

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA

VALMIR CÉSAR POZZETTI

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 - UNIVEM - São Paulo

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)

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC - Minas Gerais)

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

D597

Direitos sociais, seguridade e previdência social [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Ricardo Caetano Costa; Valmir Cesar Pozzetti – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-224-8

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

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Seguridade. 3. Previdência social. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

Apresentação

A edição do II Encontro Virtual do CONPEDI, consolida os DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL como área de ampla produção acadêmica em diversos Programas de Pós-Graduação do país, demonstrando uma preocupação da comunidade científica, com a qualidade de vida e com os Direitos Sociais e Previdenciários no âmbito da federação brasileira. As temáticas debatidas envolveram uma diversidade de temas sociais e previdenciários demonstrando preocupação em relação a essas questões que dizem respeito a todas as classes sociais brasileiras.

As reformas ocorridas na Legislação previdenciária demonstraram, através da produção científica do Grupo de Trabalho, uma preocupação geral dos pesquisadores, e diversas temáticas foram analisadas, desde o direito do nascituro ao direito dos idosos, bem como a preocupação do esvaziamento dos direitos Sociais. Assim, verificou-se grandes contribuições; além disso, as temáticas discutidas encontraram enorme receptividade de todos os presentes na sala virtual e os debates foram muito dinâmicos, profícuos e entusiasmados no sentido de se verificar mecanismos jurídicos para se construir um direito social focado nos direitos humanos, bem como nos deveres de o Estado de fiscalizar, efetivar políticas públicas na perspectiva dos Direitos Sociais.

Ressaltou-se, assim, que todos os seres vivos em algum momento necessitarão que o Estado assegure a eles os Direitos Sociais e a seguridade deve ser um direito ofertado pelo Estado. Dessa forma, a obra que ora apresentamos reúne os artigos selecionados, pelo sistema de dupla revisão cega, por avaliadores ad hoc, para apresentação no evento. Os temas apresentados são atuais e trazem contribuições significativas para os Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social. Apresentamos, assim, os trabalhos desta edição.

Os autores Luiza Gabriella Berti, Zulmar Antonio Fachin defenderam o artigo intitulado “ALIMENTAÇÃO COMO DIREITO DA PERSONALIDADE E A CRIAÇÃO DE FUNDOS ESPECIAIS PARA O PAGAMENTO DOS ALIMENTOS PRETÉRITOS”, destacando que existem métodos alternativos, além da prisão civil, que podem efetivar o direito à alimentação, como fundos especiais. Já Patrícia Tereza Pazini e Marisa Rossignoli, no artigo intitulado “ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: NOVA PERSPECTIVA PARA ESTUDO DOS DIREITOS SOCIAIS”, destacaram a necessidade de análise dos efeitos econômicos nas decisões objetivando uma melhoria na eficácia das políticas públicas.

Marco Arlindo Tavares, no artigo intitulado “APOSENTADORIA POR IDADE RURAL: RELAÇÃO JURÍDICA PREVIDENCIÁRIA OU ASSISTENCIAL? UMA REFLEXÃO NECESSÁRIA”, sugere alongar o olhar sobre o benefício que é pago por orçamento do regime geral da previdência social. Mas é visto e analisado de forma subjetiva em decisões judiciais que o vê como assistencial, outro núcleo da seguridade, o que pode causar desequilíbrio e risco ao sistema geral. Já as autoras Viviane Freitas Perdigão Lima, Manuela Resplandes Reis e Renata Caroline Pereira Reis, no artigo intitulado “DIGNIDADE DA PESSOA IDOSA COM DOENÇA DE ALZHEIMER: APONTAMENTOS NORMATIVOS”, observaram que o aparato legislativo ainda é tímido na proteção do idoso com Alzheimer enquanto sujeito de dignidade. No artigo intitulado “NOVA REFORMA E INSEGURANÇA SOCIAL NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL” defendido por Eliane Romeiro Costa, Mara Rúbia Mendes dos Santos Fernandes e Adriana Lima Faquinel, as autoras destacaram que as recentes alterações produzidas pela E. C nº103/2019, que malgrado justificou a imperativa busca de equilíbrio atuarial, provocou para as presentes e futuras gerações de trabalhadores e dependentes econômicos do segurado, insegurança social, injustiça e precariedade no valor dos benefícios. Já Álvaro Russomano Goñi, no artigo intitulado “O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE COMO FUNDAMENTO DO DIREITO SOCIAL À ASSISTÊNCIA SOCIAL, DA DOUTRINA DA DASEINSVORSORGE E DO MÍNIMO EXISTENCIAL. POSSIBILIDADES E LIMITES EM ÉPOCA DE PANDEMIA SANITÁRIA”, trouxe-nos reflexões sobre as possíveis semelhanças e diferenças entre a *daseinsvorsorge* e o mínimo existencial e, após, o princípio da solidariedade e o direito à Assistência social no âmbito da Constituição Federal. Já o artigo intitulado “PENSÃO POR MORTE AO NASCITURO”, defendido por Gabriela Pietsch Serafin, a autora apresentou uma reflexão acerca do direito do nascituro ao recebimento do benefício de pensão por morte na falta de seu genitor, explorando as teorias inerentes ao momento em que o nascituro adquire personalidade jurídica, a proteção constitucional à vida e o direito do nascituro a alimentos, conferido pela Lei nº 11.804/2008, findando com a proteção social previdenciária ao nascituro como direito humano fundamental material. E para finalizar, as autoras Daniele Moreira de Jesus e Linara Oeiras Assunção, trouxeram, através da obra intitulada “POLÍTICAS JUDICIÁRIAS DE SAÚDE: O PODER JUDICIÁRIO COMO AUTOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS GARANTIDORAS DO DIREITO À SAÚDE” questões sobre Políticas Judiciárias de saúde, dando ênfase sobre a atuação do Poder Judiciário como autor de políticas públicas garantidoras do direito à saúde; investigando limites e possibilidades para essa atuação, sob o prisma da Constituição Federal de 1988, notadamente, sobre a violação do princípio da separação dos poderes e sobre os princípios constitucionais como o mínimo existencial, a razoabilidade e a reserva do possível.

Assim, a presente obra é um verdadeiro repositório de reflexões sobre Seguridade, Direitos Sociais e Previdência Social, o que nos leva a concluir que as reflexões jurídicas, aqui realizadas, são contribuições valiosas no tocante a oferta de proposições que assegurem a melhoria de vida dos cidadãos brasileiros, sendo imprescindível discutir e assegurar direitos sociais e humanos, desde o nascituro até o idoso e desde o cidadão urbano ao até o rural.

Desejamos, pois, excelente leitura a todos.

