



O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Reinaldo de Araújo Paiva Filho¹

RESUMO

A Constituição da República de 1988 assegura o direito fundamental à saúde, direito de todos e dever do Estado. Corolário do direito à vida, a saúde deve ser assegurada mediante políticas públicas sociais e econômicas que tenham o condão de reduzir o risco de doenças e de outros agravos, bem como mediante o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Ocorre que, algumas vezes, o Poder Público deixa de cumprir suas obrigações delineadas na Constituição Federal, se omitindo na prestação das políticas públicas ou as fornecendo insatisfatoriamente, dando azo ao controle judicial para a efetivação dos direitos fundamentais de segunda dimensão, em especial, do direito social à saúde. Sendo assim, o presente artigo objetiva examinar e expor os fundamentos jurídicos pelos quais o controle jurisdicional para a efetivação das políticas públicas na área da saúde tende a ser constitucional, bem como objetiva demarcar os limites legais e constitucionais aos quais o Poder Judiciário está submetido. Especificamente, tenciona investigar a atuação e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em casos de inércia do Poder Estatal ou má prestação de políticas públicas na área da saúde, por meio do ativismo judicial exercido pela Corte e da judicialização da política. Assim, apesar da controvérsia jurídica acerca do caso, percebe-se que compete ao Poder Judiciário assegurar o direito à saúde quando os Poderes Executivo e Legislativo descumprem seus deveres institucionais, tendo em vista os princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição, da dignidade da pessoa humana, da garantia do mínimo existencial e do direito à vida.

Palavras-chave: direito à saúde; políticas públicas; controle judicial; Supremo Tribunal Federal; judicialização da política; ativismo judicial.

ABSTRACT

The 1988 Constitution of the Republic guarantees the fundamental right to health, a right of all and a duty of the state. As a corollary of the right to life, health must be ensured through public social and economic policies designed to reduce the risk of disease and other health problems, as well as through universal and equal access to actions and services for its promotion, protection and recovery. It so happens that sometimes the government fails to fulfill its obligations as outlined in the Federal Constitution, omitting to provide public policies or providing them unsatisfactorily, giving rise to judicial control for the realization of second-dimension fundamental rights, especially the social right to health. Therefore, this article aims to examine and expose the legal grounds on which judicial control of the effectiveness of public policies in the area of health tends to be constitutional, as well as to demarcate the legal and constitutional limits to which the Judiciary is subject. Specifically, it intends to investigate the actions and position of the Federal Supreme Court in cases of inertia on the part of the State or poor provision of public policies in the area of health, through the judicial activism exercised by the Court and the judicialization of politics. Thus, despite the

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba e Delegado de Polícia Federal. Pesquisa científica realizada sem financiamento.



legal controversy surrounding the case, it is clear that it is up to the Judiciary to ensure the right to health when the Executive and Legislative Branches fail to comply with public policies, in view of the constitutional principles of the inafastability of jurisdiction, the dignity of the human person, the guarantee of the existential minimum and the right to life.

Keywords: right to health; public policies; judicial control; Federal Supreme Court; judicialization of politics; judicial activism.

1 INTRODUÇÃO

O controle jurisdicional de políticas públicas estatais para a concretização do direito fundamental à saúde instiga estudo aprofundado quanto às possibilidades e limitações a que o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, está submetido. O presente artigo científico propõe, de certa maneira, verificar a legitimidade da atuação proativa do Poder Judiciário para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, mais especificamente, da proteção à saúde, quando há omissão ou deficiência na prestação das políticas públicas pelos demais Poderes da República.

É bastante usual, nas decisões jurisdicionais de vanguarda, a atuação do poder judicante no sentido de garantir aos jurisdicionados a concretização dos direitos fundamentais de segunda dimensão que lhes foram negados pelo administrador público ou pelo legislador. Nessas situações, o Estado-Juiz concretiza e assegura aos cidadãos os seus direitos mínimos, que são conferidos pela Constituição da República.

Em que pese a real benesse da atuação social e prestativa do Poder Judiciário nesses casos, há severas e insidiosas críticas relativas a essa atuação, sob os argumentos de violação à divisão de poderes, ao princípio democrático e à reserva do possível. Os entes públicos violadores dos direitos fundamentais, como forma de inviabilizarem as sentenças judiciais e de se escusarem das responsabilidades sociais, por vezes, alegam que o Poder Judiciário não é o foro competente para discutir políticas sociais, bem como aduzem diversas impossibilidades orçamentárias.

