

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE**

**ISABELLA PATRÍCIA SILVA OLIVEIRA**

**O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE SOBRE A  
INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NA SAÚDE**

**ARACAJU  
2018**

**ISABELLA PATRÍCIA SILVA OLIVEIRA**

**O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE SOBRE A  
INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NA SAÚDE**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe como requisito para conclusão do Curso de Bacharelado em Direito.

**ORIENTADOR:** Profº. Dr. Kleidson Nascimento dos Santos

**ARACAJU  
2018**

O48c OLIVEIRA, Isabella Patrícia Silva.

O Controle Das Políticas Públicas: uma análise sobre a interferência do judiciário na saúde / Isabella Patrícia Silva Oliveira; Aracaju, 2018. 47 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Prof. Dr. Kleidson Nascimento dos Santos

1. Políticas Públicas 2. Saúde 3. Judicialização 4. Ativismo Judicial 5. Poder Judiciário I. Título.

CDU 341.945(813.7)

Elaborada pela Bibliotecária Lícia de Oliveira CRB-5/1255

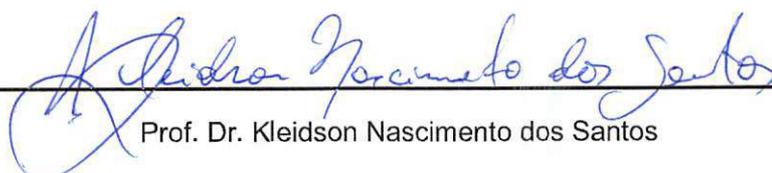
ISABELLA PATRÍCIA SILVA OLIVEIRA

O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE SOBRE A  
INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NA SAÚDE

Monografia apresentada à comissão julgadora  
como exigência parcial para obtenção do grau  
de bacharel em Direito pela Faculdade de  
Administração e Negócios de Sergipe -  
FANESE.

Aprovada em 03 / 12 / 2018

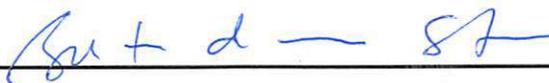
BANCA EXAMINADORA



---

Prof. Dr. Kleidson Nascimento dos Santos

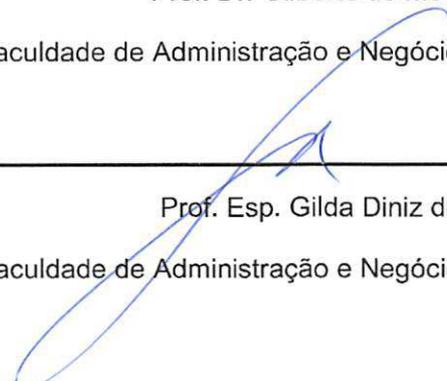
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FANESE



---

Prof. Dr. Gilberto de Moura Santos

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FANESE



---

Prof. Esp. Gilda Diniz dos Santos

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FANESE

## **AGRADECIMENTOS**

Nesta etapa, após cinco anos de batalha, eu só tenho a agradecer. Primeiramente a Deus, por ter me permitido alcançar mais uma vitória.

Aos meus pais, Sandra e Saint-Clair, por sempre estarem ao meu lado, me apoiando incondicionalmente e me incentivando em tudo que faço.

Ao meu irmão Bruno, por ser símbolo de amor e carinho. Eu devo tudo isto a vocês!

Aos meus familiares, por sempre vibrarem por mim e por emanarem carinho a cada etapa vencida.

Ao meu namorado Joao Victor, por sempre me dizer que tudo daria certo, por me apoiar e me ajudar.

Aos professores da Faculdade de Administração de Sergipe, por todo conhecimento a mim transmitido, em especial, o meu orientador Kleidson Nascimento dos Santos, por toda paciência, compreensão e amparo neste momento árduo.

E por fim, aos meus amigos de caminhada, principalmente minhas parceiras Mayara e Rafaele, obrigada por dividir isto comigo. Obrigada a todos vocês.

## RESUMO

É cediço que o direito à saúde, por compor o quadro de direitos de segunda geração, necessitam de uma atuação positiva do Estado, como meio de prover a sua concretização, no entanto, a realidade brasileira contrasta com os ideais presentes no texto constitucional. Em virtude disto, a busca por soluções que envolvam a efetividade do direito à saúde tem se tornado um dos maiores desafios enfrentados pelo Judiciário. Observa-se que, no dia atual, as discussões acerca do fornecimento do direito à saúde pelo poder público está cada vez mais expressivo, porquanto é possível constatar que seu cumprimento está cada vez mais deficiente frente a patente omissão do Legislativo e Executivo. Diante disto, o Poder Judiciário se vê sobrecarregado com a infinidade de ações judiciais que buscam a tutela jurisdicional, com o intuito de efetivar o aludido direito, como previsto pela Carta Magna. Assim, o presente trabalho monográfico buscou apurar o modo como o Judiciário está atuando no controle das políticas públicas de saúde, bem como analisou os fundamentos por ele utilizados, os limites que rodeiam a sua execução e a legitimidade frente ao Princípio da Separação dos Poderes. Para compreender o referido trabalho, foi preciso realizar pesquisas bibliográficas, sob a ótica das doutrinas, dos artigos científicos, legislações e julgamentos realizados pelos tribunais. Ao final, espera-se que seja possível refletir e entender a importância de se efetivar o direito à saúde, bem como que seja possível promover um entrelaçamento entre a teoria e a prática.

**Palavras-chaves:** Políticas públicas; Saúde, Judicialização; Ativismo judicial; Poder judiciário.

## ABSTRACT

It is imperative that the right to health, as it forms part of the second generation rights framework, requires a positive action by the State, as a means of providing for its implementation, however, the Brazilian reality contrasts with the ideals present in the constitutional text. As a result, the search for solutions that involve the effectiveness of the right to health has become one of the greatest challenges faced by the Judiciary. It is observed that, in the present day, the discussions about the provision of the right to health by the public power is increasingly expressive, since it is possible to verify that its furnishing is increasingly deficient in the face of the clear omission of the Legislative and Executive. In view of this, the Judiciary is overwhelmed with the infinity of judicial actions that seek judicial protection, with the intention of effecting the aforementioned right, as foreseen by the Magna Carta. Thus, the present monographic work sought to determine how the Judiciary is acting in the control of public health policies, as well as analyzed the foundations used by it, the limits that surround its execution and the legitimacy before the Principle of Separation of Powers. To understand this work, it was necessary to carry out bibliographical research, from the point of view of doctrines, scientific articles, laws and judgments made by the courts. In the end, it is hoped that it will be possible to reflect and understand the importance of realizing the right to health, as well as to promote an interplay between theory and practice

**Keywords:** Public policies; Health, Judiciary; Judicial activism; Judicial power.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 O SURGIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....</b>	<b>11</b>
2.1 Documentos de direitos humanos.....	11
2.2 Os direitos fundamentais na Constituição da república Federativa do Brasil de 1988....	13
2.3 O direito à saúde enquanto direito de segunda dimensão.....	15
2.4 O neoconstitucionalismo no Brasil .....	17
<b>3 POLÍTICAS PÚBLICAS .....</b>	<b>20</b>
3.1 Definição, competência e fundamentos das políticas públicas.....	20
3.2 A criação das políticas públicas como forma de efetivação do direito à saúde.....	22
<b>4 A LIMITAÇÃO DOS PODERES NO ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....</b>	<b>25</b>
4.1 Princípio da Separação dos Poderes .....	25
4.2 A teoria da reserva do possível e o Mínimo Existencial.....	27
<b>5 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....</b>	<b>31</b>
5.1 A judicialização como instrumento de controle de políticas públicas de saúde.....	31
5.2 O fenômeno do ativismo judicial .....	34
5.3 Análise de julgados em sede de recurso.....	36
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>40</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>42</b>

## INTRODUÇÃO

Após a Revolução de 1930, o direito brasileiro foi marcado por um Governo Provisório, nascido de um poder ditatorial. Em 1934 foi promulgada, a Constituição Republicana fundada em um estado social, com o objetivo de garantir a população um país democrático e justo, uma vez que desencadeou a preocupação com os direitos fundamentais e sociais (PAULO e ALEXANDRINO, 2016).

Em 1937 instalou-se o Estado Novo, consagrado por um ideal fascista e autoritário, que obstou a concretização dos direitos anteriormente conquistados. Porém, com a queda da ditadura e a criação da Carta Política de 1946, instaurou-se uma nova era no direito, o chamado processo de Redemocratização do Brasil, porquanto foi possível promover o desenvolvimento do país, estabelecer o regime democrático representativo e assegurar a divisão dos poderes (PAULO e ALEXANDRINO, 2016).

No entanto, foi com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que o estado brasileiro legitimou-se como Estado Democrático de Direito, posto que em seu bojo instituiu obrigações ao poder público, ampliou o direitos fundamentais e sociais, bem com garantiu a utilização de instrumentos processuais com o objetivo de concretizar tais direitos de modo efetivo.

A implementação e criação de políticas públicas a serem desenvolvidas pelo Legislativo e Executivo, tornou-se uma importante ferramenta para a consecução dos objetivos entabulados pela CRFB/88, uma vez que é titularidade do Estado implementar ações que visem a concretização dos direitos ditos de segunda geração, cabendo ao Estado planejar a utilização dos recursos e ao Município a criação das políticas públicas, no qual tem a maior participação nos recursos fiscais locais.