Valmir César Pozzetti

Universidade Federal do Amazonas

Universidade do Estado do Amazonas

José Ricardo Caetano Costa

Universidade Federal do Rio Grande (FURG)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

POLÍTICAS JUDICIÁRIAS DE SAÚDE: O PODER JUDICIÁRIO COMO AUTOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS GARANTIDORAS DO DIREITO À SAÚDE

JUDICIAL HEALTH POLICIES: THE JUDICIARY POWER AS A PUBLIC POLICY MAKER THAT GUARANTEE THE RIGHT TO HEALTH

Daniele Moreira de Jesus ¹
Linara Oeiras Assunção ²

Resumo

Esta pesquisa versa sobre políticas judiciárias de saúde, ou seja, sobre o Poder Judiciário como autor de políticas públicas garantidoras do direito à saúde. Investiga limites e possibilidades para essa atuação, sob o prisma da Constituição Federal de 1988, notadamente, se viola o princípio da separação dos poderes. Pauta também a compreensão desse fenômeno em outros princípios constitucionais como o mínimo existencial, a razoabilidade e a reserva do possível. Adota uma abordagem qualitativa, com enfoque crítico-dialético e é baseada em levantamento bibliográfico e documental. Conclui que a atuação do Poder Judiciário, nesses casos, deve ser orientada pelo princípio da razoabilidade.

Palavras-chave: Políticas judiciárias de saúde, Poder judiciário, Políticas públicas, Direito à saúde, Princípio da razoabilidade

Abstract/Resumen/Résumé

This research deals about judicial health policies, in other words, about the Judiciary Power as a public policy maker that guarantee the right to health. Investigates limits and possibilities for this action, from the perspective of the Constitution of 1988, mainly, if it violates the principle of separation of powers. It also guides the understanding in other constitutional principles such as the minimum standard of living, reasonableness and proviso of the possible. It adopts a qualitative approach, a critical-dialectical approach and is based on a bibliographic survey. Concludes that the performance of the Judiciary Power should be guided by reasonableness.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial health policies, Judiciary power, Public policies, Right to health, Principle of reasonableness

¹ Advogada. Bacharel em Direito pela UNIFAP. Pesquisadora no grupo de pesquisa Caleidoscópico Tucuju do Direito (UNIFAP).

² Professora Adjunta do Curso de Direito da UNIFAP. Doutora em Direito e Justiça pela UFMG.

1 INTRODUÇÃO

A positivação de diversos direitos fundamentais nos textos constitucionais, na década de 1980, foi acompanhada de desafios de implementação efetiva por parte do Estado, pois em contraponto à ampla constitucionalização de direitos, com o passar das décadas, houve a precarização deles, causada pela baixa efetividade dos textos constitucionais. Isso fez com que esses direitos fossem mais submetidos ao crivo do Poder Judiciário, com vistas à concretização.

No Brasil, no tocante ao direito à saúde, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) buscou assegurar o acesso igualitário e universal, de todos, às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde (art. 196), por meio de um Sistema Único de Saúde (SUS) (art. 198).

Após a CF/88, então, o país passou a pluralizar a atenção à saúde, finalmente, incluindo-a como direito social da pessoa humana, no art. 6º, agregando-a no rol de direitos do cidadão e constituindo-se, por conseguinte, como dever/responsabilidade do Estado, garantindo-a a todos, preservando as fontes de custeio e possibilitando, inclusive, a intervenção da União nos Estados e Municípios (art. 34, alínea “e” e art. 35, III), em caso de não aplicação financeira das receitas estatais mínimas nos programas de atenção à saúde (CLARK; COSTA, 2011).

Na disposição constitucional precedente, havia previsões relacionadas à saúde, porém, no sentido de organização administrativa de combate às endemias e epidemias, diferentemente do sentido atual, de reconhecimento da saúde como um direito fundamental. O grande divisor de águas entre os modelos - pré e pós-CF/88 - foi a implementação do SUS, no ano de 1990, pelas Leis nº 8.080 e nº 8.142 (EMERIQUE, 2018).

Em um país no qual 200 milhões de pessoas são potenciais usuárias do SUS (EMERIQUE, 2018) e 150 milhões dependem unicamente dele (CFM, 2018), o texto constitucional de 1988 tornou-se uma promessa de difícil cumprimento integral pelo Estado, que possui recursos orçamentários e financeiros limitados.

Nesse contexto, de demandas crescentes, orçamentos e finanças limitados, é que surge o debate acerca da judicialização do direito à saúde. Seja nos tribunais estaduais ou nos tribunais superiores, cada vez mais o Poder Judiciário tem sido chamado a decidir sobre as demandas de saúde quando o funcionamento do SUS ou dos sistemas de saúde complementar e suplementar, respectivamente, capitaneado pelo Poder Executivo e pela iniciativa privada, mostram-se insatisfatórios.

O relatório analítico propositivo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), intitulado “Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução”, publicado em 2019, apresenta dados que “apontam para mais de 1 milhão de ações judiciais de saúde no país”. No período de 2008 a 2017, apurou-se um aumento do número de demandas judiciais relativas à saúde de 130% (CNJ, 2019, p. 159).

E, sim, conforme aqui defendemos, isso alçou o Poder Judiciário à condição de autor de políticas públicas. Esta expressão ainda é pouco vista e explorada, afinal, trata-se de fenômeno recente, mas já é possível vislumbrá-la em estudos como o de Silva e Florêncio (2011) e do CNJ (2015; 2019).

O tema mantém-se atual, polêmico e merece ser alvo contínuo de debates. Desse modo, esta pesquisa visou investigar limites e possibilidades para a atuação do Poder Judiciário como autor de políticas públicas garantidoras do direito à saúde, sob o prisma da CF/88, e, especialmente, sob o prisma do princípio constitucional da separação dos poderes.

Para alcançar os objetivos propostos, o estudo segue uma abordagem qualitativa, com enfoque crítico-dialético, baseado em levantamento bibliográfico e documental. E a argumentação está estruturada da seguinte maneira: a) Políticas Judiciárias de Saúde: limites e possibilidades; a.1) O princípio do mínimo existencial e o da razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do poder público como possibilidades de intervenção do Poder Judiciário; a.2) A teoria da reserva do possível como limite à intervenção do Poder Judiciário; a.3) O princípio da separação dos poderes frente aos limites e às possibilidades de intervenção do Poder Judiciário; b) A transformação do Poder Judiciário como autor de políticas públicas na área da saúde.

