

OS ENTRAVES DA JUDICIALIZAÇÃO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO CONTEXTO CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO

Ancilla Caetano Galera Fuzishima¹

Jéssica Nágilla Hagemeyer²

RESUMO: Este trabalho visa a apresentar uma reflexão teórica sobre os entraves da Judicialização na efetivação do direito à saúde no contexto contemporâneo brasileiro. Seguindo o método indutivo, o aporte teórico deste trabalho está fundamentado principalmente nas obras de Sarlet (2013) e Barroso (2012), bem como nas temáticas do ativismo judicial e Judicialização. Conforme previsto no artigo 196, da Constituição Federal de 1988, a saúde é um direito de todos, cabendo ao Estado o dever de assegurá-lo nas suas diversas nuances, mediante políticas sociais e econômicas. Todavia, apesar da saúde pública ser constitucionalmente garantida, muitos são os obstáculos enfrentados pela população para que este direito seja efetivamente de qualidade e acessível a todos. Diante deste cenário, o Poder Judiciário tornou-se a instituição capaz de viabilizar ao cidadão já desacreditado o acesso aos tratamentos ou medicamentos não disponibilizados pelo SUS, os quais são, na maioria das vezes, excessivamente caros. Contudo, há que se pensar se esse ativismo judicial está, de fato, sendo benéfico para o país, tendo em vista que pode impedir a alocação racional dos escassos recursos públicos destinados à saúde, além de transformar o Poder Judiciário numa máquina de decisões sem critérios definidos.

Palavras-chave: Judicialização. Direito à Saúde. Constituição de 1988.

¹ Professora Mestre em Direito, docente do curso de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campus Três Lagoas, email: ancilla@clickrede.com.br

² Aluna de graduação do 9º semestre do curso de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campus Três Lagoas, email: jessicahagemeyer@hotmail.com

Introdução

A judicialização do direito à saúde é um tema muito discutido hodiernamente no cenário jurídico brasileiro, haja vista que o Poder Judiciário tem sido utilizado como um meio mais rápido e eficaz de compelir os outros dois poderes (Legislativo e Executivo) a atender as necessidades dos cidadãos em relação à saúde pública, seja fornecendo medicamentos não contemplados na lista do SUS (Sistema Único de Saúde), seja regulamentando novas políticas sociais para garantir a promessa constitucional de acesso à saúde de forma igualitária e universal.

Ocorre que o tema abarca não só questões sociais ou políticas, como também questões relacionadas à distribuição funcional a cada um dos poderes no ordenamento jurídico brasileiro, muitas vezes, retirando a responsabilidade de atuação de um poder em determinado assunto e transferindo-o a outro, de modo a sobrecarregá-lo devido à grande problematização do que está sendo discutido.

O que estamos propondo é que o posicionamento retraído do Poder Legislativo e Executivo em conferir efetividade aos direitos elencados na Constituição Federal, em especial ao direito à saúde, tem trazido grandes mudanças para a estrutura do Poder Judiciário, já que este passou a ter maior atuação na seara da concretização dos valores constitucionais, denominada atualmente como ativismo judicial.

No entanto, nota-se que essa discussão é pertinente a ponto de analisarmos se o “deslocamento” de competência existente na esfera da saúde pública se comporta como um benefício ou malefício para a ordem jurídica e para os resultados que a população almeja, tendo em vista que a excessiva Judicialização da saúde pode acarretar na disfuncionalidade dos recursos públicos e na banalização das decisões judiciais.

Nesse sentido, para que possamos apresentar o tema e refletir sobre os entraves da Judicialização da saúde, o presente texto inicia-se definindo as premissas e os desdobramentos do direito à saúde, como um direito fundamental salvaguardado na Constituição Federal de 1988, culminando no diálogo entre o mínimo existencial e a teoria da reserva do possível, como limitadora da efetivação dos direitos constitucionais.