Desse modo, a presente pesquisa objetiva avaliar os argumentos favoráveis e contrários ao controle judicial das políticas garantidoras do direito fundamental à saúde, e verificar a controvérsia acerca da possibilidade jurídica dessa atuação. Outrossim, ambiciona explanar acerca da judicialização da política, à luz da Constituição Federal de 1988 e, também, sobre o ativismo judicial exercido, majoritariamente, pelo Supremo Tribunal Federal.



Da mesma forma, busca examinar e expor os fundamentos jurídicos pelos quais tal controle jurisdicional tende a ser legítimo e constitucional, com base em diversos princípios e normas constitucionais, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana, do mínimo existencial, da regra de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e da inafastabilidade da jurisdição.

Igualmente, se propõe a demonstrar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à matéria em referência, através da jurisprudência consolidada da Corte Constitucional, a exemplo da ADPF n. 45, do RE 642.536-AgR e do AGRRE n. 271.286-8/RS.

Assim, pretende demarcar os limites legais e constitucionais da efetivação das políticas públicas de saúde pelo poder judicante, à luz do princípio democrático, da reserva do possível, da razoabilidade e da proporcionalidade, do sistema de freios e contrapesos e da Teoria da Separação dos Poderes.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM MATÉRIA DE SAÚDE

2.1.1 Políticas públicas na área da saúde

O direito fundamental à saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, conforme preleciona o art. 196 da Constituição Federal.

Diante do texto constitucional e da realidade prática, depreende-se que, para a concretização ampla e efetiva do direito constitucional à saúde, é necessária atuação proativa do poder público como um todo (União, estados e municípios), por intermédio da execução de políticas públicas implementadas, via de regra, pelo Poder Executivo.

A importância ao direito à saúde conferida pela Constituição da República não foi uma escolha aleatória pelos legisladores, mas sim o cumprimento de obrigações firmadas pelo Brasil no âmbito internacional. O dever estatal de efetivar, gradativamente, o direito à saúde está assinalado no art. 12 do Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, ratificado pelo Brasil através do Decreto n. 591/1992, o qual garante o reconhecimento pelo Estado de que todos têm o direito de usufruir o mais alto grau de saúde física e mental. Além disso, desde 1977, a Organização Mundial da Saúde passou a determinar a utilização de listas



de dispensação de medicamentos como um objetivo a ser atingido pelo Estado para uma melhor execução das ações e políticas estatais da saúde.

Assim sendo, como forma de executar de maneira mais eficiente as ações e serviços na área da saúde e de obedecer aos desígnios constitucionais, foi criada a Lei n. 8.080/1990, que procedeu à criação do Sistema Único de Saúde. A referida legislação infraconstitucional regulamenta e visa a promover políticas públicas de saúde, executadas isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, pelo Estado, através do SUS, que consiste no conjunto das ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração Pública direta, indireta e das fundações públicas de direito público.

Conforme disposto no artigo 3º da Lei n. 8.080/1990, a saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais, além daquilo que se destina a assegurar aos indivíduos condições de bem-estar físico, mental e social.

Nesse sentido, visando a atingir, sobremaneira, os fatores determinantes e condicionantes da boa saúde, o campo de atuação do Poder Público, por intermédio do SUS, inclui a execução de políticas governamentais de vigilância sanitária, de vigilância epidemiológica, de saúde do trabalhador, de assistência terapêutica integral (sobretudo farmacêutica), de saneamento básico, de ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde, da vigilância nutricional, de orientação alimentar, de colaboração na proteção do meio ambiente (inclusive o do trabalho).

Conclui-se, portanto, que, desde a Constituição Federal Cidadã de 1988, as atividades estatais relativas à saúde foram ampliadas, haja vista sua essencialidade para a sociedade e para a justiça social. Essas ações e serviços públicos de saúde caracterizam-se pelos princípios da universalidade e equidade no acesso às políticas sociais, bem como da participação da comunidade e da integralidade na assistência, entendida como o conjunto de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso. Essas políticas governamentais de saúde preservam a autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral, além de assegurar a igualdade de assistência, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie, conforme disposto no artigo 7º da Lei n. 8.080/1990.

É notório perceber a complexidade da implementação integral das políticas governamentais concretizadoras do direito social à saúde, tais como o fornecimento de



medicamentos, construção de hospitais, distribuição de métodos contraceptivos, contratação de servidores da saúde, disponibilização de leitos em hospitais, combate a endemias, entre outros.

Diante da complexidade e dificuldade na implementação exitosa do direito à saúde, não raras vezes, a Administração Pública descumpre sua obrigação constitucional de assegurar a todos o direito à saúde, e se opõe ao seu cumprimento. Nessas situações, quando o Poder Executivo deixa de conceder algum serviço de saúde, ou, até mesmo, quando o Poder Legislativo descumpre o dever de legislar, exsurge o direito do cidadão de buscar a implementação do direito à saúde mediante o direito de ação perante o Poder Judiciário.