Em razão do difícil cenário da saúde pública no país, amplamente noticiado, em que é verificada a falta do mínimo que garanta o alcance do direito constitucional (ausência de medicamentos no estoque público, poucos leitos de UTI, falta de insumos para a realização de procedimentos básicos, etc.), e constatada a insatisfação por mais de 80% dos cidadãos quanto aos serviços de saúde prestados pelo SUS (CFM, 2018), trabalha-se com a hipótese de que as políticas judiciárias de saúde, diante da omissão do Poder Executivo, não violam o princípio da separação dos poderes e coadunam-se ao texto da CF/88, uma vez que, quando provocado, nesses casos, o Poder Judiciário concorre para a realização das políticas públicas, objetivando o cumprimento dos preceitos constitucionais.

2 POLÍTICAS JUDICIÁRIAS DE SAÚDE: LIMITES E POSSIBILIDADES

O direito social à saúde, previsto na CF/88, trata-se de norma programática. Cabe lembrar que normas programáticas são as que “preveem programas, finalidades e tarefas a serem desenvolvidas pelo Estado e que demandam concretização pelo legislador” (SARLET, 2008, p. 284). Logo, são consideradas normas com baixa densidade normativa (JOSKOWICZ, 2010).

Sarlet (2008) destaca que os direitos sociais são previstos na CF/88 de forma programática para permitir que o Poder Legislativo concretize as normas ali previstas de acordo a conjuntura socioeconômica, impedindo que as normas constitucionais sejam superadas pelas mudanças dessa conjuntura.

Por conter muitas dessas normas programáticas, a CF/88 é classificada como dirigente. Esse tipo de constituição tem sido alvo de profundas críticas, dado o baixo grau de eficácia alcançado (JOSKOWICZ, 2010). Outra crítica que se faz a esse tipo de constituição afirma que essa formulação de promessas referentes aos direitos sociais, sem que o Estado possua reais condições de concretizá-las, gera uma frustração e um sentimento de descrença nos cidadãos, na ordem jurídica e no poder político (JOSKOWICZ, 2010).

Por outro lado, apesar do direito à saúde ser norma programática, o art. 5º, § 1º, da CF/88 afirma que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Nesse sentido, abriu-se uma discussão sobre se este dispositivo abarcaria os direitos sociais ou se se aplicaria somente aos direitos individuais e coletivos.

Sarlet (2008) entende que sim e afirma que a referida norma não se refere a uma categoria específica de direitos fundamentais, mas, de forma genérica, a direitos e garantias fundamentais, entre os quais se inserem os direitos sociais, e, por consequência, o direito à saúde.

Isso significa que, ainda que o direito à saúde seja norma programática, ele é capaz de produzir efeitos, mesmo quando não implementado pelo Poder Legislativo. Todavia, a problemática envolvendo o direito à saúde sugere que a eficácia reduzida desse direito social não é causada pela falta de edição de normas pelo legislador infraconstitucional. Mas, sim, causada pelo Poder Executivo no momento de formulação, implementação e manutenção de políticas públicas, principalmente, no que tange às escolhas do administrador quanto à aplicação dos recursos financeiros (KRELL, 2002).

Sobre esses aspectos, o relatório analítico propositivo do CNJ, de 2019, apontou:

O sistema de assistência à saúde é amplo e complexo, abrangendo uma grande diversidade de atores nas esferas pública e privada, bem como diversas entidades regulatórias e inúmeros dispositivos legais que disciplinam a relação entre esses vários atores. Se nos voltarmos apenas à Constituição Federal, por exemplo, saúde não só é parte de um conjunto de outros direitos sociais expressamente previstos, mas é um direito regulado por quatro longos artigos constitucionais que descrevem os contornos gerais da política pública e da oferta privada destes serviços, além de ser citada outras 62 vezes no documento [...] (CNJ, 2019, p. 13).

Conforme já mencionado, o SUS está previsto na CF/88, no art. 198, e, por ser um sistema que visa ao acesso integral e igualitário da população, abarca inúmeras políticas públicas que alcançam grupos específicos na sociedade, como crianças, indígenas, mulheres, quilombolas, pessoas com deficiência, homens e idosos. Esse amplo campo de atuação e essa grande concentração de usuários, que representa o maior volume do mundo, facilita a irrupção de conflitos, individuais e coletivos, relacionados à ineficácia de políticas de saúde e à busca pela efetiva garantia desse direito, redirecionando a matéria para o campo judicial (EMERIQUE, 2018).

Como exemplos desses conflitos podem ser citadas: a falta de medicamentos nos estoques públicos, a ausência de estruturas e insumos para a realização de procedimentos cirúrgicos, a ausência de quantitativo suficiente de leitos de UTI e a ausência de quantitativo suficiente de médicos.

Uma pesquisa do Conselho Federal de Medicina (CFM), em 2018, apontou que 89% da população brasileira classificava a saúde, tanto pública quanto privada, em péssima, ruim ou regular. E é diante desse complexo cenário que se discute se o Poder Judiciário teria competência para interferir nas escolhas do Poder Executivo e atuar como verdadeiro autor de políticas públicas (JOSKOWICZ, 2010).

Os tribunais, sob uma visão clássica, costumeiramente são vistos como instâncias estritamente legais, que servem unicamente para resolver lides entre particulares. Essa visão vem cedendo espaço para o reconhecimento do Poder Judiciário como instituição estratégica nas democracias contemporâneas que deixou de se limitar às funções declarativas de direitos, e passou a se impor como garantidor de cidadania (SILVA; FLORENCIO, 2011).

Com efeito, o Poder Judiciário passou a assumir a função de responsabilizar o próprio Estado nos casos de danos aos seus indivíduos, sendo, portanto, “o responsável por garantir os direitos e deveres (individuais e coletivos), conforme o próprio texto constitucional” (PALADINO, 2008, p. 230), possuindo grande capacidade de inovar na prestação de serviços públicos e na coordenação de políticas públicas (SILVA; FLORENCIO, 2011).

Em países adeptos do modelo anglo-saxão (sistema jurídico de *common law*), não é incomum a participação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, pois nesse sistema as normas legais são normalmente carentes de maiores detalhamentos, o que faz com que o Poder Judiciário assuma o papel de dar sentido ou completar o significado das leis (SILVA; FLORÊNCIO, 2011). Já nos países adeptos do sistema romano-germânico, como o Brasil, no qual predominam legislações exaustivas, era esperada a diminuição da necessidade de interpretação pelos tribunais, entretanto, o que se observou foi a crescente chamada do Poder Judiciário para resolver lacunas legais, o que valorizou a participação do sistema judicial nas políticas públicas (SILVA; FLORÊNCIO, 2011).

