seu discurso, quando e até que ponto o Estado estará descumprindo na prática, principiologia constitucional e quando estará agindo dentro dos limites legítimos proporcionados por determinadas interpretações dos postulados genéricos que lhe balizam o atuar.

Enfim, o poder judiciário provoca e impõe aos outros poderes obrigação de fazer algo; é forçoso reconhecer que tal expediente possui traços de um verdadeiro superpoder e consequente desvirtuamento do sistema democrático, isto é, quando as intromissões são exageradas ou indevidas, por isso, tais reflexões serão melhor pontuadas no próximo capítulo.

4 DO PROTAGONISMO JUDICIAL

Quando se fala em Justiça duas vertentes saltam aos olhos, primeiro o que seria e qual o seu enquadramento no mundo dos fatos; talvez, Justiça seria dar aquilo que de direito pertence ao indivíduo? Ou quem sabe, seria a distribuição de riquezas! Ou quiçá o sinônimo de Direito teria como elemento principal a pacificação social.

Divagações à parte, a conceituação do termo Justiça é um tanto quanto complexa, pois traz em seu bojo várias variáveis, tratando-se de um conceito fluído variando no tempo e no espaço.

Para uma visão leiga Justiça seria a busca de direitos perante o Poder Judiciário, contudo, sua conceituação envolve todas as relações do homem e os demais elementos do mundo em determinada época e tempo, melhor dizendo, o conceito de Justiça nitidamente atrelado a noção de fato social e, por conseguinte, uma criação do homem para o convívio em sociedade .

A Segunda vertente sobre Justiça se relaciona com o seu exercício, ou seja, qual o passo a ser dado para buscar o seu acesso, nesta esteira de alusões surge a figura do renomado Mauro Cappelletto, eminente processualista italiano, que juntamente com Brayant Garth, nos anos setenta, desenvolveu a teoria das ondas renovatórias do processo.

A primeira onda seria a assistência judiciária aos necessitados, já a segunda onda se relaciona com o processo coletivo e as ações protetivas relacionados com grupos determinados e indeterminados e, talvez a mais importante de todas as ondas teria sido a terceira onda renovatória, que possui um viés educativo voltado para os operadores do direito de cunho propedêutico e principiológico.

Não restam dúvidas, que os postulados renovatórios estão disseminados na legislação Brasileira, mormente no texto Constitucional que incrementou o Poder Judiciário e estruturou

a Defensoria Pública e o Ministério Público³, ambas instituições desempenham um papel fundamental no contexto institucional, sejam nas ações sob a gratuidade de Justiça propiciando aos hipossuficientes a busca pelos seus direitos, sejam nas ações coletivas na condição de legitimados ordinários.

Senão fosse isso, o Acesso à Justiça não se circunscreve-se apenas ao processo, mas também numa atuação preventiva com o condão de se evitar a litigiosidade, notadamente pelas técnicas de conciliação, mediação e arbitragem.

Se por um lado o princípio da inafastabilidade é um direito fundamental por outro lado a realidade demonstra uma litigiosidade excessiva com uma atuação massiva do Poder Judiciário, mormente em determinados segmentos até então impenetráveis pelo Tribunais, aliás, atualmente no Brasil a interferência do Poder Judiciário em determinadas questões como política, segurança pública, educação, dentre outras, enfileiram os noticiários do dia a dia, haja vista a operação lava-jato e no caso especial deste estudo, a questão atinente à saúde pública e o sofrimento da população brasileira à mercê de um ciclo vicioso contaminado pela corrupção e falta de ética dos parlamentares no trato da coisa pública.

Desta feita, o crescimento vertiginoso do protagonismo judicial é uma realidade fortemente influenciada pela questão estampada no texto constitucional que muniu o Poder Judiciário com prerrogativas como independência para julgar, sobretudo, autonomia financeira e orçamentária.

Lado outro, com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como vértice do sistema e disposições constitucionais com textura aberta, mormente pela existência de cláusulas abertas, conceitos jurídicos indeterminados, existência de normas programáticas, são fatores de fortalecimento que propiciam aos juízes uma maior valoração da questão posta em juízo com a diminuição do rigor legal com fundamento apenas na lei e maior liberdade de julgamento.