Todavia, a execução das políticas públicas estão ligadas a disponibilidade financeira e de recursos do Estado, que comumente utiliza-se de argumentos como forma de se eximir das obrigações impostas por lei, sob o argumento de que a prestação de algumas garantias ameaça os direitos de outrem. Diante disto, é importante questionar se o poder público pode negar a prestação do referido direito ou deve ater-se a prestar o mínimo, no qual julga ser o suficiente.

Dentre os direitos sociais instituídos pela Carta Magna de 1988, a discussão sobre o direito à saúde se torna importante, pois, os dispositivos constitucionais estabelecem que é direito de todos, cabendo ao poder público promover políticas sociais e econômicas, de modo a viabilizar o acesso igualitário. Contudo, a realidade brasileira destoava do que é previsto pelas leis.

A inércia dos poderes legislativo e executivo no que se refere a criação e concretização das políticas públicas de saúde ocasionam a infinidade de ações judiciais como forma de ter seu direito adquirido. À vista disso, é que se torna necessário questionar o que segue: Quais as consequências da atuação do poder Judiciário no controle das políticas públicas em face da necessidade da população e a omissão dos órgãos estatais quanto a saúde?

Face a todo o exposto, em virtude da mitigação do direito à saúde e a precariedade do seu fornecimento pelo poder público é que esta pesquisa se torna relevante, pois buscou mostrar como o referido direito pode ser resguardado, demonstrando o impacto político social frente a postura do Judiciário. De igual modo, se faz importante esta discussão, vez que permite discutir como um aspecto da teoria do direito constitucional é aplicado na prática

Trata-se de pesquisa explicativa, pois buscou analisar como o Judiciário procede ante a inexistência ou inexecução de políticas públicas, mediante pesquisas bibliográficas, com enfoque em doutrinas e artigos científicos, assim como análise de julgados com o intuito de apresentar resultados qualitativos.

Portanto, o objetivo geral da presente monografia é apresentar os fundamentos utilizados pelo Poder Judiciário no controle das políticas públicas de saúde, mediante análise de julgados em sede de recurso. E os objetivos específicos são: esclarecer sobre as políticas públicas de saúde, determinar a legitimidade do Judiciário face à sua função precípua e por fim, analisar a suposta postura ativista do referido poder no controle das políticas de saúde.

Assim, a presente foi composta por quatro capítulos. No primeiro, buscou-se demonstrar a importância dos documentos internacionais no surgimento dos direitos fundamentais entabulados na CRFB/88, trazendo de modo específico a importância do direito à saúde. No segundo capítulo, trouxe o conceito, a competência e os

fundamentos das políticas públicas, assim como a importância da criação de programas como forma de efetivar o direito à saúde.

No terceiro capítulo, objetivou evidenciar os parâmetros limitadores da atuação do judiciário na criação e implementação de políticas públicas de saúde, ressaltando as funções dos poderes e a implicação envolvendo os recursos disponíveis em face do mínimo existencial. E, por fim, foi desenvolvido um capítulo apontando os fundamentos utilizados pelo Judiciário, explanando sobre a postura ativista do aludido poder.

## 1. O SURGIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

### 1.1- Documentos de direitos humanos.

Ao longo dos anos, a sociedade buscou meios para conferir aos indivíduos direitos iguais, liberdade e coabitação harmoniosa entre os povos. Porém, foi na Idade Média, momento marcado pelo absolutismo, no qual o poder se concentrava apenas nas mãos do soberano, que se iniciou a busca pela libertação da dominação do Monarca mediante reivindicação de direitos, o que acarretou no surgimento dos primeiros documentos internacionais.

O primeiro registro a surgir foi a Magna Carta de 1215 na Inglaterra, criada pelo rei João Sem-terra e os Barões, que muito embora seja reconhecido como marco importante para a consolidação dos direitos humanos, este foi criado para salvaguardar os direitos dos feudais. Como demonstrado por Paulo e Alexandrino (2015, p.97), “os direitos ali estabelecidos, entretanto, não visavam a garantir uma esfera irredutível de liberdades aos indivíduos em geral, mas sim, essencialmente, a assegurar poder político aos barões mediante a limitação dos poderes do rei”.

Em 1919, na Inglaterra, surgiu a Constituição de Weimar após uma guerra que dizimou mais de dois milhões de pessoas, no qual foi reconhecida como a Carta que dispôs sobre os direitos sociais de uma maneira mais estruturada, conforme Dinamarco (1982, p. 12 *apud* JÚNIOR, 2009, p. 97) “Com efeito, a partir de 1919, os chamados direitos sociais foram inseridos, pela primeira vez, no bojo de uma Constituição, a Constituição de Weimar”.

Com o decorrer dos anos, surgiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, criado pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas com o intuito de estabelecer normas que visavam assegurar a existência da união entre os povos e a igualdade dos indivíduos sem limitação, após as barbaridades vivenciadas na grande guerra, de modo com que foi importante ao conceber o direito à vida, no qual decorreu o direito à saúde.

#### Artigo XXV

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, **saúde e bem-estar**, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços

sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle (Grifo nosso) (ONU, 1948)

Em que pese o ideal consubstanciado na referida declaração, para alguns doutrinadores como Branco (2011), este não possui força vinculante, servindo apenas de sustentáculo para posteriores tratados internacionais, ou seja, foi utilizado como fonte de normas jurídicas.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas em dezembro de 1966 é um documento importante para a consolidação de diversos direitos, inclusive o direito à vida e conseqüentemente o direito à saúde, vez que vedou a utilização de pessoas para a realização experimento médicos sem seu consentimento, proibiu a tortura, assim como relativizou direitos em defesa da saúde pública. *In verbis*:

**Artigo 22:** 1. Toda pessoa terá o direito de associar-se livremente a outras, inclusive o direito de construir sindicatos e de a eles filiar-se, para a proteção de seus interesses. 2. **O exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas.** O presente artigo não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desse direito por membros das forças armadas e da polícia (Grifo nosso) (ONU, 1966).

Diferentemente do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas em dezembro de 1966, delineou de modo expansivo sobre o direito à saúde, determinando a forma como este seria efetivado, bem como reconhecendo a todos a possibilidade de usufruir desta garantia, conforme artigo 12:

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental. 2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento é das crianças; b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e

outras, bem como a luta contra essas doenças; d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

O Protocolo Adicional, aprovado pela Assembleia Geral da ONU em dezembro de 2008 transformou-se em um instrumento de sanção para os países pertencentes ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, assim como permitiu que o referido documento implementasse os direitos ali existentes, mediante cooperação internacional, promovendo assim a efetivação dos direitos sociais.

Em 22 de novembro de 1969, criou-se a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecido como *Pacto de San José da Costa Rica*, documento que reconheceu direitos e permitiu a sua aplicabilidade, bem como reforçou a garantia dos direitos civis e políticos, como o direito à vida. No ano de 1988, foi adotado o Protocolo de San Salvador como adicional a referida Convenção, no qual concedeu em seus dispositivos os direitos sociais e culturais, como o direito à saúde, ao trabalho digno e à educação.

Assim, é possível observar a evolução dos direitos humanos e a sua influência no advento de Constituições de vários países, como a Italiana de 1947, a Portuguesa de 1978 e a Brasileira de 1988, no qual foram construídas tendo por base a Dignidade da Pessoa Humana, como forma de reconhecer o ser humano como sujeito de direito e assim, promover a sua vida adequada entre os indivíduos (MARTINS, 2009, p. 71).

## **1.2- Os direitos fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**

O surgimento dos direitos fundamentais é resultado de um processo progressivo de positivação, que teve como alicerce as diversas declarações de direitos humanos existentes ao longo dos anos, criados com a finalidade de reconhecer o indivíduos não como objeto de direito, mas como sujeitos de direito, como seres humanos e conseqüentemente com a finalidade de amparar os anseios da sociedade.

No que se refere a elaboração da Constituição de 1988, sua criação está vinculada ao processo de redemocratização do país, após mais de vinte anos de

ditadura marcado pelo governo autoritário, resultando no surgimento de direitos fundamentais na nova ordem constitucional, de acordo com Sarlet (2006, p.75).

Ainda para o doutrinador Sarlet, o termo “direitos fundamentais” se aplicam ao ser humano reconhecido na esfera constitucional positivo de um Estado. Assim, nota-se que o fato desta terminologia estar entabulada na CRFB/88 refere-se a existência de todos os tipos de direitos nele comportados, como direito social, políticos e de nacionalidade (SARLET, 2006, p. 35).

Vê-se então, que estas garantias podem ser divididas em dimensões, no qual a primeira diz respeito as garantias de cunho negativo, ou seja, aquelas em que o Estado deve se abster de prestar, vez que são inerentes a todos os indivíduos sem distinção, a exemplo do direito à vida, à liberdade de culto e reunião e à liberdade de manifestação de pensamento.

No entanto, com o surgimento dos problemas sociais e em meio ao crescente desrespeito à população, emergiu a Revolução Industrial, que teve um papel importante na conquista dos direitos de segunda dimensão, posto que a sociedade reconheceu a necessidade de um Estado atuante. Assim, este se tornava um prestador positivo, dispondo sobre a saúde, à educação, ao lazer, à assistência social mediante programas sociais, políticas públicas e ação corretiva dos Poderes.