No caso da CF/88, diversos direitos são resguardados aos cidadãos por intermédio de ações governamentais, entre eles o direito à saúde, abarcando, igualmente, um amplo espectro de direitos supra individuais, tais como direitos difusos e coletivos. Sadek (2004) sustenta que a margem de atuação do Poder Judiciário foi ampliada pela extensa constitucionalização de direitos e liberdades individuais e coletivas, que não guarda proporção com os textos constitucionais anteriores, conferindo-lhe novo papel na organização tripartite dos poderes e maior papel político. Dessa forma, a CF/88 alçou o Poder Judiciário para o centro da vida pública e conferiu-lhe um papel de protagonista.

Nesse sentido, tem sido reconhecida a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no processo de construção de políticas públicas, no âmbito da chamada judicialização da política, que pode ser entendida como o processo por meio do qual uma comunidade de intérpretes, pela via de um amplo processo hermenêutico, procura dar densidade e corporificação aos princípios abstratamente configurados na constituição (MACIEL; KOERNER, 2002).

A judicialização da política indica os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas, principalmente quando os tribunais são chamados a se pronunciarem sobre assuntos nos quais o funcionamento do Poder Legislativo e do Poder Executivo mostra-se falho, insuficiente ou insatisfatório (SILVA; FLORÊNCIO, 2011).

A compreensão dessa expansão suscita, contudo, questionamentos: o Poder Judiciário está constitucionalmente autorizado a intervir na formulação de políticas públicas que seriam competência do Poder Executivo, considerando que este último poder teoricamente possui a discricionariedade, que permite um juízo de conveniência e oportunidade, com liberdade de escolha para realizar o ato administrativo? (CLARK;

COSTA, 2011) Ou o Poder Judiciário estaria apenas autorizado a exercer o controle sobre a forma do ato administrativo e não sobre o mérito?

Como bem assevera Emerique (2018, s.p.), as respostas não são simples, pois:

[...] as consequências da adoção de um modelo ilimitado de jurisdição dos direitos sociais e de implementação das políticas econômicas pelo Judiciário é inconstitucional e produz resultados políticos, tais como: a) legitimidade, uma vez que legislador e administrador (Executivo) foram eleitos; b) Judiciário não possui aparato técnico para identificar prioridades na implementação de políticas sociais e econômicas; c) Judiciário deve rever atos dos outros poderes e não substituí-los; d) a substituição desgasta o Judiciário; e) decisões do Judiciário equivocadas estariam imunes a uma revisão pelos outros poderes; f) a invasão sobre demais Poderes resultaria na possibilidade de controle político do próprio Judiciário.

Para responder a esses questionamentos, à vista disso, deve-se elucidar: a) o princípio do mínimo existencial e o da razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do poder público como possibilidades de intervenção do Poder Judiciário; b) a teoria da reserva do possível como limite à intervenção do Poder Judiciário; c) e o princípio da separação dos poderes frente aos limites e às possibilidades de intervenção do Poder Judiciário.

2.1 O PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL E O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE DA PRETENSÃO INDIVIDUAL/SOCIAL DEDUZIDA EM FACE DO PODER PÚBLICO COMO POSSIBILIDADES DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

A intervenção do Poder Judiciário em atos que teriam o juízo de discricionariedade do Poder Executivo seria justificada pela necessidade de garantia do mínimo existencial. É o que explica Grinover (2010, p. 18):

[...] os direitos cuja observância constitui objetivo fundamental do Estado (art. 3º da CF/88) e cuja implementação exige a formulação de políticas públicas, apresentam um núcleo central, que assegura o mínimo existencial necessário a garantir a dignidade humana.

Segundo o princípio do mínimo existencial, aos cidadãos devem ser resguardadas condições mínimas de sobrevivência para uma existência digna, que, para tanto, exige uma atuação estatal positiva. Contribuindo com a compreensão do princípio, Sarlet (2010) cita decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que adverte que o mínimo existencial trata-se de dever do Estado de “assegurar a cada pessoa necessitada e carente do auxílio estatal as condições materiais indispensáveis para a sua existência física, além de propiciar

um mínimo de participação (de cada indivíduo!) na vida social, cultural e política” (SARLET, 2010, p. 218).

A obediência a esse princípio implica na impossibilidade de supressão dos direitos sociais, sendo dever do Estado, como um todo, garantir aos cidadãos, pelo menos, o mínimo, o núcleo desse direito. Esse mandamento impede que os indivíduos sejam privados do exercício da cidadania e de todas as liberdades inerentes a ela, porque o ser humano só possui cidadania se possuir essas condições mínimas (PALADINO, 2008).

O núcleo essencial dos direitos fundamentais é inatingível por qualquer discricionariedade. Porém, no caso em apreço, o problema reside em se aferir o que seria o núcleo do direito fundamental à saúde, que autorizaria a intervenção judicial, já que é fundado essencialmente na conjugação entre o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2010).

Em outro giro, Paladino (2008) assevera que não incumbe ao Poder Judiciário a criação de políticas públicas, pois seria de competência dos Poderes Executivo e Legislativo. Todavia, quando for provocado, o Poder Judiciário concorrerá para a realização das políticas públicas, objetivando o cumprimento da constituição. Em suma, para ele, não seria uma questão de avocação de competências, mas de cumprimento da CF/88 e de interpretação das normas constitucionais.

Sempre que o Poder Executivo não cumprir seu papel de elaboração da política pública de garantir o mínimo existencial, comprometendo a eficácia e a integridade dos fins do Estado, o Poder Judiciário não só poderá, como deverá atuar como garantidor da dignidade da pessoa humana.

Todavia, quando se parte da premissa de que o Poder Judiciário está autorizado a intervir em atos que originalmente seriam do Poder Executivo, com vistas ao cumprimento da CF/88, a garantia do mínimo existencial, surge outra problemática: qual critério adotar para que a intervenção judicial não perca sua legitimidade?

Grinover (2010) sugere a razoabilidade como uma saída para isso:

[...] a razoabilidade mede-se pela aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade significa, em última análise, a busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados (p. 19).

Apesar de não ser previsto expressamente na CF/88, o princípio da razoabilidade encontra-se nela implícito. Enquanto há quem defenda sua derivação do Estado de Direito,

outros a fundamentam do próprio conteúdo dos direitos fundamentais, ou, ainda do devido processo legal (VIEIRA, 2006).

Trata-se de princípio que se aplica a todas as espécies de atos dos poderes públicos, vinculando, portanto, todos os poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. Norteia a intervenção do Poder Judiciário tanto como limite, quanto possibilidade, devendo guiar tanto os que exercem, quanto os que carecem do poder (GRINOVER, 2010).

Do lado da possibilidade, o juiz utilizará as regras de razoabilidade e proporcionalidade para dizer se o administrador público pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade estabelecidos nas normas constitucionais. Dessa maneira, estará o julgador apreciando, a favor do cidadão, a razoabilidade de sua pretensão individual deduzida em face do Estado (GRINOVER, 2010).

