



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O CUSTO DA SAÚDE PARA O ESTADO

Carolina Carvalho de Almeida

Rio de Janeiro
2018

CAROLINA CARVALHO DE ALMEIDA

O CUSTO DA SAÚDE PARA O ESTADO

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professor Orientador: Tatiana dos Santos Batista

Rio de Janeiro
2018

O CUSTO DA SAÚDE PARA O ESTADO

Carolina Carvalho de Almeida

Graduada pela Universidade Candido Mendes.
Advogada.

Resumo: O presente artigo busca analisar qual é o efetivo custo do direito fundamental à saúde para o Estado, levando em consideração o ponto de vista orçamentário. Isso porque, todos os direitos implicam em custos ao poder público, contudo, o Estado não é capaz de corresponder aos anseios da sociedade, pois não possui receita suficiente para arcar com esse custo, razão pela qual, parte dessa sociedade se vê obrigada a acionar o Poder Judiciário para concretizar o exercício de seu direito garantido constitucionalmente. Nesse ponto, é importante analisar até que medida poderá o Poder Judiciário intervir em demandas relacionadas à oportunidade e à conveniência para a criação de políticas públicas. Para a realização deste trabalho, utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica, tendo como base artigos científicos e livros, pesquisa documental, análise de jurisprudências relevantes e em voga sobre o tema. Quanto aos fins, a pesquisa é do tipo qualitativa.

Palavras-chave: Tributação. Direito Financeiro. Saúde. Orçamento. Reserva do Possível. Judicialização. Ativismo Judicial.

Sumário: Introdução. 1. Tributação e o Papel do Estado: Dever Constitucional do Estado de tutelar o direito fundamental à Saúde. 2. Equilíbrio entre Receitas e Despesas destinadas à área da saúde e a questão da reserva do possível. 3. Judicialização do custeio da Saúde e suas Peculiaridades. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende discutir o custo do direito fundamental à saúde para os cofres do Estado e qual o impacto das decisões judiciais no orçamento já delineado. Como encontra-se previsto no texto constitucional, a saúde é dever do Estado e um direito de todos os cidadãos. No entanto, os recursos para custear este direito fundamental são escassos, necessitando que haja uma gerência de qualidade e com muita cautela.

Para tanto, será abordado qual é o efetivo custo desse direito fundamental no orçamento do Estado, além da responsabilidade que este Estado precisa ter para gerir os recursos destinados à área da saúde.

O Estado tem o dever de garantir efetivamente o direito à saúde a todos os cidadãos, como corolário da própria garantia do direito constitucional à vida. A Constituição da República, em seus dispositivos, garante o acesso universal e igualitário às ações para a promoção, proteção e recuperação da saúde, assegurando, deste modo, a sua proteção tanto na esfera geral, como individual.

Ocorre que, embora a saúde seja um direito fundamental e irrenunciável, é notório que os recursos do Estado estão cada vez mais escassos, não só nesta seara, mas em diversas outras. Assim, promover o equilíbrio entre as despesas e as receitas destinadas a este setor não tem sido uma tarefa fácil para o Poder Público.

Neste ponto, relevante se faz a aplicação do princípio da reserva do possível no qual o Estado deverá observar em cada caso concreto os três elementos, quais sejam: a necessidade, a distributividade dos recursos e a eficácia dos serviços, já que se encontra economicamente limitado, impossibilitado de atender toda a população.

Num primeiro plano pode se pensar que a reserva do possível limitaria o direito fundamental à saúde, entretanto, mister se faz verificar que observando esses requisitos o Poder Público deverá prestar o serviço adequadamente, fazendo jus, com efetividade, ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, deve-se sempre observar as peculiaridades de cada caso específico, já que Estado não possui recursos financeiros suficientes para o atendimento à todas as demandas, devendo se fazer escolhas entre os casos mais necessários e relevantes.

Ainda, não se pode deixar de observar o crescente fenômeno da judicialização da saúde, que tem se caracterizado como uma alternativa eficaz para combater às omissões do Estado neste setor tão importante.