Outrossim, o conceito de norma jurídica foi sensivelmente alargado tendo como vertentes as regras e os princípios, assim, no campo das regras o método interpretativo se

³ Tendo como instrumento de proteção o microsistema do Processo Coletivo a Lei da Ação Civil Pública – Lei 7347/85 e o Código de Defesa do Consumidor – Lei 8072/90, como ferramentas da Ações Coletivas de Defesa dos Interesses Individuais, coletivos e difusos.

circunscreve-se ao antigo dogma positivista da subsunção legal - mero enquadramento do fato à lei; já o tocante a normatização dos princípios (diga-se de passagem na solução de conflitos entre direitos fundamentais nos casos difíceis não previstos em lei), a aplicação do sistema da ponderação de direitos, tendo como critério a proporcionalidade.

Na confluência de tais fatores pode-se dizer resumidamente que todos estes fatores foram imprescindíveis para o fortalecimento do Poder Judiciário, enfim, de mero aplicador da norma “juiz boca da lei”, houve uma nova contextualização com a Judicialização da Política como elemento visceral .

Sobre essa questão é importante rechaçar as ponderações contextualizadas por (VERBICARO, 2017, P.328):

No sentido constitucional, a judicialização da política refere-se à superação do modelo tradicional e reativo de separação de poderes do Estado, o que provoca uma ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na arena política, através da efetiva participação no processo referente à formulação e/ou implementação de políticas públicas – a política judicializa-se com o objetivo de promover o encontro da comunidade com o seu sistema de valores constitucionalmente assegurado. Com essa definição, delimita-se que a judicialização circunscreve-se ao âmbito de aplicação dos direitos fundamentais.

No que tange a relação do Direito e da Política, a grande questão é saber aferir o conteúdo de uma decisão judicial, inclusive, se encontra devidamente fundamentada com elementos capazes de dar sustentação, e não por elementos meramente subjetivos de cunho estritamente político.⁴

Prosseguindo sobre a questão da judicialização da Política, ensina (BARROSO, 2018, p.241):

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final pelo Poder Judiciário. Trata-se, como

⁴ Questão correlata e preocupante é sobre a questão da discricionariedade judicial pois estabelecer limites à discricionariedade é bastante complexo pois se adentra em questões de cunho subjetivo do julgador.

intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instancias políticas tradicionais, que são o Legislativo e Executivo.

Por conseguinte, a ideia de Ativismo Judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins institucionais, tendo uma maior atuação e interferência no espaço de atuação dos outros poderes, distanciando-se da sua função típica de meros aplicadores do direito se aproximando de uma função de criação do Direito, contrariamente, da contenção judicial onde os tribunais e juízes evitam a todo custo o enfrentamento de questões que não tenham o conteúdo jurídico, se abstendo de enfrentar questões afetas a política.

4.2 DECISÕES JUDICIAIS NO CONTEXTO DA SAÚDE

Talvez a primeira ponderação que cumpre destacar é sobre a “indústria das liminares”, expediente muito utilizado pela primeira instância, apesar de muitas vezes se antecipar o efeito da tutela pretendida; como por exemplo: no caso de uma cirurgia ou medicamento indispensável para sobrevivência, ao fim e ao cabo, os processos vão se amontoando nas prateleiras da justiça e o seu provimento final fica postergado indefinidamente.

No plano dos Tribunais Superiores, cabe ainda ressaltar que tramitam no Supremo Tribunal Federal dois recursos Extraordinários números 566471 e 65781, tendo sido reconhecida a repercussão geral em ambos, onde se discute o fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do SUS e de medicamentos não registrados na Anvisa.