Em suma, a intervenção jurisdicional estaria autorizada em situações em que ficasse constatada a irrazoabilidade do ato discricionário praticado pelo poder público (GRINOVER, 2010).

Há uma tendência do Poder Judiciário brasileiro de flexibilizar a clássica teoria da separação entre os poderes, de modo a não mais considerar o ato discricionário como intocável, quando constatada a violação do princípio da razoabilidade. Vejamos:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Direito à saúde. Dever do Estado. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas concretas, assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da saúde, dever do Estado, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes. 2. Agravo regimental não provido (STF – RE 762242 RJ, Relator: Ministro Dias Toffoli, Data de Julgamento: 19/11/2013, Primeira Turma).

Do lado do limite, a razoabilidade aplicada a favor do poder público restou representada pela teoria da reserva do possível, aprofundada a seguir.

2.2 A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITE À INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Nas demandas de saúde é frequente a invocação da teoria da reserva do possível pelo Estado para justificar sua omissão nas políticas públicas e a impossibilidade material de realizar a pretensão dos cidadãos.

Essa teoria decorre do princípio da razoabilidade: significa aquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade, de tal modo que ainda que o Estado possua disponibilidade financeira e poder para realizar a pretensão, inexistia o dever de realizá-la, porque foge aos limites do razoável (SARLET, 2008).

A reserva do possível, assim sendo, não se refere unicamente à existência de recursos financeiros pelo Estado, mas à razoabilidade da pretensão deduzida pelo cidadão em face dele, como vistas à efetivação de seu direito fundamental (MÂNICA, 2008).

Nesse sentido, Sarlet (2008, p. 307) defende a existência de três dimensões da reserva do possível:

a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

Entretanto, Mânica (2008) aponta que no direito pátrio consolidou-se uma “reserva do financeiramente possível”, na medida em que passou a se considerar como limite absoluto à efetivação de direitos fundamentais a suficiência de recursos públicos e a respectiva previsão orçamentária. Essa vertente da teoria da reserva do possível é sustentada pela premissa de que o Estado não possui recursos financeiros suficientes para atender às necessidades de todos. Se, de um lado, existem necessidades ilimitadas, por outro, existem recursos financeiros limitados.

Mânica (2008) prossegue afirmando que a teoria da reserva do possível veio para substituir a antes alegada separação dos poderes como limite à interveniência judicial: se antes o Poder Judiciário não poderia intervir porque não era de sua competência, agora não o pode em razão da indisponibilidade financeira.

Na jurisprudência, esse viés unicamente financeiro da teoria da reserva do possível vem sendo fortemente rechaçado nas ações judiciais de saúde. Os tribunais têm exigido mais do que a mera alegação de ausência de recursos, mas a comprovação de uma “exaustão orçamentária”, que impeça que o Estado concretize o direito perquirido pelo cidadão (MÂNICA, 2008).

Já no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45, em 2004, o Supremo Tribunal Federal (STF), sob a relatoria do Ministro Celso de

Mello, deixou evidente que a interpretação da reserva do possível não poderia ser tratada como mero entrave burocrático, pois o poder público, detentor do ônus da prova, deve demonstrar a impossibilidade de atendimento da demanda (SARLET, MARINONI, & MITIDIERO, 2017).

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". [...] (ADPF 45 MC/DF, Relator: Ministro Celso de Mello, julgada em 29 de abril de 2004, publicada no DJU em 4 de maio de 2004 – Informativo STF nº 345, 26 a 30 de abril de 2004).

De outro turno, realizada a comprovação da impossibilidade financeira pelo Estado, pergunta-se: essa justificativa deve ser acatada ainda que a pretensão do litigante vise assegurar seu mínimo existencial?

Krell (2002) defende ser impossível a relativização de direitos fundamentais, caso contrário, correríamos o risco de serem realizadas ponderações perigosas e anti-humanistas como - por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais? Quando existirem diversas pretensões, estando em confronto, por exemplo, a saúde de milhares pessoas com doenças comuns e a saúde de um pequeno grupo de pessoas com doenças raras ou de cura improvável, a saída a ser adotada pelo Estado, frente à limitações dos recursos financeiros, deve ser a de tratar a saúde de todos, indistintamente, com utilização de recursos previstos na lei orçamentária para áreas menos essenciais, como transporte ou fomento, em uma eleição de prioridades orçamentárias.

Consequentemente, a garantia do mínimo existencial dever ser o alvo prioritário dos gastos públicos. Apenas depois de alocados recursos suficientes para garantir esse mínimo é que se passa a discutir a utilização do recurso remanescente em outros projetos.

Sarlet (2008) entende, que apesar de ser um argumento geralmente suscitado pelo Estado para justificar a negativa de uma prestação, a reserva do possível pode ser considerada como uma garantia de proteção dos direitos sociais, à medida que evita que para a resolução

de uma única demanda individual sejam alocados recursos que seriam destinados à implementação de outros direitos sociais.

O que deve ser observado é o motivo pelo qual o Estado não possui os recursos para o atendimento de determinada prestação, a fim de avaliar se a impossibilidade financeira é decorrente da alocação de recursos sem observância do texto constitucional. Caso positivo, a invocação da teoria da reserva do possível carecerá de legitimidade (JOSKOWICZ, 2010).

O problema reside em definir o que seria considerado desproporcional nas ações de saúde, e verificar até que ponto uma possível afetação de interesses coletivos pode obstar o atendimento de interesses individuais, cujo direito fundamental está sob ameaça concreta e urgente (SARLET, 2010). É um problema que não possui uma resposta pronta e dependerá da análise do caso concreto.

Clark e Costa (2011) acreditam que o Poder Judiciário ainda tem sido bastante ponderado e tímido, não se verificando julgamentos ousados que determinem aos entes estatais a locação de grandes recursos financeiros como para construir hospitais e postos de saúde em locais de grande carência e necessidade da efetivação do direito à saúde, por exemplo. Também não existe qualquer decisão dos tribunais impondo cortes em gastos públicos volumosos e questionáveis (pomposas verbas para a publicidade oficial ou em grandes obras públicas com suspeitas fundadas de superfaturamento investigadas pelos Tribunais de Contas) a fim de serem utilizados na saúde.

2.3 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES FRENTE AOS LIMITES E ÀS POSSIBILIDADES DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

A teoria dos freios e contrapesos estabelece competências específicas aos três poderes, conjugando-se para um modelo harmônico de consecução dos objetivos e metas de governo. Apesar da visão clássica da separação entre os poderes apontar, em um primeiro momento, para a impossibilidade de atuação do Poder Judiciário em competências que seriam originariamente do Poder Executivo, é preciso interpreta-la de maneira diferente no cenário atual. A teoria surgiu no Estado Liberal e, agora, deve ser adaptada ao novo Estado Social, à CF/88.