Ademais, existem os direitos de terceira dimensão que se referem a coletividade, também conhecido como direitos difusos, isto é, estas garantias buscam a proteção não a um indivíduo, mas a toda sociedade humana, dispondo sobre meio ambiente, patrimônio histórico e cultural, à comunicação, à paz e a autodeterminação dos povos.

Ao elucidar sobre as dimensões dos direitos fundamentais, se torna relevante trazer à discussão sobre a nomenclatura “geração”, pois, há quem pense que referida terminologia denota um grau de importância entre estes direitos. No entanto, quem não corrobora com esta concepção, justifica que a existência de uma ou mais dimensões ou gerações estão ligadas ao desenvolvimento das normas em virtude da necessidade da sociedade.

Isto posto, vê-se que a historicidade é característica marcante dos direitos fundamentais, tendo em vista que sua concepção está correlacionada ao momento vivenciado por cada região, sendo possível vir a existir outros direitos em face de novas ameaças à liberdade. Neste sentido, depreende-se que os direitos fundamentais são caracterizados pelo seu não absolutismo, tendo em vista que podem ser relativizados em face de outro direito.

Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse político ou exigências derivadas de princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. (STF *apud* MARTINS, 2009, p. 78/79)

Outrossim, há de se destacar que o direito fundamental se reveste de universalidade, visto que cada indivíduo é titular destas garantias, de modo isonômico, conforme preceituado pela CRBF/88 em seu art. 5º. Não obstante a titularidade do indivíduo, tal circunstância não permite que os direitos sejam alienados pelo seu titular, transformando-se em nulo qualquer ato de disponibilidade. Para Canotilho (*apud* BRANCO, 2011, p. 165), o fato do direito não ser disponível, nada proíbe que ele seja limitado em face de outro.

Ressalte-se que estas garantias fundamentais entabuladas na CRFB/88 assumem o papel de norma constitucional, junto as disposições sobre a organização do poder, a forma de Estado e o sistema de governo, que se tornaram o fundamento do Estado Democrático de Direito, sendo tais garantias de aplicabilidade imediata consoante art. 5º, §1º da referida Carta, que tem como objetivo os tornarem eficazes.

Desse modo, os direitos fundamentais além de servirem de parâmetro hermenêutico, constitui o rol das cláusulas pétreas, aquelas que não podem ser abolidas nem por emendas à constituição, o que denota o seu grau de importância dentro da Carta Magna de 1988.

### **1.3 - O direito à saúde enquanto direito de segunda dimensão:**

O chamado Estado Social é fruto da pressão vivida durante o Estado Liberal, que visava a proteção da classe trabalhadora, consubstanciada na Dignidade da Pessoa Humana, vez que se encontrava fragilizada em virtude dos problemas sociais e econômicos do século XIX. Daí, surge a necessidade de o Estado intervir na vida do indivíduo, mediante prestação de serviços públicos.

A esse respeito, Silva (2005, p. 286) declara que:

[...] os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciada em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações desiguais.

Diante da obrigação imposta ao Estado de prover meios para concretização de direitos como da saúde, trabalho e educação é que se caracterizam como direitos de segunda dimensão, com o intuito de promover uma vida digna. Para Flávia Bahia (2009, p. 82), a necessidade da prestação positiva do Estado tem o fito de garantir a todos melhores condições de vida.

Entre as garantias existentes na CRFB/88, cabe discutir aqui sobre a saúde, que segundo a Organização Mundial da Saúde (1946, p. 01) “é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”, que está ligado ao direito à vida, integrando portanto, uma garantia essencial do povo.

O direito à saúde, compõe o quadro de direitos sociais, possuindo condição de norma fundamental. Em seu texto constitucional, especificamente nos artigos 196 e seguintes, o legislador se preocupou ainda em fixar a competência do Estado em promover a diminuição de riscos à doença, bem como o acesso universal a saúde, lhe incumbindo também a sua regulamentação, fiscalização e controle.

No que se refere ao direito à saúde, para que produza efeitos, é fundamental que seja implementado as políticas públicas como forma de interferir na vida do indivíduo, com o propósito de garantir uma existência digna, o que caracteriza os direitos sociais, vez que ocupam a dimensão positiva do Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, é dever do Estado criar meios indispensáveis ao exercício do referido direito, posto que se trata de direitos de segunda dimensão, aqueles em que o Estado deve criar programas para a consecução dos objetivos estabelecidos pelo constituinte. Outrossim, em que pese a característica do direito social ser um direito positivo, há que se destacar que é também um direito negativo, vez que é dever do Estado não praticar atos que prejudiquem o seu exercício (SILVA, 2008, p. 309).

Nesse toar, convém ressaltar que os referidos direitos sociais, inclusive o da saúde, devem ser positivados de modo geral, o que permitirá ao legislador agir com

liberdade quanto ao seu modo de concretização, porquanto deve ser analisado a circunstância específica de cada garantia. No entanto, caso o aludido direito não seja concretizado, caberá ao Poder Judiciário a sua defesa, mediante controle judicial, o que será discutido em momento oportuno.

Assim, há que se falar que os direitos dito sociais, para se concretizarem, além da iniciativa legislativa, deve considerar as condições financeiras que rodeiam as esferas públicas, sendo importante que as decisões dos órgãos estatais quanto a implementação de políticas públicas considerem a alocação de recursos de modo a não interferir na prestação futura. Conforme demonstrado por Sarlet (2006, p. 303) “Tais características dos direitos sociais prestacionais encontram-se, por outro lado, diretamente ligadas à sua relevância econômica e dependência de disponibilidade de recursos [...]”.

Diante disto, conclui-se que o direito de segunda dimensão é caracterizado pela necessidade de uma prestação positiva do Estado, de modo a possibilitar uma vida digna e igualitária a todos, tal qual ocorre com o direito à saúde, que para ter sua aplicabilidade resguardada, é imprescindível a criação de programas e políticas públicas.

#### **1.4 - O neoconstitucionalismo no Brasil.**

Após a grande guerra, o neoconstitucionalismo surgiu como um movimento político que buscou questionar os planos políticos, com o intuito de transformar a Constituição no fundamento do Estado e dos direitos humanos.

Até a Segunda Guerra Mundial, a lei era utilizada como fonte principal do direito, de modo com que as Constituições não possuíam força normativa e por isso não podiam ser invocadas perante o judiciário. “Transcendendo estes limites, a nova interpretação apresenta princípios e valores fundamentais ao entendimento não apenas da Constituição, como também de todo o ordenamento jurídico” (OLIVEIRA, 2009, p. 65).

Para Barroso (2005, p. 16) o neoconstitucionalismo no Brasil surgiu a partir de três marcos: o primeiro, chamado de marco histórico, que manifestou-se com a

elaboração da CRFB/88 e a sua redemocratização, assim como com o surgimento de diversos direitos. Com a referida Carta Magna os poderes Legislativo e Executivo foram limitados e o poder Judiciário começou a desempenhar um papel mais atuante.

No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988 (BARROSO, 2005, p. 18)

O segundo marco ficou conhecido como o filosófico, alicerçado por duas correntes, a do jusnaturalismo, em que aproximou a lei da razão, assim como o juspositivismo, que equiparou o direito sem menosprezar à lei. No entanto, ambas as correntes fracassaram, o que deu lugar ao pós positivismo. Neste sentido, é importante ressaltar:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas (BARROSO, 2005, p. 20).

E por fim, o marco teórico, que decorre do reconhecimento de três fatores, a seguir delineados:

O primeiro foi o reconhecimento da força normativa da Constituição teve como consequência a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica, reconhecendo a efetividade das normas abarcadas pela CRFB/88, assim como o caráter vinculativo e obrigatório, logo, a Carta Magna passou a denotar imperatividade, conforme lição trazida por Barroso (2005, p. 21).

O segundo foi a expansão da jurisdição permitiu que no Brasil fosse adotado novos mecanismos de controle, além do incidental, a exemplo da arguição de descumprimento de preceito fundamental e a ação declaratória de constitucionalidade realizado por um órgão judicial.

E por fim, o terceiro fator foi a nova interpretação constitucional, que decorreu da força normativa da CRFB/88, vez que a reconheceu como norma. Por fim, o modos existentes não mais eram suficientes, o que exigiu que fossem desenvolvidas outras

formas de interpretação, assim como assegurou a utilização da ponderação em casos de conflitos entre normas ou princípios.

Isto é, na interpretação tradicional, o que ocorre é a chamada subsunção, quando a norma traz a solução dos problemas jurídicos e ao juiz cabe identificar e aplicar, enquanto que com a nova ordem o papel da norma nem sempre é apresentar uma solução, somente ocorrendo com a análise de cada caso, e ao juiz, não só lhe cabe dizer o direito, mas também de completar a norma elaborada pelo legislador e decidir dentre as soluções (BARROSO, 2005, p. 26)

É certo que, o neoconstitucionalismo no Brasil – e a Constituição Federal de 1988, resultou em surgimento dos direitos fundamentais, reforçou o papel do poder judiciário, ampliou os instrumentos de controle de constitucionalidade, assim como regulamentou sobre diversos assuntos.

De acordo com Sarmiento (2009, p. 03), “[...] cresceu muito a importância política do Poder Judiciário. Com frequência cada vez maior, questões polêmicas e relevantes para a sociedade passaram a ser decididas por magistrados, e sobretudo por cortes constitucionais [...]”

