

# PODER JUDICIÁRIO E POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITOS SOCIAIS: JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

*Lilian Balmant Emerique<sup>1</sup>*

## **Resumo:**

O artigo trata da relação entre políticas públicas de direitos sociais e Poder Judiciário, enfrentando aspectos teórico-práticos do controle judicial, especialmente com referência ao direito à saúde. Constata-se a necessidade de mapeamento do fenômeno da judicialização e a produção de estudos que auxiliem a construção de políticas judiciárias sobre o assunto para otimizar a atuação dos juízes. Há que se ter em vista que a complexidade da temática da saúde realça a necessidade de promoção de diálogos institucionais capazes de contribuir para redução da litigiosidade, sem perder de vista a concretização do direito à saúde.

**Palavras-chave:** Políticas Públicas; Poder Judiciário; Direitos Sociais; Direito à saúde; Judicialização.

## **Abstract:**

The article deals the relationship between policy of social rights and Judiciary, facing theoretical and practical aspects of judicial control, especially with reference to the right to health. It is necessary to map the phenomena of the judicialization and the production of studies that help the construction of judicial policies on the subject to optimize the performance of the judges. It should be borne in mind that the complexity of health issues highlights the need to promote institutional dialogues that can contribute to reducing litigation, without losing sight of the realization of the right to health.

**Keys-words:** Policy; Judiciary; social rights; right to health; judicialization.

## **1. Introdução**

---

<sup>1</sup> Pós-doutora em Ciências Jurídico-políticas, doutora e mestre em Direito e mestre em Ciência Política e Relações Internacionais. Pesquisadora na área do Direito e da Ciência Política. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Os direitos econômicos, sociais e culturais são tratados na Constituição da República Federativa do Brasil – 1988, no art. 6º, porém seus conteúdos são desenvolvidos no Título VIII dedicado à ordem social. A doutrina jurídico-constitucional há bem pouco tempo explora os desdobramentos dessas normas na estruturação de um Estado Democrático de Direito. Percebe-se que um pequeno espaço é destinado ao debate sobre a relevância dos ditos direitos, de onde resulta um vazio na abordagem sobre o seu papel na construção da cidadania e da democracia brasileira em andamento.

Os chamados direitos econômicos, sociais e culturais (DESC) fazem parte do grupo de direitos fundamentais expressos na constituição e, em função disto, demandam ser acobertados pelas prerrogativas inerentes à condição ou ao *status* decorrente de sua natureza de ordem fundamental. Contudo, não são poucas às vezes, que estes direitos são tratados com descaso e/ou todo tipo de entraves são postos para comprometer sua eficácia e aplicabilidade, mesmo tratando-se de direitos constitucionais que participam do catálogo dos direitos fundamentais, o que torna vulnerável a garantia do mínimo básico para manutenção digna da pessoa humana.

Os DESC começam a ser constitucionalizados a partir do início do século passado, em face da agenda trazida pelo socialismo ao levantar a questão de que as liberdades tão caras ao liberalismo, não foram capazes de impedir o avanço das desigualdades sociais, sobretudo de cunho econômico. Para conter os prejuízos advindos de uma sociedade marcada pelo desnível sócio-econômico acentuado, as constituições inseriram em seus textos vários dispositivos com vista a atender as demandas sociais na promoção de uma sociedade mais igualitária, em que a justiça social fosse um objetivo a ser perseguido.

A conceituação dos DESC é complicada devido ao grande leque de categorias e a diversidade de conteúdos neles expressos. Na doutrina encontram-se alguns esforços para conceituá-los. Para José Afonso da Silva, direitos sociais "... são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais<sup>2</sup>."

---

<sup>2</sup> AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 289.

Os seus escritos ainda fazem menção à ligação desses direitos ao direito de igualdade, além de servirem como pressupostos do gozo dos direitos individuais, visto que criam condições materiais mais propiciadoras da igualdade real e compatíveis com o exercício efetivo da liberdade. Por derradeiro, coloca que estes direitos disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto<sup>3</sup>.

Com vistas ao propósito de melhor elucidar as motivações para o estudo sobre os direitos sociais, que na terminologia dos tratados internacionais recebe a designação de direitos econômicos, sociais e culturais, pretende-se acentuar alguns aspectos que indicam a presença de uma aproximação de alguns pontos em que há maior dificuldade do direito apresentar respostas adequadas para a sociedade e, em certa medida, contribuir para uma crítica ou busca de mecanismos de desconstrução de discursos marcados por um formalismo arraigado e/ou uma visão parcial da realidade, desconectada de uma dimensão integradora e plural de saberes sociais.