O liberalismo foi o período da primeira geração dos direitos fundamentais, caracterizada pelo enfraquecimento do Estado e pela restrição de sua atuação na liberdade individual. Eram as ditas liberdades negativas. Ou seja, a única preocupação do

constitucionalismo liberal era proteger o indivíduo da ingerência do Estado (GRINOVER, 2010).

Esse cenário mudou com a Revolução Industrial, período no qual surgiu a figura do sindicato como porta-voz das reivindicações das massas operárias. A partir daí, houve uma alteração substancial na concepção de Estado e de suas finalidades. No Estado Social, o objetivo passou ser o atendimento do bem comum, a satisfação de direitos fundamentais e a garantia da igualdade material. Nesse quadro, o papel estatal não era mais o de abstenção, mas o de uma atuação positiva, que permitisse a fruição dos direitos constitucionalmente previstos, tanto de primeira, quanto de segunda geração (GRINOVER, 2010).

A necessidade de concretização dos direitos sociais previstos nas constituições exigiu alterações nas funções clássicas dos juízes, que se tornaram corresponsáveis pelas políticas dos outros poderes estatais, tendo que orientar a sua atuação para possibilitar a realização de projetos de mudança social (JOSKOWICZ, 2010).

Nesse ponto, Sarlet (2008) afirma que apesar de na CF/88 não constar expressamente a vinculação das entidades públicas aos direitos fundamentais, a imediata aplicabilidade desses direitos, com previsão no art. 5º, 1º, pode ser entendida como um “mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais” (2008, p. 366). Significa dizer que o poder público possui o dever específico de respeitar e promover os direitos fundamentais, tomando-os como baliza e referencial.

O autor defende ainda que há particular relevância na função exercida pelo Poder Judiciário no que concerne à vinculação do poder público aos direitos fundamentais. Isso porque, além dele próprio estar vinculado à constituição e aos direitos fundamentais, também exerce o controle de constitucionalidade dos atos dos Poderes Legislativo e Executivo, de modo que possui o poder-dever de não praticar atos contrários à constituição e aos direitos fundamentais. Por esse motivo, é que vem se sustentando o entendimento de que são os próprios tribunais que definem, para o próprio Poder Judiciário e para os demais poderes, o conteúdo e o sentido “correto” dos direitos fundamentais (SARLET, 2008).

Além dessa dimensão negativa da vinculação do poder público aos direitos fundamentais, há a dimensão positiva, que consiste no dever do Poder Judiciário, por intermédio da aplicação, interpretação e integração, de outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível (SARLET, 2008).

A seguir um posicionamento do STF sobre a questão:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO PELO PODER PÚBLICO DO TRATAMENTO ADEQUADO. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. [...] **O Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada.** [...] (Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo nº 834566 RN, STF, Relator: Ministro Roberto Barroso, data de publicação: 17.12.2014) (grifo nosso).

Vale destacar que não é só prevista a separação entre os poderes, como também a harmonia entre eles. Essa harmonia representa o respeito mútuo às prerrogativas atribuídas a cada poder, com colaboração e controles recíprocos, visando ao cumprimento dos objetivos da República. Em decorrência da harmonia, ocorrerão interferências para garantir o equilíbrio entre os poderes, de modo a evitar possíveis desmandos (ALVES, 2009).

Em linhas gerais, o decurso da história exigiu do Estado contemporâneo a intensificação de sua esfera de ação, orientando-lhe rumo a um processo de compartilhamento de atribuições entre seus órgãos, com o objetivo de cumprir a ampla gama de direitos previstos na constituição, e otimizar seu funcionamento sem os entraves que uma divisão de poderes rígida impõe (ALVES, 2009).

3 A TRANSFORMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO AUTOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS GARANTIDORAS DO DIREITO À SAÚDE

A atribuição da expressão “autor de políticas públicas” ao Poder Judiciário na área da saúde não é facilmente encontrada em estudos. Trata-se de um fenômeno recente e ainda em exploração. Em 2015, o CNJ começou a sustentar a expressão, citando a existência de “políticas judiciárias de saúde” no estudo com o título “Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiências” (CNJ, 2015).

Mas, em 2011, a Escola Nacional de Administração Pública (ENAP), na Revista do Serviço Público Brasília, já publicava um estudo, de Silva e Florêncio, defendendo que o Poder Judiciário brasileiro havia assumido a posição de autor de políticas públicas. Apesar dos autores não citarem especificamente o direito à saúde, no artigo “Políticas Judiciárias no Brasil: o Judiciário como autor de políticas públicas”, a iniciativa é um marco importante para esse debate e, por isso, inspira o título desta pesquisa.

Segundo Silva e Florêncio (2011), um dos marcos principais do fenômeno de transformação do Poder Judiciário em autor de políticas públicas foi a criação do CNJ em 2004, pela Emenda Constitucional nº 45, constituindo-se em uma inovadora modalidade de controle público sobre a ação governamental e, idealmente, de corresponsabilização quanto ao desenho, monitoramento e avaliação de políticas públicas.

Os autores destacam ainda que o CNJ possui um caráter participativo na definição de políticas públicas, tanto em razão de ser um órgão colegiado, quanto em razão de suas ações relacionadas à realização de audiências públicas, inspeções e planejamento estratégico e metas.

Motivado pelo aumento das ações judiciais de saúde, o CNJ vem assumindo papel central na busca de soluções para a excessiva judicialização deste direito (VIEIRA, 2020). Algumas medidas podem ser destacadas, tais como: - Em 2010, no mês de março, o CNJ recomendou aos tribunais a adoção de medidas para que os magistrados pudessem ser orientados no tocante às demandas relacionadas à assistência à saúde, por meio da Recomendação nº 31, sugerindo, por exemplo, a celebração de parcerias para a disponibilização de apoio técnico via informações repassadas por médicos e farmacêuticos aos juízes (VIEIRA, 2020); - Ainda em 2010, no mês de abril, por meio da Resolução nº 107, instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde (Fórum da Saúde do CNJ), comitês executivos foram criados nos Estados, com o objetivo de coordenar e executar ações de natureza específica nesta temática, Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (Nat-Jus) também foram criados nos estados com a finalidade auxiliar os juízes com informações técnicas sobre as demandas de saúde e foram definidas as realizações de Jornadas de Direito da Saúde¹, com o intuito de produzir enunciados com resumos de práticas de sucesso e sugestões para os diversos atores do sistema de justiça (VIEIRA, 2020).