Outrossim, o neoconstitucionalismo reconheceu a importância dos princípios constitucionais e a aplicação das técnicas de ponderação nos casos em concreto, além da simples subsunção do fato à norma, tendo em vista o surgimento do problema de colisão das normas constitucionais.

Conclui-se portanto, que o fenômeno do neoconstitucionalismo, a grosso modo, possibilitou a expansão das normas constitucionais para todas as searas do direito, assim como legitimou os princípios constitucionais e viabilizou o surgimento de métodos menos formais de raciocínio jurídico. Além do mais, reaproximou a direito da moral e propiciou a judicialização de outras garantias constitucionais, a exemplo dos direitos sociais (FERNANDES, 2017, p. 61).

## 2- POLÍTICAS PÚBLICAS.

### 2.1. Conceito, competência e fundamentos das políticas públicas.

É cediço que a necessidade de atuação positiva do Estado como forma de concretizar direitos deu espaço ao surgimento de políticas públicas, que está inteiramente ligado a uma intervenção estatal, como forma de promover a evolução das diversas searas, tais como econômicas, sociais e culturais.

Para Celina Souza (2006, p. 4), a política pública teve quatro fundadores: o primeiro foi Laswell (1936), que buscou conciliar o conhecimento científico/acadêmico com a produção empírica dos governos, o segundo foi Simon (1957), que trouxe a ideia de que a racionalidade dos decisores públicos é limitado por problemas, o terceiro é Lindblom (1959), que incorporou outras variáveis a formulação das políticas públicas e por fim, Easton (1965), que definiu as políticas públicas como sistema.

Pode-se entender que políticas públicas são um conjunto de ações ou programas criados com o intuito de concretizar direitos. De acordo com Santos (2010, apud Chacon e Skibick, 2017, p. 30), políticas públicas são “disposições, medidas e procedimentos que traduzem a orientação política do Estado e regulam as atividades governamentais relacionadas às tarefas de interesse público”.

Outrossim, há que se destacar a criação das políticas públicas deverão estar pautadas nos fundamentos da República Federativa do Brasil, ou seja, a sua execução deve ser guiada pelas normas constitucionais, de modo predeterminado. Conforme lição trazida por Ohlweiler:

[...] para as várias áreas de atuação do Poder Público há necessidade de fixação de uma rota de atuação estatal, seja expressa ou implícita, as chamadas políticas públicas. A Constituição Federal é a base da fixação das políticas públicas, porque ao estabelecer princípios e programas normativos já fornece o caminho da atuação estatal no desenvolvimento das atividades públicas, as estradas a percorrer, obrigando o legislador infraconstitucional e o agente público ao seguimento do caminho previamente traçado ou direcionado (*apud* Santin, 2004, p. 35).

Ada Pellegrini desfruta do mesmo pensamento de Oswaldo Cunha (2009, p. 17), quando evidencia que para se atingir os objetivos da Constituição se faz

importante a criação de metas ou programas ao Poder Público, como determinado pelas normas e leis, cabendo portanto ao Estado a sua consecução.

Sendo assim, ao Estado resta o papel de implementar as políticas públicas, com o intuito de promover a todos os cidadãos a efetivação de direitos previstos na Carta Maior e nas leis, no qual a Administração Pública tem o poder-dever de cumpri-las. Além do mais, quanto ao processo de construção, é importante ressaltar a vinculação entre o que deve ser cumprido pelo poder público e as leis que a criam.

É devido a dependência existente entre as políticas públicas e os comandos constitucionais e infraconstitucionais que não se pode falar em discricionariedade completa do poder público, vez que suas ações devem considerar a normas. No entanto, estas deixam a margem do agente público como se dará a sua criação, servindo assim, de norte. Neste sentido:

Logo, não há dúvida que tais textos constitucionais não esgotam as possibilidades de construção e implementação de políticas públicas, mas, a partir de uma compreensão de ponderação dos diversos elementos a serem considerados pelos agentes públicos, há a responsabilidade fenomenológica de opção pela construção de ações públicas voltadas para aprofundar tais planos constitucionais. Como já colocado, o texto constitucional, que somente acontece autenticamente no âmbito do horizonte de sentido do constitucionalismo, indica uma concepção de vida boa para os cidadãos, incumbindo o Poder Público, com a ampla participação popular, viabilizar este grande projeto (Ohlweiler, 2007, p. 289).

Para Júnior (2009, p. 116), os poderes legislativo e executivo, de acordo com a sua competência estabelecida na CRFB/88, têm o dever de promover mediante atos legislativos e administrativos a satisfação dos direitos fundamentais sociais, sendo portanto, função precípua do legislador e do executivo a promoção de políticas públicas.

Ao governo, compete gerir os recursos disponibilizados pelo Estado, com o intuito de promover o processo de planejamento, elaboração e implementação das políticas públicas. Ademais, a promoção destas políticas devem considerar e atingir os fins para os quais o Estado foi criado.

Nas esferas de governo, o Município passou a ter uma maior participação nos recursos fiscais dos governos locais, cabendo a este a criação de políticas públicas de

meio ambiente, cultura e turismo. Quanto ao Estado, este tem a responsabilidade de atuar como centralizador de políticas regionais.

Já a União, é considerado um “centro estratégico que responde às questões internacionais, com a preocupação com as atividades nucleares, as políticas ambientais globais, os programas de desenvolvimento nacional etc.” (DIAS e MATOS, 2012, p. 30), cabendo portanto a criação da chamada alta política.

Além do mais, é importante registrar que o Estado ao elaborar as políticas públicas, deve analisar e planejar, assim como adotar estratégias e objetivos a serem alcançados, considerando os anseios da população e a participação da sociedade civil. Desta feita, políticas públicas podem ser consideradas ações, metas e planos de um governo criadas com o fito de promover direitos à sociedade que estão codificados em leis e normas, de modo a garantir uma vida digna, justa e igualitária.

## **2.2- A criação de políticas públicas como forma de efetivação do direito à saúde.**

Conforme já esposado anteriormente, os direitos sociais compõe o quadro de direitos de segunda geração, ou seja, de natureza positiva, em virtude da necessidade de atuação do Estado, de modo a buscar meios para a sua concretização e que portanto necessitam de atuação legislativa para que sejam efetivados, pensamento corroborado pelo doutrinador Miranda (ano, p. 105):

[...] os direitos sociais prestacionais, por sua vez, necessitariam de concretização legislativa, dependendo, além disso, das circunstâncias de natureza socioeconômica, razão pela qual tendem a ser positivados de forma vaga e aberta, deixando ao legislador a indispensável liberdade de conformação na sua tarefa concretizadora (*apud* Sarlet, 2006, p. 303)

É sabido que o processo de elaboração das políticas públicas devem considerar não só as anseios da população, assim como deve traçar objetivos e limites, tendo como apoio a participação da sociedade civil. Mas o fato é que, quando se identifica o problema e projeta as metas a serem conquistadas, inicia-se o processo para elaboração das políticas públicas.

Para Frey (2000 *apud* DIAS e MATOS, 2012), a elaboração das políticas públicas tem cinco fases, quais sejam: a percepção e definição de problemas; agenda;

elaboração de programas e decisão; implementação de políticas e avaliação de políticas e correção de ação.

A implementação destas políticas corresponde a fase em que se concretiza os direitos, neste sentido é oportuno ressaltar que:

Esta fase corresponde à execução de atividade que permite que ações sejam implementadas com vistas à obtenção de metas definidas no processo de formulação das políticas públicas. [...] na fase de formulação são definidas não só as metas, mas também os recursos e o horizonte temporal da atividade de planejamento. (Silva e Melo, 2000 *apud* Dias e Matos, 2012, p. 80).

No que se refere à saúde, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 196 e seguintes, estabelece que cabe ao Estado garantir o direito à saúde mediante políticas sociais, determinando ao poder público a sua regulamentação, fiscalização e controle, assim como fixou que as ações e serviços constituiriam um sistema único.

Em que pese a CRFB/88 sirva de norte para a criação de políticas públicas de saúde, a lei é quem vai determinar a amplitude desta atuação. Assim como ocorre com a Lei nº 8.080/1990, que trata da promoção, proteção e recuperação da saúde, que em seu artigo 15, estabelece que cabe a União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal o exercício no âmbito administrativo as atribuições concernentes ao direito à saúde e ao Sistema Único de Saúde (SUS).

Além do mais, a referida lei estabelece como se dará a intervenção estatal e a execução da política pública do SUS, conforme art. 6º. Assim como instituiu em seu art. 9º como o sistema seria exercido em cada esfera de governo: “I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde; II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente”.

Ou seja, o Estado tem a obrigação de atuar na formulação de políticas públicas de saúde, promovendo discussões acerca de meios de prevenção de doenças, utilizando dos instrumentos necessários para sua efetivação, promovendo serviços de qualidade e diminuindo as desigualdades, sendo estes a primeira via de materialização dos direitos de segunda geração.

Desta feita, pode-se dizer que tendo em vista a imposição estipulada ao Estado para que se crie um conjunto de ações que visem a concretização do direito à saúde, esta possui a condição de norma de cunho programático, vez que se caracterizam por estar obrigado a concretizar programas, tarefas, fins e ordens.<sup>1</sup>

Ora, a criação de políticas públicas aliada ao surgimento de leis contribui para que se atinja de modo mais efetivo a concessão da garantia à saúde, que tem por objetivo diminuir as desigualdades sociais e promover a toda sociedade uma vida digna e justa.