## **2. Globalização, Estado e direitos sociais**

O Direito, até o momento tem enfrentado obstáculos para dirimir os problemas inéditos, oriundos das transformações econômicas internacionais. Dessa forma, fica claro, a evolução desordenada e desarticulada das matérias normativas, atividades e comportamentos regulados por textos de lei, culminam na ruptura da organização, da unidade lógico-formal, da racionalidade sistêmica do ordenamento jurídico e da perda da capacidade de predeterminação das decisões concretas por vias do direito positivo. O processo de disfuncionalidade do Estado social e de seu instrumento normativo, intitula-se *crise de governabilidade, juridificação, inflação legislativa, sobre-juridificação*.<sup>4</sup>

Assiste razão a José Eduardo Faria quando alerta que, o direito positivo ao preocupar-se demasiadamente com a sua integridade lógica e com a racionalidade formal, torna-se incapaz de acompanhar a dinâmica dos fatos numa era em que, as transformações ocorrem em frações de segundo e será desprezado socialmente. A saída proposta por Faria consiste, no fortalecimento dos direitos sociais.<sup>5</sup>

A renovação e o fortalecimento da iniciativa do Estado em relação aos direitos sociais a fim de que minimize ou disperse os riscos gerados pela marginalidade

---

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 290.

<sup>4</sup> FARIA, José Eduardo. *O direito na era globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 116-117.

<sup>5</sup> FARIA, José Eduardo. *Op. Cit.*, p. 268-269.

econômica e pela exclusão social é uma diretriz a ser seguida, entretanto, implica mudanças na estrutura, no procedimento e no conteúdo normativo. A justificativa para o fortalecimento dos direitos sociais incide numa forma de tentar estancar os problemas decorrentes da existência de vários conflitos coletivos inéditos, em decorrência da exclusão social gerada pela transnacionalização econômica, logo, a saída consiste em desenvolver mecanismos jurídico-institucionais para tentar amortecer ou desarmar essas situações socialmente problemáticas. Isso envolve uma estratégia político-normativa concebida em termos de "cálculo do dissenso tolerável, mais precisamente, pela magnitude dos recursos que se podem subtrair à acumulação em favor da equidade, sem prejuízo catastrófico para o processo ampliado de reprodução."<sup>6</sup>

Uma vez positivados, os direitos sociais exigem, inversão no raciocínio jurídico, pois, estes têm propósitos redistributivos, compensatórios, niveladores e integracionistas. Ao se ressaltar a importância da redistribuição compulsória dos recursos comuns da sociedade, como fator de redução das desigualdades, tem-se a substituição dos interesses particulares e dos interesses gerais, defendidos pelo ideário liberal, pelo reconhecimento do interesse coletivo na concretização da justiça.

As ambiguidades em torno do processo de globalização também são visíveis em relação a sua interpretação no próprio contexto interno de percepção das suas influências no Direito, especialmente quando o ponto sob análise transita na esfera dos direitos humanos. Como bem salienta Pedro Dallari:<sup>7</sup> *"... não necessariamente a padronização normativa se apresenta como um avanço na perspectiva de promoção dos direitos fundamentais dos seres humanos. Ao fomentar a disseminação de "standards" no plano dos direitos humanos e, também, no direito ambiental, a globalização tende a ser um fenômeno positivo. Já ao patrocinar regras que absolutizam o mercado como gestor da atividade econômica, a globalização tem implicado a desestruturação ou a inviabilização da estruturação de sistemas jurídicos de amparo social. Os próximos anos serão palco, portanto, da convivência de duas tendências simultaneamente antagônicas e complementares: a uniformização do direito no plano global e a diferenciação do direito em função das particularidades do Estado ou de ente dotado de poder que o substitua. Mais relevante do que advogar a excelência de uma ou outra tendência, é verificar em que medida as regras de conduta resultantes de cada um*

---

<sup>6</sup> FARIA, José Eduardo. *Op. Cit.*, p. 272.

<sup>7</sup> DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. "Direito e globalização". In: DOWBOR, Ladislau; IANIL, Octavio; RESENDE, Paulo-Edgar A. (orgs.). *Desafios da globalização*. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 252-255.