2.1.2 Possibilidades e limites do controle judicial das políticas públicas

A partir da promulgação da Constituição de 1988, as competências e atribuições institucionais do Poder Judiciário foram modificadas e ampliadas, malgrado o princípio da separação e harmonia entre os poderes esteja disposto como cláusula pétrea no texto constitucional.

A separação entre poderes não impede o controle de atos ilegítimos dos Poderes Legislativo e Executivo pelo Poder Judiciário, porquanto a independência entre os poderes possui a finalidade de estabelecer um sistema de “freios e contrapesos” para evitar o abuso e o arbítrio por qualquer dos Poderes da República, e a harmonia se exterioriza no respeito às prerrogativas e faculdades atribuídas aos respectivos Poderes.

Da mesma forma, a atual Constituição da República alterou e estendeu as funções jurisdicionais no que tange ao exercício da ação popular pelos cidadãos. Isso porque, o art. 5º, LXXIII, proporcionou ao Poder Judiciário a análise de mérito dos atos administrativos, ao permitir o controle de atos que atentem à moralidade administrativa. “Ora, o controle, por via da ação popular, da moralidade administrativa não pode ser feito sem o exame do mérito do ato guerreado. Trata-se, aqui, de mera lesividade, sem o requisito da ilegalidade” (GRINOVER, 2013, p. 127).

Apesar da ampliação da função jurisdicional, percebe-se que sua atuação é subsidiária, somente ocorrendo nas situações em que os demais Poderes constituídos se eximirem na concessão dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos.

Com efeito, devido à especialização dos Poderes Públicos, as políticas públicas demandam a atuação precípua dos Poderes ditos democráticos (Poderes Legislativo e



Executivo), por meio de medidas legislativas para sua criação e de atividades administrativas para serem postas em prática.

Ao Poder Judiciário, cabe a função subsidiária preponderante de examinar a compatibilização dos respectivos atos com a Constituição Federal, mediante o controle de constitucionalidade, quando devidamente provocado. Os juízes, nas suas atividades de controlarem a constitucionalidade de atos administrativos e de leis infraconstitucionais, velam pela observância irrestrita da aplicação esmerada do texto constitucional.

Como já mencionado, aos Poderes Legislativo e Executivo cabem funções proativas, na elaboração de normas criadoras de políticas públicas e na concretização material dessas políticas, respectivamente. Já ao Poder Judiciário compete o exame de constitucionalidade e de legalidade de atos administrativos e legislativos. Consiste numa atividade jurisdicional corretiva, que não expede juízo de valor sobre a ação dos outros Poderes da República, mas apenas de compatibilização com as normas e princípios constitucionais.

Dessa maneira, apesar de o Poder Judiciário não possuir competência institucional para a criação de políticas governamentais e sua execução, em casos de descumprimento dessas políticas, a jurisdição é o instrumento ideal para a concessão do bem jurídico (direito social) lesado.

De mais a mais, no específico âmbito da saúde, o Poder Judiciário pode assegurar aos jurisdicionados, em caso de omissão ou má prestação das políticas públicas, a concessão de medicamentos de alto custo, de tratamentos específicos para certas doenças, exames, terapias, próteses, cadeiras de rodas, muletas, leitos em hospitais e, inclusive, obrigar o ente público a construir hospitais e realizar concursos públicos para ampliar o número de servidores públicos de saúde, como médicos, enfermeiros, odontólogos, fisioterapeutas, psicólogos, nutricionistas, entre outros.

Essa atuação do Poder Judiciário em corrigir políticas públicas deficientes (ou inexistentes) tem como finalidade precípua preservar o núcleo substancial da dignidade da pessoa humana, consistente no mínimo existencial, que se trata da quantidade mínima de direitos e condições básicas de vida que devem ser concedidos a todos os indivíduos, como forma de garantir a dignidade humana.

O mínimo existencial é formado pelas condições básicas para a existência humana e corresponde à parte do princípio da dignidade da pessoa humana a qual deve ser reconhecida eficácia jurídica e simétrica, podendo ser exigida judicialmente em caso de lesão. Assim, esse núcleo essencial, uma vez descumprido, justifica a intervenção judicial para a sua reparação



permitindo a imediata judicialização desses direitos, em que se inclui o direito à saúde, independentemente da atuação dos Poderes Executivo e Legislativo.