No entanto, na realidade percebe-se que o Estado não está atuando de forma efetiva para a consecução deste direito, o que tem gerado o surgimento da chamada judicialização, que nada mais é do que a resolução de questões relevantes pelo poder judiciário em virtude da inefetividade e omissão do poder público.

---

<sup>1</sup> Cumprase asseverar que o doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet utiliza a expressão “norma de cunho programático” por ser genérica, vez que independentemente de terminologia, estas reclamam uma concretização legislativa, sem considerar especificidades. Além do mais, ele se manifesta no sentido de que ao utilizar a referida expressão, está convicto que as normas possuem eficácia e não podem ser consideradas meras proclamações de cunho ideológico e político (2006, p. 307).

### **3 – A limitação dos poderes no Estado Democrático de Direito.**

#### **3.1- O princípio da separação dos poderes.**

As primeiras ideias sobre o Princípio da Separação dos Poderes veio a surgir na Grécia Antiga com Aristóteles, quando este buscou subdividir as funções estatais, de modo a limitar um poder mediante outro e conseqüentemente promover a autonomia e independência entre estes.

Assim, o ideal incorporado ao referido princípio é que os poderes devem cumprir as suas funções típicas, ou seja, a principal, bem como deve impossibilitar que os poderes atuem em excessos, em havendo, emergiria um poder ilegítimo. Para Canotilho (*apud* GONÇALVES, 2017), o princípio da separação dos poderes tem duas dimensões, uma positiva, que trata da ordenação e organização dos poderes e a negativa, em que fixa os limites e controles.

No Brasil, a CRFB/88 dispôs que os poderes seriam independentes e harmônicos entre si. No entanto, para doutrinadores como Júnior (2005), não existe a separação dos poderes, como dito comumente, mas sim uma separação de funções, uma vez que todos estes 'poderes' estão abaixo da Constituição.

O aludido princípio, concebido pela Carta Magna foi criado com o fito de limitar os poderes existentes, traçando para cada um deles as suas funções a fim de evitar que um se sobreponha a outro. Porém, muito embora exista divisão de funções a serem exercidas, ele é harmônico, ou seja, devem atuar em conjunto.

No que se refere as funções exercidas pelos poderes, as típicas, conforme já explicado, são aquelas primárias e principais. Quanto ao poder legiferante, a sua função típica é a de legislar, consoante artigos 59 e seguintes da Carta Magna. Em contrapartida as funções atípicas, são as administrativas, a de julgamento do presidente da República em crimes de responsabilidade, a de elaboração de regimento interno e algumas outras.

É importante salientar que as funções típicas são as funções tradicionais e primárias, ou seja, aquelas em que exercem de forma padrão, desde o advento da teorização sobre a separação dos

poderes. No caso do Poder Legislativo, são típicas a função de legislar e a função de fiscalizar (GONÇALVES, 2017, p. 949).

Quanto ao Poder Executivo, este tem a função típica de administrar, mediante “execução de políticas públicas, fomento, gerenciamento e desenvolvimento da máquina administrativa”, conforme esposado pelo doutrinador Gonçalves (2017, p. 1103). Porém, é considerado atípico quando o referido poder edita leis delegadas e julga questões administrativas.

Já ao Judiciário, a função principal é de dizer o direito, ou seja, a de prestação jurisdicional, com o intuito de solucionar litígios. Enquanto configura função atípica a de administrar, quando por exemplo, propõe a criação de novas varas judiciais ou concede férias, assim como a de legislar, prevista no artigo 96, I, “a” da CRFB/88:

Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

- a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

Em que pese a existência do princípio da separação de poderes, há de se destacar que as políticas públicas surgiram com o intuito de efetivar os direitos fundamentais, porém, o doutrinador Júnior (2005, p. 38) entende inclusive, que o princípio em comento não deve ser utilizado com entrave à consecução destes direitos.

No entanto, não obstante a existência dos três poderes e as suas funções é certo que o legislativo e o executivo muitas vezes não cumprem com suas obrigações. Deste modo, questiona-se: na ausência de efetividade de um poder na implementação de políticas públicas, pode o outro intervir? Até que ponto esta interferência afronta o princípio da separação dos poderes?

Para Krell, é cada vez mais necessário que o aludido princípio seja revisado em relação ao controle de gastos públicos e prestação dos serviços sociais visto que os poderes executivo e legislativo se mostram incapazes de garantir a efetivação dos preceitos constitucionais (apud JÚNIOR, 2005).

Não obstante, para Appio (2006, p. 150), a intervenção do poder judiciário não deve ser considerada uma invasão legislativa ou administrativa nos casos em que não exista reserva absoluta da lei, se mostrando então compatível ao exercício da democracia. Porém, quando se trata de uma demanda individual que busca a implementação de uma política social, o juiz não poderá atender em um caso concreto, sob pena de estar interferindo numa atividade administrativa vinculada (APPIO. 2006, p. 173).

No entanto, para Pereira (2013, p. 386), “quando uma decisão judicial determina ao ente público (União, Estado-membro, Distrito Federal ou Município) a aquisição de medicamento ou o pagamento de tratamento médico de alto custo para um indivíduo (autor da ação judicial), o cumprimento deste mandado judicial poderá desestabilizar a gestão do orçamento”.

Assim como ilustrado por Pereira (2015, p. 305) “mesmo diante de uma eventual omissão do Poder Executivo em implementar políticas públicas, não fica o Judiciário autorizado a extrapolar a sua função típica e adentrar na função típica de outro Poder”.

Como demonstrado, a atuação do Judiciário na implementação das políticas públicas, analisado sob a perspectiva do Princípio da Separação dos Poderes gera controvérsias. O fato é que o referido princípio limita a atuação do Poder Judiciário no que se refere ao controle das políticas públicas, face a omissão dos outros poderes, vez que sua intervenção, está ligada a existência de provocação e a sua função típica, além de estabelecer que a interferência do aludido poder deve ocorrer se observado o desrespeito a CRFB/88.

### **3.2- A Teoria da Reserva do Possível e o Mínimo Existencial.**

A teoria da reserva do possível é utilizada como um meio para limitar a atuação do poder público, sob a alegação de inexistência de recursos diante das necessidades da sociedade a serem supridas, cabendo ao poder executivo controlar e fiscalizar os gastos aprovados em lei pelo legislativo. É importante analisar que:

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. [...] para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. (BARCELLOS *apud* JÚNIOR, 2005, p. 73)

É bem verdade que, quando se trata de implementação de políticas públicas e efetivação de direitos, os entes federativos se utilizam do argumento de impossibilidade de concretização em virtude da falta de orçamento, porém, tal alegação genérica não prospera ante as decisões judiciais.

A exemplo, tem julgamento do Recurso Especial 1676185/SC, no qual o Ministro Relator Herman Beijamin entendeu em um caso de fornecimento de remédio que o orçamento e a reserva do possível, quando alegados genericamente, não importam em vedação à intervenção do Judiciário em matéria de efetivação de direitos fundamentais.

Portanto, a mera alegação de insuficiência de recurso, consubstanciado na teoria da reserva do possível, não pode ser aceita, devendo o poder público demonstrar mediante provas cabais a inexistência de verbas, assim como os motivos que o ocasionaram esta falta. Para Júnior (2005, p. 78) em casos de confronto entre a materialização dos direitos e a regra do orçamento público, deve-se prevalecer o direito fundamental.

Porém, o poder judiciário mediante decisão judicial, ordena que um direito seja efetivado, existe a possibilidade de causar impacto no orçamento, sendo dever do legislativo e executivo reajustá-lo. Em que pese a impossibilidade de utilizar a referida teoria para não concretizar direitos, é importante que o veredito não seja desarrazoado, sob pena de comprometer a lei orçamentária, ainda que esta não seja vinculante.

Outro ponto discutível sobre a reserva do possível é quanto a sua alegação para não se concretizar um direito fundamental, neste sentido, questiona-se se existe a dotação orçamentária para outros direitos, sendo assim, entende-se que os recursos

sejam alocados para direitos fundamentais em detrimento de outros direitos. Neste sentido:

Será que é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos com propaganda do governo? Antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder (JÚNIOR, 2005, p. 74).

É cediço então, que a reserva do possível está ligada a Lei Orçamentária Anual (LOA), em que trata de todas as receitas, os créditos, as expectativas de arrecadações e também dos gastos anuais. A referida lei permite inclusive a abertura de crédito suplementar para despesas extraordinárias, sem a necessidade de alteração ou autorização do congresso. Vide artigo 4º, II da Lei 13.587/2018:

Art. 4º Fica autorizada a abertura de créditos suplementares para o aumento de dotações fixadas por esta Lei, desde que compatíveis com a obtenção da meta de resultado primário estabelecida na Lei no 13.473, de 8 de agosto de 2017, Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2018, e os limites de despesas primárias de que tratam os arts. 107, 110 e 111 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e que sejam observados o disposto no parágrafo único do art. 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal e as seguintes condições:

[...] II - para suplementação de despesas classificadas com “RP 1”, devendo a necessidade, quando houver acréscimo de despesas, ser previamente demonstrada no relatório de avaliação de receitas e despesas primárias, elaborado em cumprimento ao art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal e à Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2018, na forma do Quadro 9 - Demonstrativo dos Resultados Primário e Nominal do Governo Central, integrante desta Lei [...]