*serão capazes de criar melhores condições para preservação e dignificação da vida humana na Terra.”*

No campo constitucional surgem determinados questionamentos sobre o alcance dos dispositivos normativos na concretização dos direitos sociais, sobre a relevância do seu arrolamento como direitos fundamentais e a sua influência sobre a credibilidade constitucional, sobre a possibilidade de emanar direito subjetivo destas normas, sobre o controle jurisdicional de políticas públicas consubstanciadoras dos direitos sociais e tantas outras discussões exploradas no meio jurídico alimentam controvérsias e posicionamentos diversificados na sua apreciação. Todos os questionamentos são de especial importância quando transpostos para regiões mais carentes de políticas públicas concretizadoras dos direitos econômicos, sociais e culturais previstos constitucionalmente.

A discussão em torno dos direitos sociais tem como pano de fundo o papel do Direito diante da escassez de recurso e traz à tona a indagação se a escassez de bens ou a necessidade sem satisfação, as carências de muitas pessoas, podem ser resolvidas com a intervenção do Direito na forma de direitos fundamentais ou não?

Persiste a dificuldade de saber como compaginar objetivos diversos de políticas públicas voltadas para concretização dos direitos sociais cujo cumprimento simultâneo resulta problemático? Ainda supondo que um direito pudesse ser garantido plenamente, não iria isto muitas vezes em detrimento da satisfação de outros? E, em tal caso, como arbitrar entre eles? Trata-se do problema da escassez entendida como incapacidade de satisfazer objetivos múltiplos sob restrições. Este problema ocorre realmente? Não deveriam ser os direitos fundamentais mutuamente compatíveis e complementares?

Existem inúmeras indagações com alto nível de complexidade e que merecem atenção especial do Estado para garantir a máxima eficácia dos direitos sociais: Qual o fundamento dos direitos sociais? Como promover a sua eficácia? A quem atender (universalidade x seletividade)? Quando atender, no momento em que subsistência estiver em risco ou para prevenir danos maiores? O que fazer ou priorizar? Todos os questionamentos ainda não encontraram uma ressonância devida no campo jurídico. Muitas vezes os órgãos julgadores sugerem que estas são demandas exclusivas dos poderes Executivo e Legislativo, sem a possibilidade de interferência do Poder Judiciário, porque este seria destituído de competência frente a pleitos indevidamente considerados fora do espectro de justiciabilidade e qualquer medida poderia afrontar o princípio da separação de Poderes.

Acontece, entretanto que o Judiciário cada vez mais se vê frente à necessidade de decidir sobre questões envolvendo os direitos sociais, apenas a título de ilustração: direito à saúde (realização de transplantes e tratamentos, distribuição de medicamentos etc.) e direito à educação (principalmente matrícula na rede pública e na privada subsidiariamente) e a ausência de critérios legais claros geralmente oferecem dúvidas na decisão e abrem margem para que alguns recebam uma atenção em direitos caracterizados como universais de maior monta do que aqueles que recorrem apenas aos serviços públicos para receberem atendimento. Então fica patente a necessidade de dar atenção ao questionamento sobre qual o papel do Poder Judiciário no controle de políticas públicas de direitos econômicos, sociais e culturais.

Contudo, este debate não pode ser processado meramente com compreensões de ordem jurídica porque basicamente a matéria enverada por searas marcadas pela multiplicidade de saberes (interdisciplinariedade e transdisciplinariedade). A complexidade fica ainda mais evidente quando se constata que nenhuma das disciplinas específicas que caracterizam o estudo das políticas públicas se encontra definida com exatidão e de modo unívoco, a começar pela própria definição de políticas públicas ou *policy*.

### **3. Políticas públicas, direitos sociais e Poder Judiciário**

As políticas públicas compõem um conjunto heterogêneo de medidas do ponto de vista jurídico, pois envolvem discussão em diversos ramos do direito, tais como as leis que tratam do regime das finanças públicas, leis que regem as concessões de serviços públicos, leis de zoneamento urbano etc.

Além disso, as políticas públicas às vezes respondem a problemas, a pedidos, a exigências; algumas vezes, elas próprias configuram problemas, levantam questões, dão origem a exigências. Nem sempre há um problema por resolver quando existe uma política pública, da mesma maneira que nem sempre existe uma política pública para resolver cada problema.

Entretanto, um grande obstáculo na análise destas está na falta de estudos comparativos que conduzam a modelos analíticos capazes de ir além dos sistemas e das políticas individuais. E mesmo que se conseguisse chegar à elaboração de modelos comparativos fiáveis, duas grandes questões continuariam em aberto: a) complexidade – dificuldades inerentes à visão de conjunto de processos pouco estruturados, pouco

previsíveis, difíceis de reconduzir a percursos certos ou de se repetir e que se caracterizam pelo caráter episódico e fragmentário; b) democraticidade – os processos de produção de políticas públicas são habitualmente controlados por intervenientes singulares e coletivos que não receberam nenhum mandato eleitoral e que certamente não responderão pelas suas escolhas e pelos seus atos perante os cidadãos.