Vale lembrar que, por muito tempo, as decisões judiciais mostravam-se “solitárias”, sem uma sólida padronização de limites e sem aprofundamento sobre as questões específicas de saúde. O resultado foi uma ampliação decisiva dos serviços de saúde pela via judicial, e um dos exemplos mais paradigmáticos dessa “virada judicial” foi o reconhecimento do dever do Estado de concessão de antirretrovirais para portadores de HIV/Aids (CNJ, 2015).

¹ Três jornadas já foram realizadas (em 2014, 2015 e 2019) e resultaram na publicação de um documento que consolida os 103 enunciados aprovados até o momento, sendo que, destes, 11 enunciados aprovados anteriormente foram revogados durante a III Jornada, de forma que restam, vigentes, 92 enunciados que versam sobre saúde pública, saúde suplementar e biodireito (VIEIRA, 2020).

No ano 2000, no Recurso Extraordinário nº 271286, o STF reconheceu o dever do Estado de fornecer gratuitamente medicamentos a pessoas vivendo com HIV, sob o fundamento de que os poderes públicos devem praticar políticas sociais e econômicas que visem aos objetivos proclamados no art. 196 da CF/88 (STF, 2000).

Exemplo mais recente da atuação do Poder Judiciário como autor de políticas públicas, na área da saúde, foi o julgamento do Recurso Especial nº 1.657.156/RJ, no STJ, sob a sistemática dos recursos repetitivos, no qual ficou consignado o dever do poder público executivo (Municípios, Estados e União) em fornecer medicamentos que não constam nas normativas do SUS. A tese afetada foi a da “obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106)” (STJ, 2018).

Essa atuação do STJ ganhou destaque pelo fato do Poder Judiciário ter interferido em decisão que cabia, originalmente, ao Poder Executivo: o de escolher quais medicamentos, de acordo com os recursos financeiros disponíveis, poderiam ser fornecidos à coletividade.

Em 2018, da mesma forma, o STJ, no Recurso Especial nº 1.657.075, reconheceu o direito de importação de medicamentos à base do canabidiol (derivados da maconha), que à época ainda não eram registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Apesar do uso da maconha ser proibido no Brasil, na ocasião, e da ausência de registro na mencionada agência, a corte superior reconheceu o direito de uma criança com paralisia cerebral, que sofria 240 crises epiléticas por mês, à importação desse medicamento para o tratamento da doença. E, além de permitir a importação direta, proibiu a União de destruir, devolver ou impedir que o medicamento importado chegasse ao seu destino (STJ, 2018)².

Outras decisões de protagonismo do Poder Judiciário nas políticas públicas são aquelas que condenam o Estado ao fornecimento do tratamento de saúde na rede privada, às custas do ente federativo, pela ausência de estrutura na rede pública de saúde, pedidos de internação em leito que UTI, quando não há vaga disponível em hospital público, para cirurgias que não são realizadas em hospital público por falta de materiais hospitalares, entre outros.

Destarte, o próprio CNJ, no relatório analítico propositivo, publicado em 2019, trouxe uma conclusão síntese de que:

² Em 22 de abril de 2020, a ANVISA aprovou o registro e autorizou a comercialização no país de um fármaco à base de canabidiol. O produto é um fitofármaco, com concentração de THC (Tetra-hidrocanabinol) de até 0,2%, só pode ser comprado com receita médica de controle especial e prescrito quando estiverem esgotadas outras opções terapêuticas disponíveis no mercado brasileiro (ANVISA, 2020).

[...] não há um único fenômeno de judicialização da saúde, mas sim uma variedade considerável de assuntos, motivos de litigar e consequências sobre as políticas de saúde pública e de saúde suplementar, sobre oferta de serviços de assistência à saúde e sobre a sociedade de um modo geral. Essa miríade de assuntos está por trás da complexidade já revelada pela literatura ao tratar o tema. Desta conclusão decorre que é fundamental identificar e, na medida do possível, isolar os tipos de judicialização da saúde para que se possa compreender melhor o fenômeno e, a partir dessa compreensão, fundamentar a proposição de ações para os diversos atores envolvidos (CNJ, 2019, p. 15).

O texto do relatório supracitado deixa claro ainda que a judicialização da saúde revela que por mais que as políticas públicas de saúde estejam bem desenhadas e implementadas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, sempre poderá haver uma necessidade de saúde específica a demandar uma ação estatal que não se encontra, ainda, devidamente regulada em termos coletivos por meio de leis, normas ou serviços específicos (CNJ, 2019).

“O Poder Judiciário tem, nesse sentido, uma função estratégica no sentido de aproximar ao máximo a capacidade do Estado brasileiro de dar conta das necessidades de saúde concretas dos brasileiros” (CNJ, 2019, p. 160).

Por óbvio, o protagonismo do Poder Judiciário desponta aspectos positivos e negativos da judicialização do direito à saúde. Para Gebran Neto (2019) o fomento às políticas públicas e à sua revisão, a fixação de prazos para tratamento de câncer e a saúde como pauta política são exemplos de resultados positivos desse processo. Por outro lado, autor menciona que a desorganização do SUS, a influência negativa sobre as finanças públicas, as indevidas escolhas judiciais de políticas públicas e a fragilização da isonomia são consequências negativas. E lança um alerta sobre o modelo atual de judicialização: está se esgotando e pode levar o SUS ao colapso.

A solução para a problemática suscitada não seria a represália de toda e qualquer atuação do Poder Judiciário na seara das políticas públicas de saúde, mas que em caráter excepcional, estaria sim autorizado a assumir o papel de autor de políticas públicas, corrigindo ilegalidades e também omissões, para atender às disposições constitucionais, dada a vinculação constitucional das entidades públicas aos direitos fundamentais.

4 CONCLUSÃO

A pesquisa visou investigar limites e possibilidades para a atuação do Poder Judiciário como autor de políticas públicas garantidoras do direito à saúde, sob o prisma da CF/88 e, especialmente, sob o prisma do princípio constitucional da separação dos poderes.

Trabalhou-se com a hipótese de que as políticas judiciárias de saúde, diante da omissão do Poder Executivo, não violam o princípio da separação dos poderes e coadunam-se ao texto da CF/88, uma vez que, quando provocado, nesses casos, o Poder Judiciário concorre para a realização das políticas públicas, objetivando o cumprimento dos preceitos constitucionais. Tal hipótese foi parcialmente confirmada, dada a possibilidade de ingerência legítima ou ilegítima do Poder Judiciário como autor de políticas públicas de saúde, a depender da atuação orientada ou não pelo princípio da razoabilidade.