Por outro lado, em que pese ser juridicamente viável o controle judicial de políticas públicas, é imprescindível analisar que o Poder Judiciário está submetido ao princípio da razoabilidade, que se mede pela aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade. Nesse sentido, o Estado-Juiz não pode exercer a função legiferante, criando políticas públicas, nem mesmo executar diretamente políticas públicas existentes, porém, pode determinar às demais instituições públicas a observarem os mandamentos constitucionais, obrigando-os a fornecerem os direitos fundamentais aos seus cidadãos.

Da mesma forma, outra limitação a que o Poder Judiciário está submetido é a chamada reserva do possível, pois a implementação de políticas públicas depende de disponibilidade financeira do ente estatal, sem a qual não é possível concretizar os direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Assim, é cediço que deve ser observada, pelo Poder Público, a lei orçamentária, visto que se trata de um planejamento estatal, que prevê as receitas e as despesas do Estado durante o período de um ano. Contudo, a mera alegação de insuficiência de recursos não é suficiente para ilidir a realização das políticas públicas, devendo ser comprovada a impossibilidade concretamente.

Nos casos em que haja concreta insuficiência de recursos por parte da Administração Pública e falta de previsão orçamentária, o Poder Judiciário pode determinar ao ente estatal que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública, e, nas situações em que houver descumprimento do orçamento aprovado, poderá ser determinada ‘obrigação de fazer’ consistente na implementação de determinada política pública, mediante, inclusive, a transposição de verbas públicas, sem violação ao princípio da separação dos poderes.

Assim, a indisponibilidade orçamentária é apenas uma limitação temporária, haja vista que compete à Administração Pública viabilizar mecanismos para a efetivação dos direitos fundamentais, os quais não podem ser sacrificados, sendo inoponível a reserva do possível ao mínimo existencial.

Não se trata de invasão nos demais Poderes da República, visto que o Poder Judiciário, nos casos da saúde, deve realizar uma ponderação entre normas constitucionais: o direito fundamental à saúde e a regra de previsão orçamentária. Ambas estão inseridas no texto constitucional, e possuem a mesma hierarquia, no entanto, o magistrado deve realizar uma



ponderação de valores, em prol do direito fundamental, tendo em vista a sua superioridade axiológica.

O orçamento não pode ser empecilho à concretização dos direitos fundamentais sociais, mas seu instrumento de realização. A insuficiência de recursos não é indicativo de que o direito fundamental social não será concretizado, mas fator que determinará a redistribuição de recursos financeiros existentes e a promoção das decisões políticas que elegerão os financiadores do gasto público (CANELA JUNIOR, 2011).

Diante de todo o exposto, verifica-se a possibilidade de atuação proativa do Poder Judiciário para concretizar o direito fundamental à saúde, ou seja, pode o magistrado controlar as políticas públicas omissas ou má prestadas pelos demais Poderes da República, com vistas a atingir os objetivos fundamentais delineados na Constituição Federal. Nesse sentido, busca o Poder Judiciário garantir o mínimo existencial para uma vida digna, observadas a razoabilidade da pretensão do indivíduo, a disponibilidade financeira do ente público e o prazo razoável para o planejamento da política estatal.

2.2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROBLEMÁTICA DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA SAÚDE

A temática do controle judicial das políticas públicas e o ativismo judicial são temas de intensos debates, visto que alguns juristas ainda se opõem à moderna e proativa atuação do Poder Judiciário. Porém, vem ganhando força a posição de um magistrado social, que busca efetivar o mínimo existencial e os direitos fundamentais sociais, inclusive o direito à saúde, ao analisar a Constituição Federal de maneira sistemática, ponderando direitos e dando máxima efetividade aos princípios existentes em seu texto, em especial o princípio-mor, que rege toda a Carta Constitucional: a dignidade da pessoa humana.

Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal – STF possui extensa relevância na nova realidade do Poder Judiciário, visto que a Constituição da República de 1988 conferiu ao Pretório Excelso a importante característica de Corte Constitucional.

O STF passou a ter destaque no espaço jurídico-político do país e assumiu o protagonismo no que se refere ao exercício da jurisdição constitucional, porquanto não se trata de um simples tribunal ordinário, ou seja, não consiste em um colegiado de terceira ou quarta instância, mas possui o precípua papel de julgar pleitos jurídicos com intensa carga política e social, de grande relevância para o futuro da nação.



Ademais, por possuir essa posição privilegiada em relação aos demais tribunais pátrios, alargada com a promulgação da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal não realiza julgamentos meramente jurídicos, mas sim decisões político-jurídicas. O referido Tribunal não julga analisando, tão somente, a letra fria da lei, mas decide velando pela plena observância dos direitos fundamentais, à luz dos princípios constitucionais.