Por derradeiro, temos a explanação dos termos Judicialização e ativismo judicial, seguindo para a exposição dos principais pontos controvertidos a respeito do assunto, ressaltando, ainda, as críticas tecidas em relação à Judicialização em excesso, o que possibilita a reflexão acerca dos obstáculos enfrentados na efetivação do direito à saúde.

1. Do direito à saúde: Mínimo Existencial versus Reserva do Possível

Inicialmente, cumpre salientar que o direito à saúde é um dos problemas fundamentais da sociedade contemporânea baseada no Estado Social, sobretudo, sob a égide do Estado Democrático de Direito.

Isto ocorre porque o Estado, no status de garantidor e mantenedor do bem estar da sociedade, não conseguiu compatibilizar, ainda, os anseios sociais por uma saúde pública de qualidade com medidas sociais e econômicas de inclusão e promoção da saúde com a eficácia pretendida pela Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, Morais (2008, p. 260) traça objetivamente as vertentes do Estado Democrático de Direito (EDD), senão vejamos:

(...) a opção pelo EDD impregna a ordem jurídica com seu caráter de promoção do bem-estar e de transformação das circunstâncias de desequilíbrio. Nesse quadro, se estabelece um projeto de sociedade que se constitui através de pressupostos substanciais que precisam ser concretizados no âmbito da ação estatal, seja por intermédio de normas integradoras do texto constitucional, seja pela prestação de políticas públicas e serviços que visem dar conta do acordo constitucional seja, ainda, pelo reconhecimento jurisdicional do conteúdo da norma constitucional, em um contexto de unidade da ação estatal voltada à realização do projeto de sociedade contida no contrato constitucional.

Assim, é nesse contexto de promoção do bem-estar da sociedade que o direito à saúde foi idealizado em nossa Constituição Federal. Além de fazer parte do rol de direitos fundamentais e sociais, este direito abordado em diversos artigos ao longo da

Constituição Federal de 1988, porém sendo consagrado nos artigos 6º e 196 e seguintes da CF 1988, senão vejamos:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

(...)

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

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (BRASIL, 1998).

Sendo assim, evidencia-se que a Constituição além de universalizá-lo e torná-lo acessível à população como um todo, atribui, ainda, ao Estado o dever de manutenção da saúde pública, impondo a promoção de políticas públicas e a criação e regulamentação de ações e serviços de saúde ao legislador.

Nessa perspectiva, oportuno ressaltar que, como, em regra, ocorre com os direitos fundamentais, o direito à saúde apresenta uma dupla dimensão no tocante a sua exigibilidade, podendo ser subjetiva e objetiva ou ainda negativa (defensiva) e positiva (prestacional), relacionando-se diretamente ao texto constitucional citado acima.

No primeiro caso, conforme disciplina Sarlet (2013, p. 564), a forma subjetiva dos direitos sociais consiste na possibilidade de serem exigíveis perante seus destinatários, sendo grandemente influenciados pelos entendimentos jurisprudenciais

no sentido de reconhecê-los como um direito subjetivo definitivo, isto é, direito que gera um dever prestacional (positivo) por parte destes destinatários, com o intuito de garantir ao menos o plano do mínimo existencial.

Por sua vez, vale ressaltar que o mínimo existencial aqui tratado é conceituado por Ávila (2014) como:

(...) um complexo de direitos essenciais para a existência de uma sociedade equilibrada, bem como para edificação de um governo democrático, cabendo ao Estado sua promoção e proteção. Funda-se nos direitos relacionados às prestações básicas necessárias a manutenção da vida humana e no seu desenvolvimento sadio, o mínimo vital; na vedação a submissão à tortura e/ou tratamento desumano ou degradante; nos bens e serviços imprescindíveis à construção da própria personalidade, tais como o direito a educação básica; e no acesso à justiça.

Já no segundo caso, os direitos sociais assumem a forma objetiva ao compelir o Estado a concretizá-los e respeitá-los como valores fundamentais de forma que sirvam de parâmetro para aplicação e interpretação de direitos infraconstitucionais (SARLET, 2013, p.565).