Quanto a ideia do mínimo existencial, este se manifesta no sentido de prestar uma vida digna a um indivíduo, mediante um conjunto de ações, tanto na esfera física, como na intelectual. Neste sentido, Barcellos (apud MARTINS, 2009) dispõe do seguinte pensamento:

O mínimo existencial corresponderia ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna, considerada não apenas como experiência física – sobrevivência e manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais de um Estado Democrático de Direito. Assim sendo, a violação desse mínimo acarretaria desrespeito à própria dignidade da pessoa humana.

Todo o ideal presente no mínimo existencial está ligado aos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, assim como o da Igualdade. Neste sentido, Torres esclarece que (1989, p. 29) “o mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão”.

O mínimo existencial tem dois aspectos, o positivo, no qual deve haver a atuação positiva do Estado e o negativo, em que deve haver a abstenção. Mas além disso, requer um processo democrático em que deve ser respeitado a separação e interdependência dos poderes.

Ou seja, o mínimo existencial é um núcleo de direitos que devem ser prestados, visando garantir a sobrevivência do indivíduo, consubstanciado no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Ainda para Lobo (*apud* Matsuda, Pereira e Souza, 2011) o referido não pode ser entendido como princípio por não ser objeto de ponderação, reconhecido como direitos definitivos.

Devido a característica de permanência, este se constitui direito essencial, sendo portanto, irredutível, não podendo sofrer ponderação. No entanto, nem todo direito pode constituir o mínimo existencial. Sendo assim, um direito que faz parte deste, não pode ser restringido, pois acontecendo, impossibilitaria a existência de uma vida digna.

Sendo assim, diante de todo o exposto, entende-se que a alegação da Teoria da Reserva do Possível não pode servir de instrumento para o poder público se eximir das responsabilidades de prover o mínimo para a sociedade, sob pena de incorrer em desrespeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

## **4 – O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE.**

### **4.1- A judicialização como instrumento de controle de políticas públicas de saúde.**

Com a transição do governo autoritário para o Estado Democrático de Direito o ideal democrático propiciou uma maior participação na criação e execução de políticas públicas, cabendo ao Poder Judiciário proteger os direitos fundamentais ante as omissões do poder público.

Os direitos sociais de segunda geração, a exemplo da saúde, são garantias que necessitam de uma atuação em conjunto do poder legislativo e executivo para a efetivação. Ocorre que, um dos meios para a consecução destes direitos é mediante criação de políticas públicas, ou seja, ações ou programas que promovam uma existência digna e isonômica.

A CRFB/88 deixa a cargo do poder público a regulamentação, o controle e a fiscalização das ações e serviços de saúde, devendo considerar os princípios normativos constitucionais, além da necessidade da sociedade para melhor efetivar o direito à saúde. No entanto, a problemática acerca da efetivação dos direitos fundamentais e sociais se torna relevante diante da omissão dos poderes executivos e legislativos.

Diante disto, é que surge a chamada judicialização, quando “algumas questões de larga repercussão política e social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo” (BARROSO, 2009, p. 332). É portanto, neste momento, que o Judiciário tem como função interpretar as leis e resguardar direitos.

Antes de adentrar o mérito da questão, é importante ressaltar que o fenômeno da judicialização teve três fatores: o primeiro foi a redemocratização ocasionado pela promulgação da CRFB/88, que conseqüentemente aumentou a quantidade de demandas judiciais. O segundo foi o sistema de controle de constitucionalidade

adotado pelo Brasil, no qual permite que o tribunal ou o juiz deixe de aplicar uma lei por entender ser inconstitucional.

Por último, a chamada Constituição abrangente, uma vez que a Carta Magna de 1988 aborda em seu texto diversos assuntos, como saúde, educação, trabalho e tantos outros. Neste sentido:

Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada como ação judicial.

À vista disso, percebe-se que o Poder Judiciário se torna um tomador de decisões em questões relevantes, no qual as “[...] cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade” (BARROSO, 2009, p. 331).

Assim, o que acontece é uma transferência de poder para definir questões políticas que seriam de competência do poder executivo e legislativo, ou seja, o que ocorre é que o judiciário será o responsável por decidir as questões políticas ou sociais de grande repercussão, diante da necessidade de se efetivar direitos.

Sendo assim, o fenômeno da judicialização decorre da ausência de insumos e serviços que deveriam ser oferecidos pelo poder público. E com o direito à saúde não é diferente, tendo em vista a quantidade de demandas judiciais existentes com o intuito de requerer medicamentos não disponibilizados ou de questionar a inexistência de políticas públicas.

Os trabalhos empíricos apontam que a demanda judicial brasileira mais recorrente no âmbito da saúde é constituída por pedidos – individuais e coletivos – de medicamentos. Os pedidos judiciais se respaldam numa prescrição médica e na suposta urgência de obter aquele insumo, ou de realizar um exame diagnóstico ou procedimento, considerados capazes de solucionar determinada “necessidade” ou “problema de saúde” (VENTURA, SIMAS, PEPE e SCHRAM, 2010, p. 85).

A exemplo, o Conselho Nacional de Justiça realizou a 14ª edição do relatório justiça em números. O referido teve como base as demandas sobre a judicialização

da saúde ajuizadas até 31 de dezembro de 2017 tramitados no primeiro segundo grau, nos juizados e no Superior Tribunal de Justiça, nas turmas recursais e nas turmas regionais de uniformização, em que apresenta um total de 1.778.269 ações judiciais.

Ora, é cediço que o direito à saúde para se concretizar carece de implementação de políticas públicas, conforme já explicado, no entanto, é a sua ausência que dá espaço a atuação do judiciário como forma de promover a consecução dos direitos.

Para Barroso, a atuação do poder judiciário se torna excessiva e portanto encontra barreiras na própria CRFB/88, no artigo 196, quando o legislador estabeleceu que o direito à saúde se dará por meio de políticas públicas sociais e econômicas e não por decisão judicial (2007).

O doutrinador Appio (2006) entende que quando o judiciário controla a execução de uma política pública, este não só anula um ato administrativo, como altera o conteúdo, no qual deixou de ter característica invalidatória e passou a cumprir uma função substitutiva, qual seja a administrativa. Neste sentido, ele aponta seis situações que tornam a atuação do Poder Judiciário, na sua visão, inconstitucional:

A substituição do legislador/administrador público pela figura do juiz não se mostraria politicamente legítima na medida em que (1) o administrador público (executivo) e o legislador foram eleitos, através de sufrágio universal [...]. Ademais, (2) o Judiciário não possui aparato técnico para a identificação das reais prioridades sociais, tendo de contar, nestes casos, com as informações prestadas pela própria Administração Pública. Também (3) o fato de que a atividade-fim do Poder Judiciário é a revisão dos atos praticados pelos demais Poderes e não sua substituição [...]. Ainda (4) com a indevida substituição a tendência natural seria a de um grande desgaste do judiciário, enquanto poder político, na medida em que teria de suportar as críticas decorrentes da adoção de medidas equivocadas e (5) o mais importante, imunes a uma revisão por parte dos demais poderes[...]. Finalmente, (6) a invasão da atividade de governo representaria uma autorização para um maior controle político do próprio poder Judiciário [...] (APPIO, 2006, p. 151).

Em outras palavras, a judicialização da saúde para ser considerada prejudicial, deve se abster de ponderar as circunstâncias que devem ser observadas para decidir de acordo com os ditames constitucionais. Além de estar adstrita ao nível e a intensidade com que é utilizada. Conforme lição abaixo:

Todavia, é possível afirmar que existem casos de judicialização nos quais a resposta oferecida pelo Judiciário é adequada à Constituição, concretizadora de direitos fundamentais e/ou procedimentos guardadores da regra democrática e que, portanto, não pode ser epitetada de ativista” (STRECK, 2016, p. 724).

Assim, pode-se concluir que a judicialização é um tema que apresenta bastante controvérsias, no entanto, ao analisar os fundamentos de quem é a favor e contra, é possível perceber que o referido fenômeno não é de início algo que compromete a ordem constitucional. No entanto, a judicialização se trata de uma exceção, tendo em vista que é função do legislativo e do executivo implementar as políticas públicas de saúde e somente com sua omissão, é que cabe ao poder judiciário a sua consecução.

Outrossim, é importante que ressaltar que o Judiciário ao exercer a função dos outros poderes com o intuito de promover o direito à saúde deve respeitar as limitações existentes na Carta Política sob pena de ter uma atuação ilegítima e inconstitucional.

#### **4.2- O fenômeno do ativismo judicial.**

No que se refere ao ativismo judicial, que muito embora seja confundido com o instituto da judicialização, é caracterizado pela resolução de conflitos de repercussão política e social através do poder judiciário, ao passo em que o ativismo é “um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (BARROSO, 2009, p. 335).

Neste sentido, o ativismo judicial se manifesta quando a Constituição é aplicada diretamente a questões não previstas nas normas constitucionais ou com a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos, com base em critérios menos rígidos, assim como quando impõe ao poder público que se abstenha ou pratique alguma conduta em matérias relacionadas as políticas públicas, conforme demonstrado por Barroso (2009).

