



A LEGITIMIDADE DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Marcos Wesley Brandinho Ribeiro¹

Resumo

O presente artigo analisa o que doutrinariamente se convencionou chamar de judicialização das políticas públicas, tendo como foco o direito à saúde. Busca-se identificar se pode ser considerada legítima a intervenção do Poder Judiciário em esferas políticas para a instituição e definição de políticas públicas. Por meio de uma revisão bibliográfica, é possível concluir que não é legítima tal atuação, na medida em que o órgão jurisdicional, a pretexto de assegurar direitos, acaba invadindo a esfera de competência de outros órgãos.

Palavras-chave: Judicialização. Direito à saúde. Legitimidade.

Abstract

The present article analyzes what is conventionally known as judicialization of public policies, having as focus the right to health. The paper seeks to identify whether it can be considered legitimate for the institution and definition of public policies. Through a bibliographic review, it's possible to conclude that such activity is not legitimate to the extent that the court, on the pretext of ensuring rights, ends up invading other organs jurisdiction.

Keywords: Judicialization. Right to health. Legitimacy.

Sumário: 1 – Introdução; 2 – O direito à saúde; 3 – A judicialização do direito à saúde; 4 – A judicialização como forma de tutela do direito à saúde; 5 – Legitimidade da judicialização das políticas públicas; 6 – Conclusão.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988, por meio de seu artigo 5º, XXXV, concebe a inafastabilidade de jurisdição. Isso indica a vontade do constituinte de que todas as possíveis lesões ou ameaças a direitos fossem levadas à análise do Poder Judiciário.

¹Estudante do 6º semestre da Graduação em Direito na Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP. E-mail: marcosbrandinho@gmail.com.



Por vezes, a análise de certas demandas possibilita ao Poder Judiciário exercer funções que, tradicionalmente, eram deixadas para os órgãos de representatividade política, isto é, ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo. Isto porque alguns bens da vida precisam ser definidos para que possam ser considerados direitos subjetivos, seja porque possuem reserva legal, dependendo de uma regulamentação pela lei, seja porque se consubstanciam em políticas públicas a serem escolhidas diante da escassez de recursos.

Quando uma lide, envolvendo tais bens, é levada ao Poder Judiciário, o magistrado, ao apreciar a demanda, em se tratando de um direito que precisa de regulamentação, pode adotar uma medida de abstenção ou de autocontenção, analisando apenas o que é de sua competência. Entretanto, o que atualmente se verifica é um protagonismo do Judiciário, que, em face da progressão constante de demandas levadas à sua análise, passa a atuar mais ativamente, ganhando papel de destaque no cenário institucional brasileiro.

Este problema se verifica em maior medida nos direitos sociais, isto porque se referem a necessidades básicas do homem. Dentre os direitos sociais, há o direito à saúde que se torna objeto de análise do Poder Judiciário na medida em que há a insatisfação popular quanto à sua efetivação.

Os direitos sociais são efetivados por meio de políticas públicas realizadas pelo Poder Executivo. Entretanto, vivemos em um mundo de necessidades ilimitadas com recursos limitados, o que faz com que não seja possível realizar todas as políticas públicas possíveis.

Surge a ideia de reserva do possível, em que o ente federativo competente destina parte de seus recursos para a promoção de tais políticas. Considerando tal reserva, o Poder Executivo, enquanto órgão de natureza política, com fundamento na vontade soberana do povo, tem a prerrogativa de escolher as políticas públicas a serem viabilizadas em determinado local.

O que atualmente se verifica é um inconformismo de parte da população, que com base na baixa efetividade dos direitos sociais, volta-se ao Judiciário para solucionar problemas de destinação de recursos e para refazer as escolhas de políticas públicas.

Destarte, o presente artigo tenta analisar a legitimidade da atuação do Poder Judiciário em conceber e implementar políticas públicas. Tendo como base o direito à saúde, analisar-se-á se a decisão proferida por magistrado representa apenas uma definição de um



direito no âmbito de sua competência ou representa uma decisão que deveria ser feita por entes democraticamente eleitos.