Nessa mesma linha, a dupla dimensão negativa e positiva é elucidada por Sarlet (2013, p. 566) através do direito à saúde, senão vejamos:

(...) este apresenta uma evidente dimensão defensiva, no sentido de gerar um dever de não interferência, ou seja, uma vedação a atos (estatais e privados) que possam causar danos ou ameaçar a saúde da pessoa, sem prejuízo da sua simultânea dimensão prestacional (positiva), pois ao Estado incumbe a criação de todo um aparato de proteção (...), assim como a criação de uma série de instituições, organizações e procedimentos dirigidos à prevenção e promoção da saúde (campanhas de vacinação pública, atuação da vigilância sanitária, controle de fronteiras, participação nos conselhos e conferência da saúde, entre outros), além do dever estatal de

fornecimento de prestações no campo da assistência médico-hospitalar, medicamentos, entre outros.

Portanto, como bem observado, essas dimensões analisadas demonstram claramente o escopo precípua da efetivação deste direito: a proteção do direito à vida e integridade física dos cidadãos, que em última instância recai no respeito da dignidade da pessoa humana.

No entanto, adentrando ao campo da prática, para que o direito à saúde seja efetivado em todas as suas vertentes é necessário que haja, portanto, um implemento do Poder Público no sentido de assistir os indivíduos que carecem do mínimo existencial.

Logo, esse termo mínimo existencial se coaduna com a essência de um núcleo indispensável para uma vida digna, ou seja, o direito fundamental que abrange prestações básicas do poder estatal para o desenvolvimento equilibrado do indivíduo.

Ocorre que, atualmente, vivenciam-se situações em que o Estado não atribui a devida importância à prestação de serviços básicos no tocante à saúde, tendo como argumento para essa atitude a escassez de verbas.

Exemplo disso é a rejeição do Estado em fornecer medicamentos e/ou tratamentos especiais a diversos pacientes que não tem condição financeira de custear, mesmo sendo medidas imprescindíveis para a sobrevivência do adulto ou criança.

Esse argumento de restrição de verbas é fundamentado na teoria da Reserva do Possível, a qual, segundo Ingo Sarlet (2013, p. 574) é caracterizada por uma tríplice dimensão, a saber:

(a) A real disponibilidade fática dos recursos para efetivação dos direitos sociais; (b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guardam conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, e, em países como o Brasil, ainda reclama equacionamento em termos de sistema federativo; e (c) o problema da proporcionalidade da prestação, em especial

quanto à sua exigibilidade e razoabilidade, no que concerne à perspectiva própria e peculiar do titular do direito.

Destarte, nota-se que, no contexto político hodierno, a Reserva do Possível é utilizada como justificativa para desídia Estatal, sendo que, na verdade, deveria ser compreendida sob a ótica dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na dualidade entre efetividade de direitos fundamentais e possibilidade financeira do governo.

Assim, o que se almeja no contexto jurídico atual é não deixar que essa teoria seja um obstáculo intransponível para a concretização dos direitos sociais e, é justamente nesse sentido que o Poder Judiciário tem trabalhado, ou seja, para que a falta de recursos financeiros não seja uma desculpa genérica para a falta de atuação estatal.

Todavia, é importante ressaltar que as políticas públicas destinadas à saúde existem, o que ocorre é que muitas delas são ineficazes pelo fato de não existir o investimento concreto e devido, por este motivo, o Judiciário é invocado para resolver essa questão de efetividade.

Por fim, vale colacionar parte da notória decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal na ADPF 45/DF de 04.05.2004, a qual marcou a discussão jurídica acerca do binômio reserva do possível e efetivação de direitos sociais.

(...) Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à reserva do possível (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights*, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização depende,

em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da reserva do possível ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS (A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais, p. 245-246, 2002, Renovar): Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do

homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível. (...) (STF - ADPF: 45 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: DJ 04/05/2004. PP-00012 RTJ VOL-00200-01PP-00191)(*grifo nosso*).