Já o Superior Tribunal de Justiça no Resp 1.165.176, determinou a suspensão dos processos em âmbito nacional e afetação de todos os recursos repetitivos⁵. o Supremo

⁵ Observa-se assim que são várias questões relacionadas com o tema saúde, tanto no STF e STJ. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.657.156-RJ (2017/0025629-7)EMENTA ADMINISTRATIVO. PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. CONTROVÉRSIA ACERCA DA OBRIGATORIEDADE E**

Tribunal Federal sinalizou no sentido de que há solidariedade para fornecimento de medicamentos de saúde pelos entes federativos e a descentralização dos serviços no âmbito do SUS. Essa questão foi discutida no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175-AgR, caso em que o Relator Ministro Gilmar Mendes, em seu voto salientou que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde, e outras palavras, persistindo este entendimento todas as ações envolvendo o tema deverão ser remetidas para a Justiça Federal.

A par de todas esses apontamentos chega-se ponto fulcral deste estudo, qual seja: Conceder ao Judiciário a última palavra em questões desta natureza seria o meio adequado para a garantia de direitos?

À guisa desta indagação serão levantados algumas observações no próximo tópico.

4.3 QUESTIONAMENTOS ACERCA DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A primeira proposição óbvia seria acerca da legitimidade do poder judiciário ao adentrar em assuntos afetos da competência ordinária dos outros poderes fazendo às vezes função de governo, neste sentido tal expediente poderia macular o sistema democrático ao interferir na seara institucional dos demais poderes.

Há um segundo argumento, no qual o poder Judiciário estaria ferindo o regime democrático; já que a maioria dos membros da magistratura ingressaram na carreira por meio de provas e títulos. Portanto, suas decisões seriam ilegítimas ao imporem aos outros poderes (legislativo e executivo), já que os parlamentares foram empossados pelo voto do povo.

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS AO PROGRAMA DE MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS DO SUS.1. Delimitação da controvérsia: obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos não contemplados na Portaria n. 2.982/2009 do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais) . **2.** Recurso especial afetado ao rito do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 256-I do RISTJ, incluído pela Emenda Regimental 24, de 28/09/2016).

Da mesma forma as sentenças aditivas que implicam o aumento de custos para o erário, obrigando o reconhecimento de direitos sociais não previstos originalmente, colocaria todo o planejamento orçamentário em profunda instabilidade.

Outra indagação, situa-se na ausência de critérios objetivos para as decisões judiciais, pois negar a um doente que pode vir a falecer e que solicita ao juiz uma prestação de saúde, é uma decisão judicial dura, além do mais o juiz é um ser humano e como tal poderá decidir com a emoção e não com a razão, nesse caso, a questão preocupante situa-se no excesso de discricionariedade judicial⁶ e sua falta de racionalização ancorada em elementos de cunho meramente subjetivos, comumente lastreados no princípio da dignidade da pessoa com aplicação direta do texto constituição em situações envolvendo o tema em estudo.

Assim é a lição de (OMMATI, 2018,p. 220)

Nesse sentido, o judiciário deve ter muita cautela na realização de direitos sociais através de ações judiciais de cunho individual. Isto porque a concessão desses direitos por meio do Judiciário em demandas individuais poderá ter o condão de desorganizar a realização de políticas públicas de afirmação dos direitos sociais, na medida em que obrigará o Estado a cumprir a ordem judicial, realizando uma cirurgia cara ou comprando um medicamento não previsto no orçamento a preços muito maiores do que poderiam ser conseguidos se fossem precedidos pelo procedimento. É preciso, nesse sentido, desenvolver aquilo que Vinícius de Melo Lima denominou o excelente trabalho de uma hermenêutica da responsabilidade decisória. Juízes não podem conceder medicamentos ou tratamentos cuja eficácia duvida apenas com base em ponderações de princípios que escondem os valores pessoais do Magistrados. Juízes devem compreender que ao decidirem caso jurídicos extremamente complexos como os envolvendo o direito à saúde não podem render a argumentos abstratos e muitas vezes não comprovados de violação à vida ou à integridade.