Quanto maior é o número de intervenientes na produção destas políticas mais difícil, ou impossível, se torna atribuir responsabilidades concretas em matéria de decisão de cunho político. O problema diz respeito aos próprios processos de produção das políticas, à sua estabilidade, à sua previsibilidade e à sua eficácia. A maior parte seria formulada, escolhida e posta em prática essencialmente de forma episódica e ocasional.

Face aos obstáculos expostos tem pertinência questionar se as matérias referentes às políticas públicas estariam sujeitas ao controle judicial. Não seriam tais matérias objeto de escolhas discricionárias do Poder Executivo (Administração Pública especialmente), cujo controle judicial se circunscreveria ao exame da forma, mas não do mérito?

O certo é que o exame jurisdicional das políticas públicas está longe de ser uma matéria pacificada na doutrina e na jurisprudência e, inclusive, o problema tem contribuído para acentuar o coro das reclamações movidas pela sociedade e meios de comunicação sobre a atuação do Poder Judiciário, principalmente em relação a crise de legitimidade da sua atuação e na cobrança de respostas mais adequadas aos anseios e demandas sociais sob o seu exame.

Alguns aspectos dessa crise podem ser sentidos em: **Reflexos na sociedade** - imprensa e opinião pública - Poder moroso e inepto na prestação de um serviço público essencial. **No Poder Executivo** - agentes responsáveis pela preparação do Orçamento Geral da União - consideram Judiciário instituição com pequena eficiência gerencial, perdulária e insensível ao equilíbrio das finanças pública. **No Legislativo** - Judiciário vai além de suas prerrogativas, interfere no processo legislativo e obstaculiza a execução de políticas provenientes de órgãos representativos eleitos democraticamente, deixa de agir tecnicamente na aplicação da lei (judicialização da política e “tribunalização” da economia).

Não bastasse a própria crítica à atuação do Poder Judiciário, ainda ocorre o problema relacionado à legitimidade do controle judicial das políticas públicas, especialmente nas questões que envolvem a discricionariedade e os atos de governo.

Admitir a hipótese de exercício do controle judicial das políticas públicas não soluciona os impasses, porque perdurará tensões em relação ao momento em que o controle deverá ser exercido e sobre a extensão em cada caso, se em caráter preventivo, concomitante e sucessivo à implementação dos programas públicos sociais e econômicos, ou seja, em três momentos distintos: na formulação, na execução ou na avaliação das políticas públicas.

Um dos obstáculos para aceitação do controle é que a título de controlar a execução de uma política pública os juízes não só anulam os atos administrativos praticados, como também alteram o seu conteúdo, através de uma atividade substitutiva, promovendo medidas de cunho prático a partir de direitos previstos de modo genérico na Constituição. A intervenção judicial deixa de ter uma natureza invalidatória exclusiva, passando a assumir uma função substitutiva.

Deste modo, desperta interesse discutir doutrinariamente as questões políticas sem se contrapor a ideia de que os limites da intervenção judicial na formulação e execução das políticas públicas dependerão da concepção que o próprio Judiciário irá adotar sobre a extensão de sua própria jurisdição, a partir da interpretação da Constituição como um todo. Não menos relevante é o emblemático debate em torno do controle judicial das políticas públicas e o princípio da separação dos Poderes.

De pronto fica demonstrada a complexidade da matéria e sublinha a necessidade de responder sobre quais situações autoriza-se o controle judicial das políticas públicas.

A solução não é 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.

#### **4. Judicialização do direito à saúde no Brasil**

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é considerada um marco importante para garantia do direito à saúde. Na disposição constitucional precedente, a União detinha a competência para *legislar sobre defesa e proteção da saúde*, mas isso tinha sentido de organização administrativa de combate às endemias e epidemias; na atual configuração, a saúde é tratada como um direito do homem; e o grande divisor de águas entre o modelo pré e pós Constituição de 1988 foi a regulamentação do Sistema Único de Saúde (SUS), em 1990.

O art. 6º consagra o direito social à saúde e nos arts. 196 ss. encontram-se disposições cujo alcance revela o maior nível de concretização normativo-constitucional da saúde no plano constitucional brasileiro desde sempre. Muito além disso, há uma abrangente e expressiva regulamentação normativa na esfera infraconstitucional sobre saúde.