Reconhecendo a complexidade do tema, foi possível, à luz das premissas lançadas, concluir que: - A função do Poder Judiciário não é estática, e vem assumindo feições diferentes, de acordo com as mudanças conjunturais, principalmente a partir da maior positivação de direitos fundamentais nas constituições e da capacidade limitada de recursos financeiros/materiais para o cumprimento de todos eles por um poder, sozinho; - A atuação do Poder Judiciário deve ser orientada pelo princípio da razoabilidade, em dois aspectos: interpretando-o a favor do cidadão que requer a realização de sua pretensão frente ao Estado, mas também interpretando-o a favor do Estado, em respeito à reserva do possível; - A reserva do possível é um argumento legítimo para orientar as decisões judiciais, mas exige mais que a mera alegação, pois do contrário estaria correndo o risco de negar a concretização de direitos sociais pelas más escolhas financeiras do Estado; - Em caráter excepcional, o Poder Judiciário está autorizado a assumir o papel de autor de políticas públicas, corrigindo ilegalidades e também omissões, para atender às disposições constitucionais. Essa intervenção representa a assunção de uma competência omitida e do cumprimento do mandado constitucional; - O Poder Judiciário está autorizado a interferir nas escolhas do Poder Executivo, nos atos discricionários, sempre que ferido o princípio da razoabilidade, cuja observância é necessária;

Não se trata, portanto, da compreensão do fenômeno sob a visão rígida da separação de poderes, sem a comunicação com os demais princípios igualmente encartados na CF/88, ainda que implicitamente, tais como o mínimo existencial, a reserva do possível e a razoabilidade, mas de compreensão de que os poderes devem acompanhar as mudanças conjunturais da sociedade, para garantir que os direitos constitucionais sejam assegurados.

REFERÊNCIAS

ALVES, Bruno Franco. A relação entre os Poderes no Brasil: uma análise da atividade legislativa do Poder Executivo à luz da teoria democrática. *In: Congresso Internacional de Legística: Qualidade da Lei e Desenvolvimento* (2007: Belo Horizonte, MG). **Legística: qualidade da lei e desenvolvimento**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de

Minas Gerais, 2009. Disponível em:

https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/publicacoes_assembleia/obras_referencia/arquivos/pdfs/legistica/relacao_poderes.pdf. Acesso em: 15 mar. 2019.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA). **Anvisa autoriza primeiro produto à base de Cannabis**. Notícia publicada em 22 de abril de 2020. Ascom – Anvisa. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/anvisa-autoriza-primeiro-produto-a-base-de-cannabis/219201?p_p_auth=QqssILSs&inheritRedirect=false. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Informativo nº 345**, de 26 a 20 de abril de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 15 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 762242 RJ**. Primeira Turma. Ministro Dias Toffoli, julgado em 19/11/2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24803310/agreg-no-recurso-extraordinario-re-762242-rj-stf>. Acesso em: 15 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo nº 834.566, Rio Grande do Norte**. Primeira Turma. Ministro Roberto Barroso, julgado em 18/11/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7505061>. Acesso em: 15 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário nº 271286**. Segunda Turma. Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 12/09/2000. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28271286%2ENUME%2E+OU+271286%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y3glorph>. Acesso em: 2 dez 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial nº 1.657.156/RJ – Rio de Janeiro**. Relator: Benedito Gonçalves. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos afetados sob o rito das demandas repetitivas. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201700256297>. Acesso em: 15 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Tema 106**. DJe, 21/09/2018. Disponível em: http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=106&cod_tema_final=106. Acesso em: 15 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso Especial nº 1.657.075/PE**. Segunda Turma. Relator: Ministro Francisco Falcão, julgado em 14/08/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/615002081/recurso-especial-resp-1657075-pe-2017-0044695-1/inteiro-teor-615002103>. Acesso em: 15 mar. 2019.

CLARK, Giovani; COSTA, Wander Henrique de Almeida. O direito à saúde perante o Poder Judiciário. **Direito e Democracia Canoas**, v.12, n.1, p.3-20, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2602>. Acesso em: 20 abr 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Pensando o futuro da saúde**. 2018. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27915:2018-10-10-15-33-04&catid=46:artigos&Itemid=18. Acesso em: 29 nov. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiências**. Coordenadores: Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Relatório Analítico Propositivo. Justiça Pesquisa. Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Realização: Insper – Instituto de Ensino e Pesquisa. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/95da70941b7cd226f9835d56017d08f4.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2020.

EMERIQUE, Lilian Balmant. Poder judiciário e políticas públicas de direitos sociais: judicialização do direito à saúde. **Revista Acadêmica de Direito da UNIGRANRIO**, v. 8, n. 1, 2018. Disponível em: <http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/view/5096>. Acesso em: 30 out. 2019.

GEBRAN NETO, J. P. Direito constitucional à saúde e suas molduras jurídicas e fáticas. *In*: SCHULZE, C. J.; GEBRAN NETO, J. P. **Direito à saúde**. 2. Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, v. 7, n. 7, 2010. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/RFD/article/view/1964>. Acesso em: 18 nov. 2019.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Revista Lua Nova**, n. 57, p.113-133, 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2019.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**, p. 89-104, jan/jul, 2008. Disponível em: http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/teoria_da_reserva_do_possivel.pdf. Acesso em: 03 mar. 2019.

JOSKOWICZ, Graziela Mayra. A eficácia dos direitos sociais e o controle judicial das Políticas públicas. **Revista da AGU**, ano 09, nº 24, abr./jun. 2010. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/219>. Acesso em: 30 abr. 2019.

PALADINO, Carolina de Freitas. Políticas públicas: considerações gerais e possibilidade de controle judicial. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/514>. Acesso em: 25 abr. 2019.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estud. av.**, vol.18, n. 51, São Paulo May/Aug. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200005&script=sci_arttext. Acesso em: 15 nov. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. **Direitos Fundamentais & Justiça**, nº 10, jan./mar. 2010, p. 205-228. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/449/297>. Acesso em: 27 dez 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Jeovan Assis da; FLORÊNCIO, Pedro de Abreu e Lima. **Políticas Judiciárias no Brasil: o Judiciário como autor de políticas públicas**. Revista do Serviço Público Brasília, n. 62 (2), p.119-136, Abr/Jun. 2011. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/65>. Acesso em: 20 abr. 2019.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à Saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça. **Texto de Discussão nº 2547**. Brasília, março de 2020. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2020.

VIEIRA, Katharine Santos. A Importância do Princípio da Proporcionalidade para Teoria dos Direitos Fundamentais: a distinção do Princípio da Razoabilidade. *In: Diálogo Jurídico*, n. 5, setembro. Fortaleza: Faculdade Farias Brito, 2006. Disponível em: http://fbuni.edu.br/sites/default/files/dialogo_juridico_no_5.pdf#page=189. Acesso em: 01 dez. 2019.