Obviamente, parte da doutrina ainda coloca muitos obstáculos acerca da intromissão da sentenças judiciais em assuntos até então alheios ao mundo jurídico, como no caso a

⁶ Nesse sentido existe um grande debate filosófico acerca da discricionariedade na atuação judicial sobretudo o desacordo entre Hart e Dworkin um confronto entre um teórico positivista e um interpretativista, pois à grosso Hart não possui a mesma visão de Dworkin no tratamento das regras e princípios.

politização da saúde pública, por certo, ninguém quer um Poder Judiciário covarde e amedrontado.

Voltando ao marco teórico deste pequeno estudo o Juiz Hércules de Dworkin seria de grande valia para auxiliar na interpretação das leis, pois toda a sua estrutura teórica situa-se em torno dos pontos a serem observados em uma democracia, quais sejam, baseado na integridade, equidade, políticas e devido processo. Outrossim, a teoria da intenção de locutor começa com a noção de que a legislação é um ato de comunicação que deve ser entendido através do modelo simples de locutor, portanto, o método de Hércules desafia a intenção do locutor suprimindo o dilema de como a lei foi produzida originalmente e como aplica-la no contexto atual, perfazendo assim o direito como integridade, ou seja, as leis devem ser aplicadas não de acordo com que os juízes acreditam mas de acordo com o que pretendiam os legisladores.

5 CONCLUSÃO

O protagonismo judicial é uma realidade premente no contexto atual brasileiro onde uma gama enorme de direitos fundamentais sejam individuais, sociais ou supraindividuais, vêm sendo alijados pelo poder público.

Atualmente já não se sustenta a hegemonia do viés formalista de aplicação da lei com base na subsunção à luz do sistema jurídico, ou seja, o princípio da legalidade ancorado no positivismo dogmático como sendo único caminho de um modelo garantidor de segurança jurídica não atende às vicissitudes sociais.

Cabe enfatizar que aplicação da técnica da ponderação em casos difíceis traduziu um expressivo avanço na forma de interpretar o direito ao se reconhecer a normatividade dos princípios, mas conforme já ressaltado neste trabalho, a aplicação dos princípios necessita de critérios racionais e objetivos, sob pena de se transformarem em abusos com decisões de cunho eminentemente discricionárias.

Por isso, que a aplicação de políticas anômalas pelo Poder Judiciário pode ser uma faca de dois gumes, ao se realizar a microjustiça se esbarra na questão da macrojustiça e os seus desdobramentos negativos no orçamento público, etc.

Em linhas gerais o tema envolvendo o direito à saúde deveria ser resolvido na seara própria por meio dos poderes legislativo e executivo. Contudo, apontar falhas e dizer que as decisões do Poder Judiciário invadem a seara de tais poderes, é uma premissa relativa, já que os personagens que poderiam de fato corrigir a distorção não o fazem.

Diante de todas as assertivas feitas neste estudo, denota-se que o tema em debate é de profunda importância no atual contexto social e está longe de se resolver, qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal, não resolverá a questão, muito embora haja um amadurecimento relacionado ao tema é muito incipiente a sua contextualização, levando-se em consideração que o povo doente clama por melhores condições de vida.

Neste sentido, cabem ainda reflexões acerca da probidade pública que deveria permear as condutas de todas as autoridades deste país com o uso da ética, por sua vez o protagonismo judicial só se justifica no exato instante em que ocorre grave ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana de modo que as decisões judiciais sejam lastreadas em fundamentos claros nos limites do razoável.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva, 1ª ed. São Paulo Malheiros.2008

BARROSO. Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva. 2009.

_____, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte. Fórum.2018.

BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 18ª ed. São Paulo: Malheiros. 2006.

CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988.

DWORKIN. Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jeferson Luiz Camargo, 1ª ed.São Paulo: Marins Fontes, 2007.

HABERMAS, Jurgên. **Direito e Democracia:Entre facticidade e Validade I**. Tradução Flávio Beno Sibeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM. Guilherme Valle Brum. **Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

OMMATI. José Emílio Medaur. **Uma Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2018.

SARMENTO, Daniel Sarmento. **Dignidade da Pessoa Humana**, Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VERBICARO. Loiane Prado. **Judicialização da Política, Ativismo e Discrecionariiedade Judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2017.