Inicialmente, diante do problema exposto, pode-se afirmar que, em uma visão moderna, o poder Judiciário possui legitimidade para intervir nos demais Poderes para assegurar os direitos constitucionalmente previstos, tendo a prerrogativa de definir quaisquer direitos, solucionando, de tal modo, a lide que lhe é apresentada.

Visando a testar o que foi enunciado, primeiramente deve-se buscar delinear noções do direito à saúde. Uma definição do direito à saúde, que muitas dúvidas gera entre os doutrinadores, pode ultrapassar o objeto da presente análise, fazendo-se necessário que sejam descritos apenas aspectos conceituais de tal direito.

Posteriormente, mostra-se necessária uma análise do problema da judicialização, bem como de seus reflexos no direito à saúde. Buscar-se-á conceituar a judicialização, analisando como ela pode ser compreendida no âmbito do direito à saúde. Tendo em vista a tese que se busca testar, também será analisada a perspectiva da judicialização como necessária a efetividade do direito à saúde.

Por fim, será averiguada a legitimidade do Poder Judiciário para promover decisões, que, em tese, seriam de competência de poderes democraticamente instituídos, com base na divisão de competências, instituída pela Constituição Federal vigente, e no cunho político ou democrático que podem possuir tais decisões.

2. O direito à saúde

A saúde se revela como bem de grande importância no ordenamento jurídico brasileiro. Estando prevista no art. 6º da Constituição Federal, deve ser compreendida como um direito de cunho social, cujos elementos são definidos no Título da “Ordem Social” da Carta Maior.

Trata-se de um direito fundamental, que tem como base material a dignidade da pessoa humana, devendo ser compreendido como uma necessidade básica do homem. Enquanto tal, pode ser considerado um direito universal, uma vez que todos são titulares de tal direito, enquanto seres humanos.



Sua qualificação de direito social possibilita sua identificação no que doutrinariamente se convencionou chamar segunda geração dos direitos fundamentais, tratando-se de direitos que exigem uma atuação positiva pelo Estado para sua promoção. Essa classe de direitos se contrapõe aos direitos de defesa, também conhecidos como direitos de primeira geração, que exigem uma abstenção pelo Estado em detrimento dos cidadãos.

Em que pese seja o direito à saúde um direito positivo, que impõe ao Estado obrigações de fazer, consistentes em políticas públicas, a exemplo da prestação de serviço de saúde e do fornecimento de medicamentos, tal direito, enquanto direito social, também apresenta um lado de direito de defesa. Isso se embasa na concepção de que há a imposição de que o Estado não adote políticas contrárias ao que proclamam tais direitos, o que é enfatizado pela noção de proibição do retrocesso.²

Verifica-se a importância dada pelo Constituinte ao direito à saúde, pela forma com que o mesmo foi instituído na Constituição vigente. Nos termos do artigo 196 da Constituição Federal, a saúde é entendida como direito de todos e dever do Estado, devendo ser 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.

Ademais, foi atribuída aos entes da federação a competência para atuarem de forma concorrente para a promoção de tal direito, sendo que, com base no artigo 198 da Carta Maior, os entes da federação têm o dever de promovê-lo. Nesse sentido, inclusive, há a afirmação da responsabilidade solidária dos entes federativos para a promoção da saúde, possibilitando ao cidadão, em caso de negativa de fornecimento de medicamentos ou de prestação de serviço de saúde, demandar contra qualquer dos entes da federação, sendo esse o entendimento do Supremo Tribunal Federal.³

3. A judicialização do direito à saúde

²MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 297.

³Nesse sentido, STF. Recurso Extraordinário 799316 PE. Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 14/03/2014, Data de Publicação: 18/03/2014.



A judicialização é tema constante, sendo atualmente debatido por conta de seus reflexos na sociedade contemporânea. Tal termo é utilizado para indicar que certas questões estão sendo levadas à análise judicial, quando deveriam ser decididas em outros âmbitos. Um exemplo de judicialização aparece nas relações pessoais, com demandas que têm por objeto a análise judicial de *bullying* em escolas, algo que anteriormente era solucionado socialmente ou por meio de entes administrativos, como o Conselho Tutelar.