Ora, a judicialização surge com a necessidade da sociedade em ter os seus direitos concretizados, de modo com que o judiciário não pode se manter inerte face as demandas judiciais, ao passo em que o ativismo judicial depende do desejo ou da

vontade do órgão julgante. Desta forma, o ativismo é praticado quando um juiz ou tribunal decide através de convicções pessoais e não baseado em argumentos políticos ou morais (STRECK, 2011).

No que se refere ao direito à saúde, é possível verificar a existência de diversas demandas judiciais, seja com o intuito de obter um tratamento, uma cirurgia, um medicamento e entre outras necessidades ligadas à saúde. Diante disso, é necessário que o judiciário atue de modo amplo e intenso.

No entanto, é importante esclarecer que quando o magistrado ou tribunal adotam uma postura ativista e decidem sobre matéria como o direito à saúde, sem analisar as questões que o rodeiam, tais como a sua função típica, os recursos existentes e temas específicos, e decide por convicções próprias, não só coloca em risco as contas públicas, mas sobretudo o Princípio da Separação dos Poderes.

Ou seja, o ativismo judicial se manifesta inclusive quando um juiz elabora uma norma e conseqüentemente cria um direito não contemplado na lei. O doutrinador Streck (2016, p. 297) entende que o fenômeno do ativismo “é maléfico para a democracia, vez que decorre de comportamentos e visões pessoais de juizes e tribunais [...]”.

Assim, pode inferir-se que o ativismo está coadunado à resposta oferecida pelo poder julgante, que em decidindo mediante resposta ativista, está atingindo a democracia. Destarte, é importante trazer à baila o exemplo em que demonstra a presença do ativismo numa decisão judicial:

[...] foi ativista de concessão da pílula contra o câncer, que provocou uma corrida ao judiciário. No mais, decisões *contra legem* são práticas ativistas, porque, nesse caso, o juiz se assenhora da lei e coloca os seus juízos pessoais no lugar dos do constituinte e/ou do legislador ordinário. Também é ativista decisão que confunde explicitamente os conceitos de texto e norma (leia aqui), remetendo o direito aos cânones formalistas (STRECK, 2016).

Noutro giro, há quem discorde deste posicionamento, a exemplo de Hard (2001), vez que em sua percepção não é possível antever os possíveis conflitos que venham a existir e por isso o juiz terá que utilizar das suas concepções pessoais para decidir um caso em concreto.

Existe ainda, quem concebe a ideia de que o fenômeno do ativismo judicial não é aplicado quando se trata de criação e implementação de políticas públicas de saúde. A exemplo, Pinheiro Neto (2012) que salienta que não existe a postura ativista em decisões que tratam de políticas de saúde, vez que o poder legiferante elaborou normas para instituí-las, como a Lei nº 8.080/90, assim como o executivo ao produzir políticas públicas no âmbito do Ministério da Saúde.

Assim, infere-se que na sua visão, a partir do momento que os poderes legislativos e executivos já implementaram políticas públicas e o poder judiciário impõe que se cumpra algo, como oferecer medicamentos ou tratamentos, este não está extrapolando os limites, porquanto estabelece o que é previsto em lei.

#### **4.3- A análise de julgados em sede de recurso.**

Diante de tudo que foi exposto, se faz importante analisar recursos de demandas judiciais, como forma de estudar o modo como o Judiciário está atuando ante as causas relacionadas ao controle das políticas públicas de saúde. O primeiro é uma Apelação de nº 0002957-35.2016.8.15.1110 do Tribunal de Justiça de Pernambuco:

APELAÇÃO. DIREITO CONSTITUCIONAL. MEDICAMENTO. FORNECIMENTO PELO ESTADO MEMBRO. DIREITO À SAÚDE. EXTENSÃO. APELO IMPROVIDO. 1. No Estado Constitucional, onde o Judiciário é, ao lado dos outros Poderes, uma instância política, não se pode desqualificar, ou qualificar como ativismo judicial, pronunciamento do juiz que, acudindo pretensão manifestada por cidadão, assegura direito à saúde, a partir de interpretação da Constituição Federal, ainda que em confronto com a política pública definida pelo Executivo. Cuida-se de pronunciamento estritamente jurisdicional. 2. É dever do Estado-membro fornecer o medicamento EXELON PATCH RIVATIGMINA NA FORMA DE ADESIVO TRANSFÉRMICO, para o tratamento de Alzheimer que acomete a substituída processual, na forma prescrita pelo médico, como decorrência direta da obrigação do Poder Público, em qualquer de suas esferas de competência - federal, estadual e municipal -, de garantir o direito à saúde, nos exatos termos do artigo 196 da Constituição Federal e do artigo 2º da Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90) [...] (TJ-PE, 2018)

No referido caso, trata-se de uma ação com o intuito de obter medicamento para tratamento de Alzheimer, no qual o 2º turma da Câmara Regional de Caruaru do TJ-PE entendeu que o Judiciário atuando como instância política, não há que se falar em ativismo judicial, vez que a decisão do juiz em oferecer medicamento se baseou em interpretação da CRFB/88, mesmo que tenha confrontado as políticas públicas estabelecidas pelo Executivo.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ) adotou a posição de que o Judiciário não é competente para implementar políticas públicas de saúde, porém, em havendo inércia dos poderes Legislativo e Executivo, é seu dever cumpri-la, de modo a salvaguardar o direito à saúde previsto na Carta Magna. Além do mais, entendeu que tal posição não se pode atribuir o fenômeno do ativismo judicial, mas sim reconhecer o protagonismo do Judiciário, por cumprir o que foi compelido a fazer.

DJANIRA MARIA NOGUEIRA DE SA ajuizou ação de obrigação de fazer contra o MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO e ESTADO DO RIO DE JANEIRO, objetivando o fornecimento gratuito de medicamentos. A sentença julgou procedente o pedido. [...]Salia que a imposição violaria os princípios da igualdade e separação dos poderes (fls. 102/116). Sem contrarrazões. Parecer da Procuradoria de Justiça pelo desprovimento do recurso (fls. 152/155). É o relatório. A saúde é direito fundamental garantido constitucionalmente e todos os entes da federação têm responsabilidade solidária pela sua implementação. Esse é o teor do enunciado da Súmula nº 65 deste Tribunal: çDeriva-se dos mandamentos dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 8080/90, a responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios, garantindo o fundamental direito à saúde e conseqüente antecipação da respectiva tutela.ç Segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, o caráter programático dos direitos fundamentais consagradas na Constituição, dentre eles o direito à saúde, çnão pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei do Estadoç. (RTJ 175/1212/1213, Rel. Min. Celso de Mello). É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário, a atribuição de formular e implementar políticas públicas. Nesse domínio o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. No entanto, quando os órgãos estatais competentes descumprem seus encargos político-jurídicos, ao ponto de comprometer a eficácia e a integridade dos direitos individuais de índole constitucional, o Poder Judiciário não pode deixar de intervir. E nem se diga que isto representa

ativismo judicial, na acepção negativa dessa expressão. Na verdade, o caso é de protagonismo do Judiciário, compelido a intervir por provocação do interessado [...] A obrigação do ente federativo, portanto, consiste na prestação efetiva da saúde, sendo indiferente se os insumos requeridos estão, ou não, incluídos em seu programa de medicamentos (Súmula nº 180 TJRJ) [...] (TJ-RJ, 2015).

Em uma Ação de obrigação de fazer o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul considerou que o fornecimento de tratamento via decisão judicial não feria o Princípio da Separação dos Poderes, tampouco da Isonomia, porquanto é assegurado o cumprimento de norma constitucional que foi violado pela omissão dos entes responsáveis. De igual modo, entendeu que a aludida decisão também não confrontaria o Princípio da reserva do possível em virtude da não comprovação de insuficiência de recursos. Conforme demonstrado abaixo:

**Ementa:** competentes descumprem seus encargos político-jurídicos, ao ponto de comprometer a eficácia e a integridade dos direitos individuais de índole constitucional, o Poder Judiciário não pode deixar de intervir. E nem se diga que isto representa ativismo judicial, na acepção negativa dessa expressão. Na verdade, o caso é de protagonismo do Judiciário, compelido a intervir por provocação do interessado. Veja-se, sobre o tema, a posição de Oswaldo Canela Junior: “Por política estatal, - ou políticas públicas -, entendem-se o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado” (O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência. Revista da USP n. 21, p. 14). A obrigação do ente federativo, portanto, consiste na prestação efetiva da saúde, sendo indiferente se os insumos requeridos estão, ou não, incluídos em seu programa de medicamentos (Súmula nº 180 TJRJ) [...] **Encontrado em:** DJANIRA MARIA NOGUEIRA DE SA APELAÇÃO APL 03489876920128190001 RJ 0348987-69.2012.8.19.0001 (TJ-RJ, 2015).

Diante da enxurrada de ações judiciais que tinham o fito de obter tratamentos e/ou medicamentos para preservação da saúde, percebeu-se a necessidade de discutir as controvérsias existentes neste tipo de litígio. Assim, restou ao Supremo Tribunal Federal posicionar-se, como aconteceu no Recurso Extraordinário 566 471/RN, no qual o Ministro Marco Aurélio afirmou o entendimento de que cabe ao Estado cumprir com suas funções, não subsistindo a alegação de problemas orçamentários.