Por conseguinte, a jurisdição constitucional exercida pela Corte Suprema visa a dar efetividade às normas constitucionais, sobretudo o direito fundamental à saúde, competindo a ela realizar o controle das ações e omissões dos demais Poderes do Estado, com vistas a analisar se estão compatíveis com a Carta Política.

Com efeito, houve ampliação da atuação social do STF, sobremaneira, a partir do surgimento da Emenda à Constituição n. 45/2004, mais conhecida como a “Reforma do Judiciário”, pois com ela foi criado o requisito de ‘repercussão geral’ como condição de admissibilidade do julgamento dos recursos extraordinários. Trata-se de instrumento de filtragem recursal, que serviu para enfatizar a verdadeira competência que a Constituição quis conceder à Corte, responsável por processar e julgar ações de relevância para a sociedade, sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico.

Ao analisar o texto constitucional, percebe-se que o Tribunal possui destaque na transformação da realidade social, ao dar efetividade a direitos inalienáveis do ser humano, corrigindo políticas públicas inefetivas. O STF passou a ter responsabilidade finalística e prospectiva, e se transformou em ator responsável pelo atingimento dos preceitos constitucionais.

Essa atuação da Suprema Corte é entendida como judicialização da política, porquanto questões de relevante repercussão política ou social estão sendo decididas pelo Poder Judiciário, e não pelos Poderes políticos tradicionais, como o Congresso Nacional e o Poder Executivo, consistindo em uma transferência de poder para juízes e tribunais.

Entretanto, essa competência foi conferida aos juízes, especialmente ao STF, pelo próprio texto constitucional, ao conceder a prerrogativa de analisar, sob a ótica do controle de constitucionalidade (difuso ou concentrado), a pertinência das normas e dos atos administrativos com a Constituição Federal. Assim, ao passo que constitucionalizou matérias de cunho político e social, concedeu à jurisdição a competência de examiná-las.

No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso (2009) entende que o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, vem participando mais ampla e intensamente na efetivação dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação



dos demais Poderes da República. Consiste na atuação ativista da Corte, que se manifesta por meio de diversas condutas, que incluem:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 71-91).

O ativismo judicial representa a busca por efetividade dos direitos fundamentais, agindo o Pretório Excelso, em situações excepcionais, para forçar os demais Poderes no cumprimento da Constituição de 1988, e, diferentemente da judicialização da política, se refere a uma postura proativa e expansiva no modo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e o alcance das normas constitucionais, para além do legislador ordinário, quando as políticas governamentais se mostram inertes, emperradas ou incapazes de produzir efeitos positivos na sociedade (BARROSO, 2009).

Assim sendo, percebe-se que, através da judicialização da política e do ativismo judicial, o Supremo Tribunal Federal vem exercendo importante papel no que tange ao controle judicial de políticas públicas, tendo em vista a finalidade precípua da Corte, que consiste em concretizar os direitos humanos fundamentais estatuídos na Constituição da República de 1988, sobretudo o direito à saúde.

A esse respeito, um emblemático caso dessa atuação proativa do Poder Judiciário, ao controlar políticas públicas de saúde, ocorreu por intermédio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45. Esse processo abstrato foi proposto face ao veto que, emanado pelo Presidente da República, incidiu sobre o § 2º do artigo 55, de proposição legislativa que se converteu na Lei n. 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da LOA de 2004. O legitimado ativo da presente ação constitucional alegou que o veto presidencial desrespeitou preceito fundamental decorrente da EC n. 29/2000, que garante recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

Na presente ação constitucional, o STF, através do Relator Ministro Celso de Mello, afirmou que, ordinariamente, não se encontra no âmbito das atribuições constitucionais do Poder Judiciário – e do STF – a função de formular e implementar políticas públicas, tendo em vista que consiste em função precípua do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Assim, em regra, o Poder Judiciário não deve intervir no âmbito das funções reservadas aos demais



Poderes da República, para substituí-los em juízos de conveniência e oportunidade, conforme bem assentado na ADPF n. 45.

De outra banda, o Min. Celso de Mello qualificou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como instrumento íntegro e apto a proporcionar a efetivação de políticas públicas, quando previstas no texto constitucional, mas sejam descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias da norma constitucional.

Essa atribuição poderá ser concedida ao Poder Judiciário, em casos excepcionais, quando está patente o descumprimento dos seus encargos estatuídos na Constituição Federal, pois deve haver certa mitigação na Teoria da Separação dos Poderes, principalmente no que se refere à garantia do mínimo existencial e aos gastos públicos. Depreende-se, portanto, que o Poder Judiciário pode – e deve - intervir se e quando os demais Poderes do Estado descumprirem seus encargos, comprometendo a eficácia e a integridade de direitos individuais e coletivos, ainda que de conteúdo programático, como expressado pelo Min. Celso de Mello na ADPF n. 45.