Tal atuação, segundo BARBOZA e KOZICKI, seria conhecida e, inclusive, aceita pela sociedade e pelos atores políticos, tal como se depreende da seguinte passagem:

Apesar de ser aparentemente contra os interesses do Parlamento, é possível afirmar que há um consenso no sentido de que a assunção de novos papéis pelo Judiciário, incluindo as decisões sobre questões políticas, morais, religiosas, centrais, tanto por parte da sociedade quanto por parte dos próprios atores políticos, vem sendo aceita pela sociedade, uma vez que os próprios atores políticos veem o Judiciário como um fórum apropriado para enfrentar essas questões.⁴

Barroso identifica a judicialização como a intervenção do Poder Judiciário em questões de grande repercussão política e social, que deveriam ser decididas pelas instâncias políticas⁵. No âmbito dos direitos sociais, verifica-se essa intervenção, na medida em que o referido órgão, a pretexto de decidir uma lide que verse sobre esses direitos de cunho positivo, passa a analisar políticas públicas.

Em estudo sobre o tema, Barroso aponta as grandes causas da judicialização. Inicialmente, ele informa que, com a redemocratização pela qual passou o país, houve um fortalecimento e uma expansão do Poder Judiciário, que se transformou em verdadeiro poder político, tendo refletido também no aumento da demanda por justiça na sociedade brasileira.⁶

O referido autor também indica como uma das grandes causas da judicialização a constitucionalização abrangente, que foi responsável pela inserção no texto constitucional de matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário, o que faz com que tais matérias se transformem, potencialmente, em uma pretensão jurídica.⁷

⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. In: Revista Direito GV, São Paulo, vol. 15, jan./jul., 2012. p.61.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo judicial e legitimidade democrática. In: Revista Direito do Estado, Salvador, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009. p.73.

⁶ *Ibid.*, p. 73.

⁷ *Ibid.*, pp. 73-74.



Por fim, Barroso afirma como última grande causa o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que, sendo híbrido, permite que qualquer juiz ou tribunal deixe de aplicar uma lei em um caso concreto, caso a considere inconstitucional, bem como que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal, possibilitando, com base na inafastabilidade da jurisdição, a análise pela referida corte de qualquer questão política ou moralmente relevante.⁸

Analisando o direito à saúde, verifica-se um protagonismo do Judiciário em relação às políticas públicas. Uma vez que o direito à saúde se consubstancia na tutela do bem estar por meio do fornecimento de medicamentos e da prestação de serviços de saúde, sendo de interesse de todos os seus titulares, a resistência de sua efetivação pelos Poderes Legislativo e Executivo, fazem com que tais pretensões sejam voltadas ao Poder Judiciário.

Deve-se considerar que o direito à saúde está associado às necessidades de bem estar dos seres humanos, que podem ser consideradas ilimitadas. O Estado não poderia promover o bem estar de todos que se encontrem em seu território com os métodos mais desenvolvidos e mais eficazes, já que tal feito exige recursos econômicos, que são escassos.

Assim, na medida em que o direito à saúde não possa ser efetivado de todas as maneiras possíveis, mostra-se necessária a escolha das políticas públicas de efetivação possível entre todas as políticas públicas existentes, cabendo tal decisão precipuamente aos órgãos políticos, capazes de melhor identificar os anseios da população. Nessa óptica, Mendes, Coelho e Branco afirmam:

A escassez de recursos econômicos implica a necessidade de o Estado realizar opções de alocação de verbas, sopesadas todas as coordenadas do sistema econômico do país. Os direitos em comento [de prestação material] têm que ver com a redistribuição de riquezas – matéria suscetível às influências do quadro político de cada instante. A exigência de satisfação desses direitos é mediada pela ponderação, a cargo do legislador, dos interesses envolvidos, observado o estágio de desenvolvimento da sociedade.⁹

Neste sentido, pode-se afirmar que o direito à saúde, a despeito de sua previsão constitucional, não pode ser considerado um direito subjetivo em si. Para que pudesse ser

⁸*Ibid.*, p.74.