Muito embora o promissor quadro normativo na matéria, o embate jurídico avolumou-se com o passar dos anos, tendo em vista a ineficácia social das disposições que enunciam a saúde como direito de todos e dever do Estado, impondo aos poderes públicos uma série de obrigações nesse campo, tais como a de promover políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, de garantia de acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, dentre outros, retratando preocupações com saúde preventiva e curativa.

A constituição também remete a regulamentação das ações e serviços de saúde ao legislador (art. 197), além de criar e fixar as diretrizes do sistema único de saúde (art. 198), oportunizando a participação (em nível complementar) da iniciativa privada na prestação da assistência à saúde (art. 199), bem como estabelecendo, em caráter exemplificativo, as atribuições (nos termos da lei) que competem ao sistema único de saúde (art. 200).

O SUS encontra previsão constitucional no artigo 198: “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único [...]”. A criação do SUS assentou-se sob a ideologia de se ter um sistema que garanta o acesso *universal, integral e igualitário* à população brasileira, abarcando desde o simples atendimento ambulatorial até o complexo transplante de órgãos; ou seja, ele surgiu com o propósito de implementar a justiça social, bem como de reduzir as desigualdades na assistência à saúde. Antes do SUS, a preocupação do Estado era com a ausência de doenças; com o SUS, o foco passou a ser a prevenção de doenças e a manutenção da qualidade de vida dos cidadãos.

Vale ressaltar que o SUS almeja ser uma estrutura descentralizada, com direção única de cada esfera de governo, oferecendo atendimento integral a todos os cidadãos e contando com a participação de toda a sociedade brasileira, de acordo com os ditames do artigo 198 da constituição. Portanto, em observância aos dispositivos constitucionais, foram elaboradas as Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90, que formam a chamada Lei Orgânica da Saúde; são leis nacionais, com o caráter de norma geral, que apresentam os limites e as diretrizes que devem ser respeitados pela União, pelos Estados e pelos Municípios ao elaborarem suas próprias normas para garantir o direito à saúde para a população brasileira.

Através das Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90, os serviços, a participação da sociedade e as bases de funcionamento do SUS foram regulamentados. Cerca de duzentos milhões de brasileiros são potenciais usuários do sistema; destes, quase dois terços dependem exclusivamente do SUS, o que equivale a aproximadamente cento e quarenta milhões de pessoas. Portanto, cifras expressivas indicam a importância de estabelecimento de critérios claros para o atendimento de demandas existentes e a incorporação de novas tecnologias, na área médica, que, por sua vez, ensejarão novas demandas.<sup>8</sup>

O SUS reúne inúmeras políticas públicas que alcançam grupos específicos na sociedade, tais como crianças, adolescentes, mulheres, homens, idosos, pessoas com deficiência, população negra, indígena, LGBT, comunidades quilombolas e ribeirinhas, trabalhadores do campo e da cidade, ciganos, pessoas com transtornos mentais, prostitutas, população de rua e em regime prisional. Dentre as várias atividades desempenhadas pelo SUS, cita-se a assistência farmacêutica, que consiste no processo de planejamento, aquisição, distribuição, controle da qualidade e utilização de medicamentos voltados para a proteção e recuperação da saúde.

Este vasto campo de atuação somado ao fato de ser o modelo de saúde pública universal que concentra maior volume de usuários no mundo, facilita a irrupção de conflitos, com viés individual e coletivo, relacionado à efetiva garantia do direito à saúde e, que, hodiernamente, são objeto de tratamento judicial.

---

<sup>8</sup> LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O direito à saúde e sua efetividade: o debate democrático perante o Supremo Tribunal Federal. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 64, p. 109, nov./dez. 2010.

A população frente aos numerosos, praticamente insuperáveis e frequentes problemas na prestação de saúde pelo SUS, na busca, principalmente da medicina curativa, passou a recorrer, as vezes até com sacrifícios de reservas econômicas familiares, à saúde suplementar. Assim, os problemas já recorrentes nas políticas de saúde pública passaram a permear o campo privado da saúde suplementar e a exigir políticas regulatórias mais efetivas da matéria tratadas pelas agências reguladoras, com especial destaque para a ANS.