Vejamos o entendimento do Pretório Excelso:

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais (ADPF n. 45/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Data de publicação: 04.05.2004).

Ademais, ainda na ADPF n. 45, o Supremo Tribunal Federal advertiu que a cláusula da reserva do possível não poder ser alegada, pelo Poder Público, com o intuito de livrar-se do cumprimento de seus encargos estatuídos no texto constitucional, salvo a existência de justo motivo objetivamente aferível. Inclusive, entende a Corte, ser vedado ao Estado exonerar-se dessa obrigação quando essa conduta puder tornar direitos fundamentais letra morta na Constituição Federal.

Nesse sentido:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF n. 45/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Data de publicação: 04.05.2004).



Do mesmo modo, no RE n. 271.286 AgR, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento importante quanto à concretização do direito fundamental à saúde. A Corte decidiu que o direito à saúde é prerrogativa indisponível e que deve ser assegurado em sua integralidade, não podendo o Poder Público ser indiferente a tal problemática. Entendeu, ainda, que o reconhecimento judicial da validade jurídica de políticas públicas de saúde dá concretude a preceitos fundamentais da Constituição Federal e consiste em um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas. Vejamos:

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ- LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não 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 Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF (RE n. 271.286 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, Acórdão Eletrônico DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409).

Hodiernamente, esse entendimento do STF que permite a intervenção judicial de políticas públicas, em casos de omissão ou má prestação pelos demais Poderes é pacífico. Sobretudo, a Corte Suprema decidiu ser possível determinar judicialmente ao Poder



Executivo a melhoria nas condições hospitalares, com a finalidade de melhorar a qualidade da prestação de serviço de saúde, tendo em vista sua essencialidade. *In verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF). 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento (RE n. 642.536-AgR, Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 5.2.2013).

Percebe-se, dessa maneira, ante os precedentes acima mencionados, que o Supremo Tribunal Federal assumiu um posicionamento proativo, no que tange à efetivação dos direitos fundamentais sociais estatuídos na Constituição da República, ostentando certo protagonismo nos cenários político e social do Brasil.

Outrossim, é cediço que a Corte Suprema - e o Judiciário como um todo - deve pautar sua atuação de modo prudente e limitado, para deixar claro que não substituirá, de maneira ilegítima, os Poderes Legislativo e Executivo. A atuação jurisdicional, no âmbito das políticas governamentais, consiste em compatibilizar as ações dos demais Poderes da República com a Constituição Federal, de modo a efetivar os desígnios fundamentais da nação.

Ante todo o exposto, constata-se que o Poder Judiciário, em especial o STF, obteve ampliação nas suas funções institucionais, a partir da promulgação da Constituição de 1988, pois com ela houve uma maior constitucionalização de questões políticas e sociais, que servem de parâmetro para o controle de constitucionalidade. Além disso, o Poder judicante modificou sua atuação, tornando-se mais proativo, com a finalidade precípua de concretizar os direitos fundamentais contidos no texto constitucional.

Diante dessa modificação institucional do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal passou a controlar políticas públicas, em casos de violação evidente e arbitrária dos demais órgãos democráticos, para a concretização dos direitos sociais, previstos no artigo 6º



da Constituição de 1988, e o atingimento dos objetivos fundamentais (art. 3º, CRFB/1988). Assim, como restou verificado nos precedentes citados, o STF entende ser o Poder Judiciário instrumento idôneo para a efetivação de direitos, ante a necessidade de proteger a dignidade da pessoa humana e o núcleo consubstanciador do mínimo existencial.

3 METODOLOGIA

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, a qual não pode ser traduzida em números, bem como foi utilizado o método a pesquisa bibliográfica e documental, mediante o uso de livros doutrinários e precedentes do Pretório Excelso.

Para concretizar os objetivos dessa pesquisa, foi necessária a leitura de obras doutrinárias e artigos científicos que contemplaram o estudo da Teoria Geral do Estado, do direito constitucional, dos direitos fundamentais e, de modo específico, do controle judicial de políticas públicas.

A leitura da bibliografia básica, através de obras consideradas manuais de direito constitucional, proporcionaram o conhecimento geral das principais ideias e funções dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, o que permitiu o acesso a um breve contexto histórico e constitucional acerca dos principais aspectos da divisão dos poderes, de modo a viabilizar a formação de um contexto geral necessário para o aprofundamento do artigo.

Na bibliografia básica, por meio de manuais de direitos humanos, ainda foi possível entender a origem e as especificidades dos direitos fundamentais de segunda dimensão, especialmente do direito social à saúde.