⁹MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p.295.



considerado direito subjetivo, as prestações materiais, por meio dos quais deve ser efetivado, deveriam estar delimitadas e definidas pelo poder público.¹⁰

Na medida em que toda política pública gera gastos de recursos econômicos, a escolha de uma política pública que beneficie parte da população importa na inviabilização de outras políticas públicas que atenderiam outra parte da população ou outra vertente das necessidades do bem estar humano. Com base nesse argumento, autores defendem que tal decisão deve caber a órgãos democraticamente designados para tanto. Semelhante posição é adotada por Mendes, Coelho e Branco, assim com se depreende do seguinte:

Na medida em que a Constituição não oferece comando indeclinável para as opções de alocação de recursos, essas decisões devem ficar a cargo de órgão político, legitimado pela representação popular, competente para fixar as linhas mestras da política financeira e social. Essa legitimação popular é tanto mais importante, uma vez que a realização dos direitos sociais implica, necessariamente, privilegiar um bem jurídico sobre outro, buscando-se concretizá-lo com prioridade sobre outros. A efetivação desses direitos implica favorecer segmentos da população, por meio de decisões que cobram procedimento democrático para serem legitimamente formadas — tudo a apontar o Parlamento como a sede precípua dessas deliberações e, em segundo lugar, a Administração.¹¹

As decisões do Poder Judiciário, no que tange a políticas públicas, têm reflexos de ordem orçamentária, já que a implementação de políticas relativas à saúde gera gastos públicos aos entes federativos, assumindo caráter político, consistente na escolha das políticas a serem adotadas para o bem estar da população.

Ajudicialização das políticas públicas, diante de seus impactos políticos e orçamentários, é encarado por parte da doutrina como um problema que deve ser evitado pelo Poder Judiciário. Nessa óptica, tal órgão, quando enfrentasse questões que versassem sobre a delimitação do direito à saúde, que não tivesse já sido efetuada pelos órgãos políticos, deveria se valer da autocontenção.¹²

A teoria do *self-restraint* prega que certas questões não estariam sujeitas ao controle jurisdicional. Por meio da concepção procedimentalista, pode-se afirmar a legitimidade dos procedimentos discursivos para as decisões de questões públicas e, conseqüentemente, a

¹⁰ *Ibid.*, p. 295.

¹¹ *Ibid.*, p. 295.

¹² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. In: Revista Direito GV, São Paulo, vol. 15, jan./jul., 2012. p. 67-68.



restrição da atuação do Judiciário em relação a tais questões apenas no que tange ao direito de participação em tal processo democrático.¹³

Um dos métodos que pode se utilizar o Judiciário, como forma de autorrestrição, seria a afirmação de discricionariedade legislativa ou administrativa envolvendo as decisões que os entes políticos tomem ou devam tomar em relação às políticas públicas ligadas ao direito à saúde, desde que não consista em violação a preceito constitucional.¹⁴

Barboza e Kozicki, entretanto, apontam dificuldades de aplicação deste e de outros métodos de autocontenção, na medida em que seja possível falar de deferência pelo Legislativo ao Judiciário, tal como ocorre nos Estados Unidos e, em maior medida quando seja difícil identificar tal deferência.¹⁵

Algo que também pode ser visto como método de autorrestrição do Poder Judiciário é a doutrina da Reserva do Financeiramente Possível. Tal teoria estabelece que a efetivação dos direitos sociais, que exigem uma prestação positiva, estaria condicionada às possibilidades financeiras do Estado. Nesse sentido, caberia ao poder público decidir acerca de políticas públicas, tendo como base a melhor alocação dos recursos financeiros.

4. Ajudicialização como forma de tutela do direito à saúde

Alguns doutrinadores afirmam a necessidade da judicialização de políticas públicas para a promoção do direito fundamental à saúde. Tal necessidade é fundamentada por certos autores pela ineficiência do sistema público de saúde de efetivar tal direito.

Inicialmente, insta citar o questionamento relativo ao caráter programático do direito à saúde. Há a discussão se o direito à saúde possuiria aplicabilidade imediata, a despeito de ser uma norma programática e, enquanto tal, equivaler a um programa a ser desenvolvido pelo Poder Legislativo.¹⁶

Como já afirmado supra, há entendimento de que os direitos sociais não comportariam em si pretensões subjetivas, já que se efetivaria por meio de políticas públicas, que caberiam aos órgãos públicos efetivar. Portanto, segundo essa óptica, pode-se afirmar que

¹³ *Ibid.*, p. 68.

¹⁴ *Ibid.*, p. 69.