Fazendo ponto da situação não é difícil perceber o colapso das políticas de saúde e uma visão mais complexa do problema em pauta indica que soluções cabíveis e duradouras envolvem intrincadas políticas que efetivem direitos sociais e promovam a redução das desigualdades sociais, de onde originam-se inegáveis problemas com reflexos em questões de saúde. Posto que a ausência ou a ineficácia de políticas de saúde acarretam o redirecionamento da matéria para o campo judicial.

Deste modo, urge discutir num plano de enfrentamento mais global da questão de saúde, um modelo de sociedade assentado numa Teoria de Justiça (Rawls) compromissada com a visão do desenvolvimento como liberdade (Amartya Sen), bem como o exame de seus críticos, para buscar elementos promissores para o enfrentamento das dificuldades acima explicitadas. O que não invalida a busca de melhorias na qualidade da gestão e a formulação adequada de políticas de saúde como um fator positivo a ser somado na construção de uma modelo mais equânime de sociedade.

As políticas judiciárias para tratamento das demandas judicializadas de saúde são indispensáveis, posto que o Poder judiciário, no regular exercício do seu papel constitucional de guardião de direitos e intérprete de normas, deve fazê-lo com cautela, principalmente quando estiver avaliando um direito prestacional, tal como o direito à saúde; neste caso, os juízes e os tribunais devem concentrar maior atenção à margem de atuação discricionária que o legislador concedeu ao gestor público.

Assim, a atividade judicial deve guardar parcimônia e autocontenção, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos competentes.

Contudo, basta proceder a uma superficial análise das decisões judiciais na área da saúde, mais especificamente no campo do fornecimento gratuito de medicamentos, para que se perceba que o Poder Judiciário não tem atuado com a parcimônia que deveria, muitas vezes motivada, inclusive, pela ausência de elementos técnicos claros para instrução de conhecimento do magistrado.

O que se nota é que, no intuito de salvaguardar o direito constitucional à saúde, garantir o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, os magistrados, em muitos casos, proferem decisões que assumem conotações própria da formulação e da execução de políticas públicas. O que se vê é um controle judicial de políticas públicas que em algumas ocasiões extrapola o razoável, sai da esfera de atuação legítima e se transforma em ativismo judicial, judicialização excessiva. A judicialização da saúde, por um lado, prestigia o Poder Judiciário com discussões que são vitais para o país, mas, por outro, atesta a falência na resolução dos conflitos nas esferas que lhe são próprias.

O Judiciário é sobrecarregado com inúmeras demandas, devido à excessiva litigiosidade, basicamente por dois motivos, um deles ligado à indeterminação do conteúdo possível das políticas públicas sugeridas no texto constitucional como exigível de parte do Estado, remetendo ao segundo motivo, relacionado justamente ao debate em relação aos limites e possibilidades de promoção da eficácia desses mesmos preceitos. Essa discussão, por sua vez, se apresenta no plano coletivo, por intermédio das ações de mesma natureza (ações civis públicas, mandados de segurança coletivos e outras); e no plano individual, pela reivindicação em favor de um único jurisdicionado, da concretização de prestações que se supõe haveriam de decorrer da implementação adequada das políticas públicas enunciadas na constituição.

Pressionado entre a acusação de não desempenho de sua função institucional de composição do conflito e a falta de meios e cultura própria do desenvolvimento do controle relacionado às políticas públicas, observa-se contemporaneamente a opção pela resposta dada pelo Poder Judiciário, mesmo que isto se faça sem elementos suficientes de elaboração teórica, sem ter um olhar integral do problema, sem alcançar a universalidade desejável na teia de políticas públicas, o Judiciário tem optado por decidir sobre o problema, e chamar a si a possibilidade de intervir, controlar, e mesmo (ocasionalmente) formular políticas públicas.

As alternativas de solução do problema na esfera administrativa não existem em todos os estados e o recurso ao Poder Judiciário é um longo caminho de movimentação burocrática e morosos trâmites judiciais que penalizam ainda mais as pessoas já fragilizadas por suas enfermidades.

Por todas as razões apresentadas, o fenômeno da judicialização do direito à saúde no Brasil tem despertado interesses de análise em várias frentes de estudo no campo do direito, da medicina, da economia, da farmacologia, da gestão pública, da sociologia, dentre outros campos científicos. O protagonismo do Poder Judiciário é

encarado, ora com olhares otimistas, sobre o potencial de densificação da cidadania na realização dos ditames constitucionais, ora com olhares pessimistas, críticos do ativismo judicial.

De fato, o fenômeno já não passa despercebido devido ao aumento expressivo de demandas e as mais variadas formas de respostas encontradas nas decisões judiciais proferidas.