Dessa forma, após a construção de uma base abrangente, foram utilizadas decisões do STF, bem como uma bibliografia mais específica, referente à possibilidade e às limitações do controle jurisdicional de políticas públicas com o propósito de concretizar direitos sociais, em especial o direito à saúde.

Portanto, a pesquisa visou à construção de um contexto doutrinário e constitucional geral a respeito dos direitos fundamentais de segunda dimensão, bem como sobre a possibilidade e o limite da concretização do direito à saúde por intermédio das decisões judiciais, o que possibilitou uma base para o exame mais profundo sobre os fundamentos legitimadores do controle judicial das políticas públicas em casos de inércia ou má prestação pelos demais Poderes, demonstrando as teses adotadas pelos autores e o modo de atuação do STF, que corroborem tal entendimento.



4 RESULTADO E DISCUSSÃO

É cediço que a Corte Suprema - e o Poder Judiciário como um todo - deve pautar sua atuação de modo prudente e limitado, para deixar claro que não substituirá, de maneira ilegítima, os Poderes Legislativo e Executivo. A atuação jurisdicional, no âmbito das políticas governamentais, consiste em compatibilizar as ações dos demais Poderes da República com a Constituição Federal, de modo a efetivar os desígnios fundamentais da nação.

Apesar da necessidade de atuação subsidiária e contida, constata-se que o Poder Judiciário, em especial o STF, obteve ampliação nas suas funções institucionais, a partir da promulgação da Constituição de 1988, pois com ela houve uma maior constitucionalização de questões políticas e sociais, que servem de parâmetro para o controle de constitucionalidade. Além disso, o Poder judicante modificou sua atuação, tornando-se mais proativo, com a finalidade precípua de concretizar os direitos fundamentais contidos no texto constitucional.

Diante dessa modificação institucional, o Supremo Tribunal Federal passou a controlar políticas públicas, em casos de violação evidente e arbitrária dos demais órgãos democráticos, para a concretização dos direitos sociais e o atingimento dos objetivos fundamentais.

Assim, como restou verificado nos precedentes citados, o STF entende ser o Poder Judiciário instrumento idôneo para a efetivação de direitos, ante a necessidade de proteger a dignidade da pessoa humana e o núcleo consubstanciador do mínimo existencial.

Dessa maneira, o Poder Judiciário não poderá manter uma postura absolutamente inerte, sujeita aos desmandos dos Poderes Legislativo e Executivo, visto que, quando provocado, deverá exercer conduta proativa e corretiva, com o fim de assegurar a efetivação dos direitos sociais.

Nesse sentido, o controle judicial das políticas públicas deve ser exercido pela jurisdição quando há omissão ou má implementação pelos demais Poderes, podendo haver a utilização de meios coercitivos necessários à concretização das decisões judiciais. Logo, objetiva o Poder Judiciário a efetivação dos direitos fundamentais, através da concessão dos bens da vida por eles protegidos (CANELA JUNIOR, 2011).

Portanto, foi deveras importante e frutífero o estudo aprofundado acerca da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive, no que se refere à importância da Corte para os rumos da nação, sob os vieses sociais e políticos, bem como sobre o seu posicionamento ativista, demonstrado através das importantes decisões em que a Corte interveio nas políticas públicas estatais, como forma de concretizar o direito fundamental à saúde.



Nos precedentes judiciais analisados para a feitura do presente artigo, os membros da Corte Suprema pacificaram o entendimento sobre a legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em matéria de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental, haja vista a necessidade de preservação, em favor da pessoa humana, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial.

Por outro lado, foi analisado o viés governamental, sob o prisma político-orçamentário do Poder Estatal. Adentrou-se nas reais limitações econômicas, financeiras e estruturais que impossibilitam a efetivação de todas as liberdades positivas estatuídas na Constituição da República. Ora, foi visto que as condições impostas, pela cláusula da reserva do possível, ao processo de efetivação dos direitos fundamentais de segunda dimensão dependem do seguinte binômio: razoabilidade da pretensão em face do Poder Estatal e disponibilidade financeira do Estado. Sobretudo, ficou constatado que não é possível a alegação dessa insuficiência orçamentária face ao mínimo existencial.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito fundamental à saúde é direito de todos e dever do Estado, sendo corolário do direito à vida, o qual deve ser garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas que tenham o condão de reduzir o risco de doenças e de outros agravos, bem como mediante o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Esse importante direito está inserido nos direitos de segunda dimensão, aqueles fundados no ideário da igualdade substancial entre os indivíduos. Nessa dimensão (ou geração) de direitos estão incluídos os direitos sociais, juntamente como os direitos econômicos e culturais. Essas espécies de direitos, para serem usufruídas pelo povo, necessitam de uma atuação positiva do Estado (*dare, facere e praestare* estatal). É necessária a atuação proativa do Poder Público, em prol dos cidadãos, para que os direitos em questão superem a síndrome da inefetividade das normas constitucionais, e sejam concretizados.