¹⁵ *Ibid.*, p. 68-70.

¹⁶ CRUZ, Luiz Antonio Ribeiro da. Direito à saúde: de Norma programática a direito individual exigível. In: Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, ago. 2012. p. 120.



o direito à saúde depende de regulação pelo Poder Legislativo, podendo, nestes termos, ser considerado como uma norma que não possui auto-executividade.

Cabe, ainda, mencionar que este direito se encontra associado à teoria da reserva do possível. Por um lado, isso significa que as pretensões relativas ao direito à saúde devem se limitar àquilo que se poderia razoavelmente se esperar do Estado. Em sua vertente econômica, adota-se o entendimento de que o direito à saúde dependeria das possibilidades financeiras dos cofres públicos, realizando-se pelas decisões públicas tomadas com base na Reserva do Financeiramente Possível.¹⁷

Entretanto, tendo por base o art. 5º, § 1º, da Constituição, afirma-se que todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, inclusive os direitos sociais. Para alguns autores, o direito à saúde não pode ser destituído de sua eficácia, não podendo ser tido como uma promessa constitucional inconsequente. Assim, ainda que tenha baixa densidade normativa, o direito à saúde sempre estaria apto a gerar um mínimo de efeitos jurídicos.¹⁸

Nessa perspectiva, defende-se a tutela do mínimo existencial pelo Poder Judiciário. Tal tutela teria como base a dignidade da pessoa humana e consistiria na defesa judicial de condições mínimas, garantindo à população uma vida digna.

Nesta perspectiva, considera-se que a reserva do possível não pode ser alegada pelo Estado, haja vista a importância do bem jurídico saúde. Isso porque a Teoria da Reserva do Financeiramente Possível passa a ser vista como justificativa para o Estado não cumprir com seu papel de provedor das necessidades da sociedade.

Afirma-se que a aplicação da Teoria da Reserva do Financeiramente Possível deveria se dar com base na razoabilidade e proporcionalidade. Assim, seria necessária para a aplicação de tal teoria a ponderação entre a ordem financeira do Estado e o mínimo existencial da pessoa humana.

Destarte, com base na afirmação da preponderância do direito à saúde, que, inclusive, é defendida pelo Supremo Tribunal Federal, pode-se afirmar a possibilidade de

¹⁷ÁVILA, Kellen Cristina de Andrade. Teoria da reserva do possível. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24062>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

¹⁸SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. Mera programaticidade normativa dos direitos sociais: visão comparada do ordenamento jurídico brasileiro e português. In: Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano 3 (2014), nº 2, p. 1472.



atuação do Poder Judiciário em face da inércia dos poderes públicos¹⁹. Wang, em análise de julgamentos do STF, afirmou que havia o entendimento pela corte de que o direito à saúde era um “direito fundamental jurisdicionalmente tutelável” e que poderia o Poder Judiciário atuar para a efetivação plena e universal de tal direito quando o Poder Público for omissivo de forma “anômala”, “arbitrária”, “intolerável” ou por comportamento “desviante”.²⁰

5. Legitimidade da judicialização das políticas públicas

Ciarlini afirma que a Constituição além de estabelecer a fundamentalidade do direito à saúde, também confere ao Estado a atribuição de promover um conjunto de ações e serviços públicos, estabelecendo, igualmente, a garantia ao acesso universal e igualitário relativamente às ações e aos serviços para a promoção da saúde.²¹

O mencionado autor também indica que o Sistema Único de Saúde foi instituído pela Constituição Federal para a promoção, integração e organização das entidades que promovem ações atinentes à promoção da saúde. Tal órgão se fundamentaria na ideia de pluralismo, em um ambiente democrático participativo, de forma que seu modelo de gestão pressupõe a instituição de diálogos, por meio de debates, pressões e propostas dos diversos setores da sociedade.²²

No que tange à distribuição de medicamentos, verifica-se que esta não pode ocorrer de forma arbitrária na medida em que surgem pedidos de tutela da população, já que a própria lei de medicamentos (Lei nº 8.080/90), em seu artigo 19-Q, determina que a lista de medicamentos oferecidos pelo poder público deve ser elaborada pelo Ministério da Saúde, com o assessoramento da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, com base nas evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo e na avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação a tecnologias já incorporadas.