A litigiosidade acentuada na área de saúde revela-se no fato de que, quase tudo relacionado a saúde, gera polêmica e torna-se acionável em juízo dada sua inegável proximidade na plenificação do direito à vida, tais como questões acerca de internações na rede pública ou privada, leitos de UTI, acesso à medicamentos, produtos para a saúde, cirurgias, dentre variadas modalidades de prestações positivas de saúde pelo Estado e pelo setor de saúde suplementar.

Não obstante o reconhecido impacto social e jurídico da judicialização da saúde e a ampla gama de trabalhos teórico-doutrinários e empíricos (em menor escala, porém já existentes) sobre o assunto, não existem dados concretos que analisem a problemática global do fenômeno da judicialização da saúde e permitam conclusões de grandeza nacional, geralmente os estudos de natureza empírica realizados são pesquisas de caráter regional ou local.

Também se observa uma lacuna de estudos voltados para a problematização e quantificação de dados sobre causas de pedir diversificadas em seara de saúde pública e privada, confrontadas com o tratamento da matéria pela Política Pública de Saúde, em seus três níveis de governo, ou seja, do volume de demandas propostas com uma pluralidade de causas de pedir, não dispomos de levantamento científico de expressão nacional que quantifique paralelamente, por exemplo, num procedimento envolvendo acesso a medicamentos ou tratamentos, se tais remédios e tratamentos constam em diretrizes terapêuticas estaduais e em protocolos clínicos, resultando numa judicialização repetitiva em questões já modeladas nas políticas públicas de saúde e deixando o Poder Judiciário desprovido de informações preciosas para melhor apurar elementos de natureza técnica nas demandas sob seu exame, como o conhecimento, por exemplo, se tais medicações e tratamentos alternativos de alto custo são padronizados pela política pública de saúde.

Não bastasse estes obstáculos operacionais para uma eficiente prestação jurisdicional, faltam ainda dados científicos que municiem o debate sobre eficácia de tratamentos alternativos e uso de medicações não padronizadas ou mesmo se há, na rede

pública e privada de saúde equivalentes ofertados universalmente que sejam eficientes no tratamento, ou que seja demonstrado o caráter imperioso, por razões de resistência terapêutica, das medidas solicitadas em juízo.

Faltam, ainda, estudos quantitativos que apontem se as demandas na área de saúde são originárias de médicos atuantes no SUS e serviços conveniados ou em planos de saúde. Também não há conhecimento apurado empiricamente sobre a representação nas ações movidas, isto é, não existem substratos quantitativos que indiquem se o procurador das partes são defensores públicos, advogados dativos de escritórios modelos universitários ou de ONGs (associações, por exemplo), advogados particulares.

Diante deste quadro, revela-se a necessidade de mapeamento do fenômeno da judicialização e a produção de estudos que auxiliem a construção de políticas judiciárias sobre o assunto para otimizar a atuação dos juízes. Há que se ter em vista que a complexidade da temática da saúde realça a necessidade de promoção de diálogos institucionais capazes de contribuir para redução da litigiosidade, sem perder de vista a concretização do direito à saúde.

Posto que, se de um lado da moeda, o aumento do volume de ações indica um avanço na persecução da cidadania numa dimensão social pela população, o outro lado, igualmente expõe a conflitualidade presente no diálogo movido por gestores públicos preocupados com uma agenda de política pública responsável e eficiente para a coletividade, que são surpreendidos diuturnamente com ordens judiciais de natureza prestacional variada, a serem cumpridas, muitas vezes, com prazos exíguos, sendo grande parte delas litígios individuais.

Enfim, passos precisam ser dados pelo Poder Judiciário para compreender, para além das discussões de fundo teórico-doutrinário, a complexidade da dimensão política que envolve o direito à saúde. Porém, também existe o dever de casa dos gestores públicos na construção e execução de políticas de saúde eficientes, participativas e que reconheçam nas ações judiciais movidas um canal claro de interlocução com a sociedade, onde se processam diferentes demandas indispensáveis para uma construção adequada da agenda de políticas de saúde.

## **5. Conclusão**

O modelo estruturante do sistema de Justiça brasileiro durante décadas privilegiou o contencioso individualizado de natureza processualista burocrática e, apesar de rupturas normativas com este padrão e os esforços crescentes para mudança de paradigma, primando por um tratamento coletivo das temáticas levadas ao Judiciário, ainda existem imensos problemas cotidianos tratados em caráter individual multiplicando o leque de demandas a espera de decisão que assoberbam todas as instâncias judiciais. O problema ainda agrava-se em certas matérias com elevado índice da judicialização como é o caso do direito à saúde.