A partir desta decisão, o ministro inaugurou entendimento no STF de que os direitos sociais, sejam positivos ou negativos, são exigíveis do Poder Público, tornando-se, assim, um *leading case* para as demais decisões proferidas em outras instâncias, senão vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação civil pública. Direito à saúde. Implementação de políticas públicas como mecanismo de consolidação da cidadania. O atendimento do comando constitucional consistente em disponibilizar aos indivíduos as prestações sociais positivas a que fazem jus é conduta estatal que se materializa por meio políticas públicas de efetivação de direitos sociais que não de levar em conta diretrizes teóricas, planejamentos e ações concretas que demonstrem a atuação do Poder Público em prol dos anseios da sociedade. Separação dos poderes. É da omissão, inércia, insuficiência ou insubsistência diagnosticada na atuação do ente público que surge a possibilidade de a implementação ou o controle de políticas públicas se dar por interferência do Poder Judiciário, sem que isso signifique violação à separação dos poderes, na esteira da

fundamentação consignada no bojo da ADPF 45 e da jurisprudência desta Corte. Ação civil pública que traz a lume mazelas na estrutura do Município do Rio de Janeiro no que tange à implementação da política pública de saúde mental, que de forma insubsistente e insuficiente. Decisão interlocutória que se reforma para conceder a antecipação parcial dos efeitos da tutela, determinando a adoção de providências destinadas a assegurar a prestação no PAM Rodolpho Rocco de serviço público em saúde mental em condições adequadas e condignas. Provimento jurisdicional que não pode suprimir a instância originária, sem prejuízo da concessão da tutela adequada. Recurso a que se dá parcial provimento. (TJ-RJ - AI: 00635195620148190000 RJ 0063519-56.2014.8.19.0000, Relator: DES. PAULO SERGIO PRESTES DOS SANTOS, Data de Julgamento: 04/02/2015, SEGUNDA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 25/02/2015 16:57) (grifo nosso).

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO A SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido”. (STF

AI 734487 AgR / PR - PARANÁ . AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 03/08/2010 . Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-08-2010)

Portanto, o posicionamento majoritário atual é o de o Estado não pode simplesmente alegar ausência de recursos materiais para a realização dos direitos sociais, posto que estamos diante de direitos cujo conteúdo compõe o substrato mínimo de que os cidadãos necessitam para viver e se desenvolver dignamente como indivíduos.

Da mesma forma, foi firmado o entendimento que, a despeito de não ser sua função típica, o Poder Judiciário pode, eventualmente, elaborar e determinar a realização de políticas públicas nos casos de omissão/inércia dos órgãos competentes, sem que haja, todavia, violação ao Princípio da Separação dos Poderes.

O fato é que a discussão ainda paira sobre até que ponto essa ampla interferência do Poder Judiciário é benéfica para o ordenamento jurídico, já que fica evidente que este fica sobrecarregado de demandas que buscam a coerção dos outros poderes a legislar e executar medidas sociais na área da saúde.

2. O ativismo judicial no direito à saúde e as críticas à Judicialização excessiva

A notória precariedade do sistema público de saúde brasileiro, bem como a deficiência no fornecimento gratuito de medicamentos, os quais são demasiadamente caros para boa parte da população, tem feito a sociedade brasileira socorrer-se, com êxito até o presente momento, das tutelas de saúde para a efetivação do seu tratamento médico, através de provimentos judiciais liminares, fenômeno esse denominado de “Judicialização” da Saúde (PRETEL, 2010).

Primeiramente, antes de adentrar o mérito da discussão, se faz necessário trazer a definição de Judicialização para melhor elucidarmos o assunto. Nesse sentido, o jurista Luís Roberto Barroso traz uma brilhante e objetiva definição do termo, senão vejamos:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral (BARROSO, 2012, p. 24).

Com efeito, aplicando o excerto acima ao tema em questão, observa-se que as preocupações com as premissas e os desdobramentos da efetivação do direito à saúde tem se deslocado das esferas Legislativas e Executivas para a Judiciária.