¹⁹ Neste sentido, STF. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271286 RS, Segunda Turma, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 12/09/2000, Data de Publicação: DJ 24-11-2000.

²⁰ WANG, Daniel WeiLiang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: Revista Direito GV, São Paulo, vol. 8. jul./dez., 2008. p. 545.

²¹ CIARLINI, AlvaroLuis de Araujo. Desjudicialização da Saúde: um Bem Necessário? In: Revista de Direito Público, Brasília, Vol. 1, nº 28, jul./ago., 2009, p. 102.

²² *Ibid.*, pp.102-103.

Ciarlini também cita que atuação judicial em relação às demandas envolvendo a saúde, que se consubstanciam em pretensões individuais, estaria em desacordo com as diretrizes da lógica do sistema de saúde previstas na Constituição, vez que cria critérios de diferenciação no atendimento aos usuários do sistema e interfere na gestão dos recursos orçamentários previstos em lei.²³

Neste sentido, pode-se afirmar que, além do impacto à ordem financeira do Estado, haveria um impacto ao próprio direito à saúde e a outros direitos sociais, na medida em que recursos destinados à realização de outras despesas serão de ser remanejados para o cumprimento de ordem judicial que institui política pública²⁴. Além disso, cabe mencionar o privilégio daqueles que pleiteiam o direito à saúde em detrimento de outros titulares do direito à saúde, comprometendo o caráter universal de tal direito.

Segundo Raquel Alves, quando o Poder Judiciário assume o papel de protagonista na implementação de políticas públicas, sua atuação privilegia uma classe de cidadãos em detrimento do resto da sociedade, vez que somente parte da população possui consciência de seus direitos e fácil acesso à justiça, suficientes ao exercício de tais pretensões.²⁵

Neste sentido, a Ministra Ellen Gracie decidiu a Suspensão de Tutela Antecipada nº 91, requerida pelo Estado de Alagoas, suspendendo parcialmente decisão que determinava o fornecimento de medicamentos necessários ao tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados. Tendo como base a limitação de recursos e a necessidade de limitação de gastos, a fim de atingir o maior número possível de titulares do direito à saúde, e não apenas atender situações individualizadas, restou, no entender da então Presidente do Supremo, configurada lesão à ordem pública.

Ademais, entende-se que, em um Estado democrático, as decisões sobre alocação de recursos sejam tomadas pelos poderes políticos, que foram democraticamente constituídos pelo povo para tanto. Em maior medida ocorre nas políticas públicas ligadas à saúde, que envolvem escolhas eminentemente políticas e distributivas, já que a decisão sobre quem terá

²³ *Ibid.*, p. 103.

²⁴ PACHECO, Pablo Viana; TEIXEIRA, Tatiana Cardoso. A judicialização do direito à saúde e o princípio da reversa do possível: necessidade de uma interpretação sistemática da Constituição. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8957. Acesso em: 13 dez. 2014.

²⁵ ALVES, Raquel de Andrade Vieira. Legalidade financeira e ativismo judicial: judicialização das políticas públicas. In: Revista SJRJ, Rio de Janeiro, v. 17, n. 28, 2010, p. 162.



seus direitos protegidos e sobre a intensidade da proteção é papel dos arranjos políticos na democracia.²⁶ Nesse sentido, afirma Wang:

Desta forma, os membros do Poder Judiciário – que não foram democraticamente eleitos pela maioria para tomar decisões e não se submetem a eleições periódicas – não teriam legitimidade democrática para escolher como uma parcela dos recursos escassos do poder público deve ser gasta, muitas vezes em detrimento das prioridades já estabelecidos pelo Poder Executivo e Legislativo democraticamente eleitos. Portanto, quando o juiz concebe um medicamento ou tratamento médico, ele estaria colocando sua vontade acima da vontade da maioria manifestada eleitoralmente, funcionando como uma espécie de ponto de veto a decisões tomadas por representantes dessa maioria.²⁷

Assim, ainda que se entenda possível a aplicabilidade da judicialização com base em uma ponderação de valores, deve-se compreender como ilegítima tal atuação do Judiciário, na medida em que a definição de políticas públicas assume caráter político, que necessita, com base nos efeitos que produz a toda a população, de um cenário democrático para que possa ser analisado.