Todo este problema reflete-se nas dificuldades operacionais de construção de políticas judiciárias assentadas numa boa gestão, que contribuam para o debate em torno do aprimoramento, transparência e participação social efetiva capaz de transcender os clássicos padrões de juridicidade mencionados, de modo a atender as peculiaridades e complexidades inerentes à Administração Pública da esfera judicial.

A dificuldade de compreender, articular e manejar conhecimentos oriundos de diferentes campos, como a sociologia, ciência política, direito, administração, planejamento, ética, desafia profissionais e pesquisadores a conceber, conformar, estruturar e operar os processos de elaboração, implementação e avaliação de políticas, planos, programas e projetos. O desenvolvimento do ensino e da pesquisa em matérias afetas à gestão pública no Poder Judiciário, portanto, é dificultado pelos distanciamentos epistemológicos e metodológicos de campos disciplinares distintos, mas que tradicionalmente envolvem-se no estudo da gestão pública, geralmente de pouco conhecimento dos magistrados.

O resultado se reflete na qualidade da prestação jurisdicional e repercute perversamente sobre a resolução de conflitos na seara dos direitos e garantias fundamentais, o que particularmente, provoca efeitos preocupantes nas discussões judiciais envolvendo o direito à saúde, geralmente marcado pela vulnerabilidade dos demandantes e a premência de decisões.

A formação de quadros, científica e tecnicamente preparados, aptos a assumirem responsabilidades enquanto gestores públicos na esfera do Poder Judiciário e o aprimoramento dos marcos jurídico-normativos é tarefa urgente e de importância lapidar para a preservação e aperfeiçoamento da ação pública em diferentes campos e níveis: elaboração e implementação de políticas, planos, programas e projetos, assim como gestão, monitoramento e avaliação das práticas e intervenções em políticas judiciárias.

A ausência de diálogo institucional aberto com o Poder Legislativo e, principalmente com o Poder Executivo, nas matérias associadas à concretização do direito à saúde acaba por

afetar a segurança jurídica e pode dar azo a um controle judicial da Administração Pública intrusivo no campo das políticas de saúde, principalmente nas situações em que se age sem atentar para questões de legitimidade democrática e de respeito aos limites funcionais dos poderes do Estado. Também pode conduzir a desgastes desnecessários entre os entes federativos devido às discussões intermináveis sobre competência e mecanismos de responsabilização mútua, dentre outras questões.

## 6. Referências

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2000.
- AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 1999.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas*. Curitiba: Juruá, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 31, nº. 66, p. 91-92, julho/dezembro 2007. Disponível na Internet: <[http://www.pge.rs.gov.br/download.asp?nomeArq=revista\\_pge\\_66.pdf](http://www.pge.rs.gov.br/download.asp?nomeArq=revista_pge_66.pdf)>. Acesso em 19 de novembro de 2012.
- BONIZZATO, Luigi. *Atual direito constitucional à saúde: múltiplas facetas e nuances*. In: BONIZZATO, Luigi, REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *Direito Constitucional: questões clássicas, contemporâneas e críticas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
- BOTTESINI, Maury Ângelo, MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde*. 02. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

- BUCCI, M. P. D. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, M. P. D. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.
- COUTINHO, Ronaldo. *Direito à saúde, meio ambiente e urbanização*. In: AHMED, Flávio, COUTINHO, Ronaldo. *Cidades sustentáveis no Brasil e sua tutela jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- CURY, Ieda Tatiana. *Direito fundamental à saúde*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.
- DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. “Direito e globalização”. In: DOWBOR, Ladislau; IANII, Octavio; RESENDE, Paulo-Edgar A. (orgs.). *Desafios da globalização*. Petrópolis: Vozes, 1998.
- EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. *Neoconstitucionalismo e direitos sociais*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/FAPERJ, 2009.
- ESPADA, João Carlos. *Direitos sociais de cidadania*. São Paulo: Massao Ohno, 1999.
- FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 1998.
- \_\_\_\_\_. *O direito na era globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- \_\_\_\_\_. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- LEAL, Rogério Gesta. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.
- LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O direito à saúde e sua efetividade: o debate democrático perante o Supremo Tribunal Federal. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 64, nov./dez. 2010.
- MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova* [online], n. 57, p. 113-133, 2002.
- RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista Saúde Pública* [online], v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007. [cited 2008-06-19].