Nessa mesma linha teórica, necessário destacar também a interface entre a Judicialização e o termo ativismo judicial. Para Barroso (2012, p. 25), “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.

Neste ínterim, nota-se que o Poder Judiciário tem ganhado notoriedade por meio de decisões judiciais voltadas à determinação de situações específicas, que, por motivos diversos, não foram abarcadas pelas políticas sociais destinadas ao coletivo.

Portanto, conclui-se que as expressões Judicialização e ativismo judicial caminham juntas na problemática da saúde pública brasileira, tentando remediar aquilo que foi olvidado ou desprezado pelos demais órgãos competentes.

Contudo, é necessário ressaltar que, obviamente, não é toda e qualquer demanda que será atendida pelo Judiciário, há uma pequena seleção a ser feita já que é impossível atender a todos os cidadãos que reclamam pela saúde pública precária no Brasil.

Nesse sentido, o Judiciário procura estabelecer grupos de direitos fundamentais prioritários para destinar os recursos públicos através das políticas sociais e econômicas. Dentro desse primeiro grupo de prioridades está a saúde pública, segundo explica AVILA (2014):

As Políticas públicas relacionadas aos direitos fundamentais constitucionais dividem-se em razão de sua essencialidade. No

primeiro grupo estão àquelas interligadas ao adimplemento do princípio da dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial (políticas públicas constitucionais essenciais), estando submetidas ao controle material do Judiciário, pois determinadas matérias, em razão de sua importância, não podem ser reguladas apenas por um determinado Poder Estatal, devendo sofrer um juízo de suficiência e adequação pelo Judiciário.

A partir do excerto acima, evidenciamos que o Poder Judiciário faz um trabalho de controle constitucional para concretizar as promessas constitucionais de saúde universal e igualitária a todos.

Assim, é através do controle de constitucionalidade que o Judiciário se incorpora as escolhas que, a princípio, seriam de competência de outro Poder, sendo que ao agir por esse respaldo, consegue livremente expor suas próprias convicções a respeito do tema e decidir o destino de muitos brasileiros que se socorrem dele.

O grande impasse é que a cada decisão judicial proferida visando a atender as necessidades individuais imediatas de jurisdicionados, o Poder Judiciário impede, de maneira geral, a otimização dos recursos estatais no tocante à saúde pública, pelo menos é o que parte dos estudiosos sobre o tema dizem.

Em matéria recentemente divulgada pelo Portal da Saúde, o ministro da Saúde, Marcelo Castro, na cerimônia de abertura do evento “Diálogo Público: Judicialização da Saúde no Brasil”, promovido pelo Tribunal de Contas da União (TCU), revelou dados que demonstram os gastos do Ministério da Saúde com demandas judiciais.

Segundo o ministro, desde 2010, houve um aumento de 500% nos gastos na área da saúde com medicamentos, insumos, equipamentos, realização de cirurgias, entre outros, devido às demandas judiciais, percentual este equivalente a mais de R\$ 2,1 bilhões de reais dispensados somente no período de 2010 a 2014³.

³Disponível em:< <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/20195-em-cinco-anos-mais-de-r-2-1-bilhoes-foram-gastos-com-aco-es-judiciais>>

Porquanto, tais dados corroboram a tese defendida pelos que são contrários ao ativismo judicial, alegando que o caráter imediatista do cumprimento das decisões judiciais leva ao desperdício de recurso público, vez que os gastos não são planejados.

Certamente, esta não é a única crítica feita ao excesso de judicialização. A questão da legitimidade democrática também é bastante invocada nesses casos, posto que, na verdade, caberia ao povo, na forma de seus representantes, decidir sobre o direcionamento do orçamento público.

Nessa mesma linha, BARROSO (2008) alimenta essa ideia em seu texto, afirmando que:

(...) é discutível a legitimidade daqueles que não possuem delegação popular para fazer opções de gastos. Quando há investimentos dispensáveis ou suntuosos, não há maiores problemas. O mesmo não se diga, porém, quando se está a optar por gastos sociais de igual status, como educação e saúde. Além disso, o que definiria a prioridade de atendimento: a distribuição do processo? O melhor advogado? A celeridade do juízo? São indagações que, sem dúvida, tornam a questão complexa.