6. Conclusão

Com base no exposto, verifica-se que a judicialização das políticas públicas pode ser compreendida como a análise judicial de pretensões, cujo fundamento jurídico envolve a regulação e implementação de políticas relacionadas aos direitos sociais, as quais deveriam ser decididas pelos órgãos de representatividade política.

Em relação ao direito à saúde, identifica-se que, diante da insatisfação da população, o Poder Judiciário passa a analisar questões sobre a implementação de políticas públicas. No que tange ao direito à saúde, considerando que ele não comportaria direitos subjetivos até regulamentação por lei, considera-se judicialização a ação do juiz de definir o mencionado direito.

Isso porque as decisões sobre a efetivação do direito à saúde deveriam ocorrer no âmbito do Poder Executivo e Legislativo e não do Judiciário, já que na medida em que o direito à saúde seja considerado um direito que exige prestações materiais pelo Estado e que

²⁶WANG, Daniel WeiLiang. Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.p.16

²⁷Ibid., p.16



tais prestações geram gastos de recursos que são escassos, compreende-se que tais decisões afetam toda a população, devendo se dá com base nos anseios sociais.

Em uma primeira visão, considerou-se a judicialização por uma óptica negativa, afirmando-se a necessidade de uma autocontenção pelo Judiciário, que deveria se abster da análise de pleitos relacionados ao direito à saúde, que não se encontrariam regulados em lei, seja pela afirmação da discricionariedade legislativa e administrativa, seja pela afirmação da reserva do possível.

Outra vertente afirma a aplicabilidade imediata do direito à saúde, que, assim, estaria relacionado com o mínimo existencial. Assim, diante da importância do direito à saúde, não se poderia afirmar a Teoria da Reserva do Financeiramente Possível.

A hipótese inicialmente levantada de que o Judiciário teria legitimidade para intervir em outras esferas de poder para a promoção do direito à saúde, não teve resultado positivo, já que ficou demonstrado que a promoção do direito à saúde pelo Judiciário afetaria não apenas a ordem financeira do Estado, mas também o próprio direito à saúde, seja em sua intensidade (i.e., na forma em que o direito deve ser efetivado), seja na quantidade de pessoas que serão atendidas pelo benefício. Assim, ficou demonstrada a necessidade de legitimidade democrática em decisões envolvendo o direito à saúde, já que as decisões, em regra, ultrapassam o interesse individual das partes.

Portanto, ainda que a atuação do Poder Judiciário na definição e implementação do direito à saúde seja tida como eficaz e, possível, com base na ponderação de valores, entende-se que é ilegítima tal atuação pelo Judiciário, uma vez que os Poderes Executivo e Legislativo se mostram o melhor cenário para a escolha de como deve ser definido e implementado o direito à saúde.



Referências

ALVES, Raquel de Andrade Vieira. Legalidade financeira e ativismo judicial: judicialização das políticas públicas. In: **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 28, 2010.

ÁVILA, Kellen Cristina de Andrade. **Teoria da reserva do possível**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24062>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. In: **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 15, jan./jul., 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: **Revista Direito do Estado**, Salvador, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009.

CIARLINI, AlvaroLuis de Araujo. Desjudicialização da Saúde: um Bem Necessário? In: **Revista de Direito Público**, Brasília, Vol. 1, nº 28, jul./ago., 2009, p. 102.

CRUZ, Luiz Antonio Ribeiro da. Direito à saúde: de Norma programática a direito individual exigível. In: **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 34, ago. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

PACHECO, Pablo Viana; TEIXEIRA, Tatiana Cardoso. **A judicialização do direito à saúde e o princípio da reversa do possível: necessidade de uma interpretação sistemática da Constituição**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8957>. Acesso em: 13 dez. 2014.

SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. Mera programaticidade normativa dos direitos sociais: visão comparada do ordenamento jurídico brasileiro e português. In: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Ano 3 (2014), nº 2.



WANG, Daniel WeiLiang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 8. jul./dez., 2008.

WANG, Daniel WeiLiang. **Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21062011-134507/>>. Acesso em: 30 dez. 2014.