Destacou que o direito a saúde compunha os direitos de segunda geração e portanto precisavam de uma atuação positiva do Estado, no qual nele estaria englobado o direito a ter acesso a medicamentos e tratamento e conseqüentemente estaria incluído no mínimo existencial, que tem como objetivo promover uma vida digna.

Além do mais, exibiu o entendimento apontado por Torres (2009), de que os direitos sociais devem ser obtidos na via do exercício da cidadania, entretanto, em verificada a ameaça a estes direitos, de modo a violar a dignidade da pessoa humana, se torna justificável a judicialização do direito. Muito embora exista este entendimento, o Ministro Relator Marco Aurélio ressaltou que não defendia a ampla intervenção do Judiciário nas políticas públicas de saúde, em virtude da sua existência, mas tão somente em casos concretos não alcançados por estas.

SAÚDE - ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO - FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controvérsia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. (RE 566471 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 15/11/2007, DJe-157 DIVULG 06-12-2007 PUBLIC 07-12-2007 DJ 07-12-2007 PP-00016 EMENT VOL-02302-08 PP-01685 ) (STF, 2007)

Diante de tudo que foi esposado, a decisão monocrática do referido Ministro foi de negar o recurso do Estado do Rio Grande do Norte, porém, tal celeuma não teve um final, tendo em vista que está concluso para o relator desde o dia 15 (quinze) de outubro de 2018, sem novas movimentações processuais. Inclusive, vale ressaltar que tal recurso suspendeu os processos que discutem a mesma matéria em todas as instâncias.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após uma análise do presente trabalho monográfico, foi possível observar que o surgimento de diversos direitos se deu em virtude do advento de documentos de direitos humanos, posto que passou a reconhecer o indivíduo como sujeitos de direito, a exemplo, a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

A seguir, constatou-se que a CRFB/88 sofreu grande influência dos referidos documentos, vez que em seu bojo instituiu direitos para a sociedade, como o direito à saúde, que foi reconhecido como uma garantia importante, por estar ligada ao direito à vida. Importante destacar que, tal direito pertence ao quadro de direitos de segunda dimensão, pois requer uma atuação positiva do Estado.

Isto é, verificou-se que o direito à saúde para ser disponibilizado a sociedade de modo igualitário e digno deve ser objeto de políticas públicas, que são consideradas como um conjunto de ações ou programas criados com a finalidade de concretizar direitos pautados nos objetivos da Carta Magna, ou seja, ao poder público compete promover ações desde que observadas as normas constitucionais.

Pôde-se constatar que, cabe aos poderes Executivo e Legislativo a promoção das políticas públicas com o intuito de efetivar o direito à saúde. Porém, o poder público por vezes se omite e daí, surge a preocupação com a concretização do aludido direito. Portanto, o presente trabalho monográfico buscou demonstrar que a omissão dos poderes ocasiona uma infinidade de ações judiciais.

A partir da pesquisa realizada, percebeu-se que a problemática origina a chamada Judicialização, posto que leva ao Poder Judiciário questões de grande relevância, a exemplo da saúde, para serem decididas. Neste sentido, o Judiciário entende que as diversas decisões judiciais que formulam e implementam as políticas públicas não se trata de função precípua de acordo com o Princípio da Separação dos Poderes, porém, em havendo descumprimento das normas constitucionais a ponto de comprometer a eficácia dos direitos, deve este intervir, pois é de sua responsabilidade salvaguardar as garantias previstas pela CRFB/88.

Outrossim, é importante destacar que não há que se falar em postura ativista do Judiciário no controle das políticas públicas de saúde, porquanto já existem normas instituídas pelo poder público, restando ao poder supracitado a interferência quando provocado, de modo a forçar o cumprimento da obrigação pelo Executivo e Legislativo, conforme previsto pelas normas.

Inclusive, a alegação do poder público de que não é possível promover o direito a saúde em virtude da Teoria da Reserva do Possível não prospera, visto que a sua alegação genérica não se mostra suficiente para afastar a obrigação de fomentar o direito a saúde. Além do mais, este direito, por ser importante e por estar ligado ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana constitui o chamado Mínimo Existencial, portanto, imprescindível para a promoção de uma vida digna, não podendo ser mitigado.

Infere-se, então, que as consequências da atuação do Judiciário no controle de políticas públicas estão ligadas a forma e ao alcance da sua atuação, vez que quando o referido poder é instado a atuar com fundamento basilar nas normas constitucionais, pode-se obter, como consequência, a implementação legítimas de políticas públicas de saúde. No entanto, quando tal atuação ocorre sem a desejada análise e ponderação dos seus limites, pode-se comprometer a legalidade da sua execução.

## REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas**. 1ª ed. (ano 2005), 2ª tiragem, Curitiba, Editora Juruá, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Curso de capacitação do CNJ**, 2008. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view.php?id=47743>

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 25 Agosto. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2009.

BRASIL, Organização das Nações Unidas no. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/img/2014/09/DUDH.pdf> <acesso em 19 de set. de 2018

CANUT, L.; CADEMARTORI, S. Neoconstitucionalismo e direito à saúde: algumas cautelas para a análise da exigibilidade judicial. **Revista de Direito Sanitário**, v. 12, n. 1, p. 9-40, 1 jun. 2011.

CHACON, I.; SKIBICK, M; FREITAS, I. M. **Gestão e políticas públicas no Brasil Contemporâneo**. Ceará, Edições UVA, 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10ª ed., Editora Saraiva, 2015.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernando. **Políticas Públicas: Princípios, propósitos e processos**. São Paulo, Atlas: 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed., Editora Juspovim, p. 61, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Judiciário. **Revista do Curso de Direito**, v.7, n.7,p. 1-29, 2010. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/1964/1969>

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 3.ed. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 335.

JUNIOR, Américo Bedê Freire. **O controle Judicial de políticas públicas**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2005.

JUNIOR, Osvaldo Canela. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. 2009. Tese (Doutorado em Direito processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

Justiça em Números 2018: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>. Acesso: 10.nov.2018.

MARTINS, Flávia Bahia. **Direito Constitucional**. Editora Impetus, p. 71 e 72, Rio de Janeiro, 2009.

MANDARINO, Renan Posella; FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. Ativismo judicial e judicialização da política da relação de consumo: uma análise do controle jurisdicional dos contratos de planos de saúde privado no estado de São Paulo. **Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília**, v. 5, Número Especial, 2015 p. 347-360.

MATSUDA, J. T. M; PEREIRA, H. M.; SOUZA, L.C. O mínimo existencial como limite À aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais. **Revista AGU**. Disponível em: <https://docplayer.com.br/22276822-O-minimo-existencial-como-limite-a-aplicacao-da-reserva-do-possivel-aos-direitos-fundamentais-sociais.html> . Acesso em 19 de outubro de 2018.

MENDES, G. F; COELHO, I. M.; BRANCO, P.G.G. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Aline Trindade do; WEIERS, Karine Schultz. Considerações sobre o ativismo judicial no Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 12, n. 1, 1º quadrimestre de 2017. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

NETO, Othoniel Pinheiro. As políticas públicas de saúde e o ativismo judicial. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.7, n.2, 2º quadrimestre de 2012. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791.

OHLWEILER, Leonel. A construção e implementação de políticas públicas: desafios do direito administrativo moderno. **Revista Verba Juris**. Ano 6, n 6, jan./dez., 2007.

PAULO, Vicente; Alexandrino, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

PAULO, Vicente; Alexandrino, Marcelo. **Direito Constitucional descomplicado**. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015

PEREIRA, Fernanda Tercetti Nunes. Ativismo Judicial e Direito à Saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 290-308.

PEREIRA, Wilson Medeiros. A atuação do Poder Judiciário no tocante às políticas públicas de saúde. **Revista AJURIS**, Rio de Janeiro, v. 40, n-132, Dezembro, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4º ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais**. 11ª ed., Porto Alegre, Livraria do advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais**. 6ª ed., Porto Alegre, Livraria do advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, 31ª edição, Ed. Malheiros, 2008, p.309, citando *Cf. Constituição da República portuguesa anotada*, 3º ed., cit.,p.342.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, 34ª edição, Ed. Malheiros, 2011.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**. Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez., 2006, p. 20-45.

STF. **Recurso Extraordinário: RE 566471/RN**. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 15/11/2007.STF.2001. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>. Acesso em: 24 de outubro de 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 589.

STRECK, Lênio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? **Revista CONJUR**, 07/01/2016, disponível em:<http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomumrubicao-quatro-ovos-condor-ativismo#author>. Acesso em: 25 de outubro de 2018.

TJPE. Recurso de Apelação: AC0002957-35.2016.8.15.1110/PE. Relator: Demócrito Ramos Reinaldo Filho. DJ 11/10/2018. Jusbrasil. 2018. Disponível em: <https://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/637164959/apelacao-apl-5106363-pe>. Acesso em 24 de outubro de 2018.

TJRS. Recurso de Apelação: AC 70078534070/RS. Relator: Alexandre Kreutz.DJ 04/10/2018. Jusbrasil. 2018. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/634145683/apelacao-civel-ac-70078534070-rs>. Acesso em: 24 de outubro de 2018.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, jul./set., 1989, p. 29-49.

TORRONTÉGUY, Marco Aurélio Antas. **O direito humano à saúde no direito internacional: efetivação por meio da cooperação sanitária**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.