Inclusive, nesse mesmo raciocínio, alguns estudiosos entendem que o direito à saúde, garantido no artigo 196 da Constituição Federal, seria contemplado por meio de políticas sociais e econômicas e, não através de decisões judiciais, tornando-se este outro impasse para o Judiciário, já que a efetivação do direito à saúde é, portanto, função dos órgãos executores de políticas públicas.

Por outro lado, outra crítica à exacerbada Judicialização do direito à saúde é no tocante ao conhecimento técnico específico imprescindível para a instituição de políticas de saúde, o qual o Poder Judiciário não possui, pois, ainda que instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com a visão ampla da Administração Pública.

BARROSO (2008) ainda complementa a assertiva acima no sentido de afirmar que:

(...) nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de micro-justiça –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macro-justiça. Ou seja: ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente considerado.

Com efeito, em última análise resta o receio dos opositores ao fenômeno do ativismo judicial de surgirem decisões sem critérios bem definidos pelos Tribunais, no sentido de conceder liminares por de trás de um sentimentalismo arraigado à essência de proteção dos direitos fundamentais, com o intuito de prevalecimento das decisões judiciais em detrimento das políticas públicas.

Nesse ínterim, Ruiz (2014, p. 24) alerta para os cuidados que se deve ter com o subjetivismo judicial:

O ativismo parte dessa ideia, de um descompasso entre a atuação judicial e os limites dos poderes que a Constituição atribui ao Poder Judiciário. Este vai além dos limites das determinações constitucionais. O subjetivismo dos magistrados, no momento da decisão, dá o tom de como o ativismo atua, sem parâmetros para barrar a decisão que sairá, decisão que fica ao bel prazer do juiz, indo, muitas vezes, além daquilo que o próprio ordenamento delimita como direito. E assim acontecendo, não temos uma instituição que promove a justiça, mas sim, heróis que comprovem aquilo que acham justo.

Porém, no tocante ao fornecimento de medicamentos, por exemplo, Barroso (2008) sugere alguns parâmetros em sua obra capazes de evitar essa subjetividade e orientar as decisões judiciais no sentido de apenas incluir na lista do SUS os fármacos com eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e alternativos, bem como permitir a utilização daqueles que são derivados de substâncias disponíveis em território nacional e, de preferência, os de menor custo (genéricos).

Não obstante, apesar de todo o exposto até agora, sabemos que o Brasil não é um país de grande demanda legislativa e executiva direcionada à população. Políticas públicas e regulamentação existem, no entanto, não o suficiente para atender adequada e dignamente a todos. E é nesse contexto que a Judicialização ganhou força, já que tenta “cobrir” esse déficit.

Portanto, acredita-se que o Judiciário hoje abrange aquilo que há tempos tem sido esquecido: a implementação de ações sociais. Definitivamente, a Judicialização não é a melhor saída para resolver as mazelas da sociedade brasileira, todavia, tem sido o único meio eficaz de se obter uma resposta célere e efetiva na realização das garantias constitucionais.

Todos os percalços já citados são, basicamente, preocupações com o exagero de poder nas mãos de um seletivo grupo pressionado pelo clamor social, a fim de se contemplar o que está descrito na Constituição Federal.

Todavia, é uma ilusão acreditar que sozinho o Judiciário conseguirá abarcar todos os problemas sociais acarretados pela inefetividade das políticas públicas e serviços do Estado. Um dado momento, como de fato já ocorre, a prestação jurisdicional também entrará em colapso pelo exorbitante número de demandas judiciais nesse sentido, e aí resta saber a quem a população se socorrerá.