Apesar do avanço social obtido por meio dessa dimensão de direitos, certas doutrinas tradicionalistas e (atualmente) minoritárias entendem que as políticas públicas devem estar ao arbítrio único e exclusivo do Poderes Executivo e Legislativo. Explica-se. Segundo essa parcela mínima de doutrinadores, as políticas governamentais devem ser implementadas e controladas tão somente pelos referidos Poderes da República, sem intervenção alguma do Poder judicante. E, caso haja qualquer tipo de controle, será ele uma intromissão



inconstitucional, sob o argumento de que o Poder Judiciário não possui legitimidade para participar ativamente das decisões políticas e de atividades e funções afetas aos outros Poderes.

Neste particular é que repousa a controvérsia jurídica sobre a qual artigo aprofundou-se. Isso porque, foi necessário analisar a possibilidade jurídica e a constitucionalidade do controle judicial das políticas públicas concretizadoras do direito social à saúde. Além disso, foi preciso examinar o momento de atuação e os métodos legítimos os quais a jurisdição possui para efetivar as aspirações da Constituição da República de 1988, bem como as limitações às quais está submetido o Judiciário, de forma que não interfira intransigentemente nas demais instituições.

Nesse sentido, a presente pesquisa evidenciou, sob a ótica jurídica-constitucional, que é possível e legítimo, em certos casos, o controle jurisdicional das políticas públicas, a fim de concretizar o direito fundamental à saúde, tendo em vista a imprescindibilidade do direito tutelado.

Restou demonstrado que a judicialização de direitos fundamentais tomou força a partir da redemocratização do país, visto que, após a Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário deixou de ser uma instituição tão somente técnica e especializada, passando a ter participação proativa nos rumos da nação, ou seja, tornou-se um verdadeiro Poder Político, capaz de fazer cumprir a ordem jurídica como um todo.

Ficou constatado que essa atuação, nos casos relacionados ao direito à saúde, pode ocorrer em casos de má implementação ou omissão do Poder Executivo ou do Poder Legislativo no cumprimento de suas obrigações institucionais. Assim, o Poder Judiciário pode ser acionado pelos jurisdicionados para fazer valer os ditames constitucionais, tendo em vista os princípios da inafastabilidade da jurisdição, da dignidade da pessoa humana, da garantia do mínimo existencial e do direito à vida. Não havendo intromissão inconstitucional do Estado-Juiz nas funções típicas dos demais Poderes da República, posto que as funções típicas não são estanques, e deve haver fiscalização mútua entre os Poderes, a fim de efetivar os direitos e as garantias fundamentais.

Dessa maneira, a atuação do Poder Judiciário visa a corrigir os déficits deixados pelo Administrador Público e pelo legislador ordinário, com a finalidade precípua de concretizar os direitos sociais, previstos no artigo 6º da Constituição de 1988, e atingir os objetivos fundamentais. Em outras palavras, é uma forma de intervenção do Poder Judiciário pela má



prestação governamental dos serviços essenciais aos indivíduos, que devem ser prioritariamente garantidos.

Pelo exposto, restou demonstrado que o controle judicial de políticas públicas na área da saúde é legítimo e de extrema importância no Estado Democrático de Direito em que vivemos, tendo em vista que se propõe a reduzir as desigualdades sociais, um dos objetivos fundamentais da República, além de assegurar o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ANTONIO, Nilva M. Leonardi. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas como Controle de Constitucionalidade e seus Limites. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Direito do Estado**, Salvador, ano 4, n. 13, jan./mar. 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 out. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 642.536. Relator: FUX, Luiz. Publicado no DJ em 05.02.2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23065179/agreg-no-recurso-extraordinario-re-642536-ap-stf/inteiro-teor-111273356>>. Acesso em: 25 out. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 271.286/RS. Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJ em 24.11.2000. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/779142/agregno-recurso-extraordinario-re-271286-rs>>. Acesso em: 10 nov. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45. Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJ em 04.05.2004. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf>>. Acesso em: 07 nov. 2023.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição**. São Paulo, 2009.

_____. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA, Susana Henriques da. O Poder Judiciário no controle de políticas públicas: uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.



FRANÇA. **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**, de 26 de agosto de 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 02 de out. 2023.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de Políticas Públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal de Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2023.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.