Dessa forma, assim como cita Ribeiro (2013, p. 29), “a sociedade não espera do sistema político nem do Judiciário. A sociedade faz e acontece, e depois demanda e aguarda pela solução dos problemas.” Portanto, os entraves de hoje no fenômeno da Judicialização do direito a saúde são reflexos da dinamicidade da sociedade, o que demonstra a sua transitoriedade, já que em breve essa discussão pode ser substituída por outro acontecimento jurídico.

Considerações Finais

Conforme explanado no texto, o direito à saúde se insere na órbita dos direitos sociais constitucionalmente garantidos, os quais exigem um múnus prestacional do Poder Público no sentido de efetivar as promessas de acesso universal e igualitário a todos.

Apesar de existir programas sociais que visam a atender a saúde pública, infelizmente, nota-se, hodiernamente, certa relutância dos entes políticos em relação a estas ações sociais, alegando, principalmente, possuir baixo fundo orçamentário específico para suprir toda a demanda social que lhe foi incumbida pela Constituição, em razão do princípio da reserva do possível.

Desse modo, o Poder Judiciário, dentre tantas as outras funções que lhe são atribuídas pela Constituição Federal, é invocado neste caso para, atuando em conformidade com o texto constitucional, efetivar o direito à saúde no contexto brasileiro em seu mínimo existencial, fato este que é denominado de Judicialização.

Por todo o exposto, evidenciamos uma corrente antagonista a esse fenômeno hodierno, a qual expõe os entraves da Judicialização na efetividade da saúde pública. No entanto, a despeito de acreditarem que o Judiciário tem atuado em demasia, na verdade, se vê que essa questão é baseada na vontade popular, já que todo o ordenamento jurídico e as medidas sociais são feitos para a população.

Sendo assim, é necessário se pensar que os questionamentos sobre o ativismo judicial são efêmeros, pois em breve é possível que o Poder Judiciário não mais esteja em evidência como atualmente e, em outro poder se concentre essa discussão, motivo pelo qual a reflexão é válida para orientar os novos rumos do direito à saúde.

Referências Bibliográficas

AVILA, Kellen Cristina de Andrade. **O controle judicial das políticas públicas**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 04 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47240&seo=1>>. Acesso em: 14/05/2016.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p.23-32.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Migalhas. 21 já. 2008. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI52582,81042-Da+falta+de+efetividade+a+judicializacao+excessiva+Direito+a+saude>> Acesso em: 08/05/2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 03/05/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento 734487 PR.** Relatora: Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 03/08/2010. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação DJe- 19-08-2010 Public. 20-08-2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45/DF.** Relator: Min. CELSO DE MELLO. Data de Julgamento: 29/04/2004. Data de Publicação: DJ 04/05/2004. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf>> Acesso em: 14/05/2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro-RJ. **Agravo de Instrumento nº 00635195620148190000.** Relator: DES. PAULO SERGIO PRESTES DOS SANTOS, Data de Julgamento: 04/02/2015, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 25/02/2015. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/169553114/agravo-de-instrumento-ai-635195620148190000-rj-0063519-5620148190000>> Acesso em: 17/05/2016.

MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **O Direito à saúde e os “limites” do estado social: Medicamentos, políticas públicas e judicialização.** NEJ. Vol. 12, n 2, p. 251-266. jul-dez 2007.

PENNA, Bernardo Schmidt; SALVADOR, Cássio Contarato. **Ativismo judicial: tutela do direito à saúde e políticas públicas.** Jus Navigandi. Publicado em 04/2014.

PRETEL, Mariana e Pretel. **O direito constitucional da saúde e o dever do Estado de fornecer medicamentos e tratamentos.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 mar. 2010. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=151_&ver=578> Acesso em 09/05/2016.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. **Judicialização e desjudicialização entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário.** Revista de Informação Legislativa. Ano 50. n 199. jul/set. 2013. P. 25-32.

RUIZ, Ivan Aparecido; GOMES, Antonio Carlos. **A judicialização da política como meio de acesso a uma ordem justa na defesa dos direitos fundamentais e da personalidade.** Revista Jurídica Cesumar- Mestrado. Vol. 14. n 1. P. 9-29. jan-jun 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.