Como, de fato, os recursos para esta área são escassos e, como já destacado, trata-se de um direito fundamental e constitucionalmente assegurado, mas que muitas vezes não é suprido pelo Estado em um primeiro momento, os cidadãos são obrigados a irem buscar a efetividade da tutela deste direito no Poder Judiciário.

Por outro lado, não é demais ressaltar que a legislação observou e delineou competências aos entes para gestão desses recursos. Nesse sentido, também é necessário que se atente de que maneira a judicialização da saúde poderá desencadear uma possível invasão de competência do Poder Judiciário.

Assim, com intuito de trazer uma reflexão sobre o tema ora tão em evidência, por diversas razões, a pesquisa é desenvolvida no método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o objetivo de comprová-los ou rejeitá-los de maneira argumentativa.

Assim, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, a partir da leitura de doutrina, legislação e decisões jurisprudenciais relevantes e em voga sobre o tema, analisada e fichada para sustentar sua tese.

1. TRIBUTAÇÃO E O PAPEL ESTADO: DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE TUTELAR O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que a saúde é um direito de todos os cidadãos e constitui um dever do Estado. Portanto, deve este garantir esse direito, pois trata-se de um bem jurídico diretamente ligado ao direito à vida, não podendo o Estado se omitir em tutelá-lo, devendo proporcionar a cada cidadão a garantia da dignidade da pessoa humana, sob pena de ofender a preceito constitucional¹.

Para o renomado o jurista Luís Roberto Barroso²:

O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos.

O preceito constitucional da garantia do direito à saúde está elencado no artigo 6º da Constituição da República de 1988, cujo rol, dispõe sobre os chamados direitos sociais. Desse modo, é simples concluir que o direito à saúde é um direito social.

É sabido que a Constituição da República consagra o direito à saúde como um direito fundamental ao cidadão, o que sugere ao Estado o flagrante dever de promover este direito, através de políticas públicas, a fim de que possa garantir tal direito a todo e qualquer cidadão, tendo como finalidade principal, reduzir as desigualdades sociais, como define a renomada jurista Maria Paula Dallari Bucci:

[...] política pública é definida como um programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito.

Assim, não seria demais assinalar que como todos os direitos possuem um custo, a saúde não poderia ser diferente, exigindo para sua efetiva realização e proteção, recursos financeiros. Desse modo, todos os direitos necessitam de suporte financeiro público, o que significa dizer que todos os direitos têm suporte fundamentalmente na figura dos tributos.

É sabido que o Estado arrecada seus recursos financeiros, principalmente através da tributação. São os impostos os maiores responsáveis pelo custeio do direito à saúde no Brasil.

¹ BRASIL, PLANALTO. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 15.mai.2018.

²BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, Revista de Direito Social, 34/11, abr- jun 2009, p. 10.

Daí se origina a designação do denominado Estado Fiscal. Desse modo, fica caracterizada a impossibilidade de evitar a cobrança dos impostos, eis que é através deles que o Estado poderá promover o custeio da saúde.

Por outro lado, não se pode deixar de relevar o caráter gravoso desses impostos para os cidadãos, que muitas vezes arcam com elevados custos, através do pagamento de seus tributos, sem uma devida contrapartida do Estado. Ressalvadas as peculiaridades, fato é que os impostos constituem um preço que todos os cidadãos integrantes da sociedade precisam arcar para terem resguardado o seu direito à saúde. Não há como o Estado tutelar tal direito sem que haja a devida remuneração pelos cidadãos.

O que se pode verificar em nosso ordenamento jurídico é que a Constituição da República determina ao Estado diversas obrigações a serem cumpridas, sobretudo no que tange aos denominados direitos sociais fundamentais, entretanto a implantação de políticas públicas sociais que coloquem em prática esses direitos carece, em muito, de recursos que nem sempre o Estado consegue arrecadar, o que acaba por gerar um grande hiato entre a realidade, ou seja, o que de fato ocorre na via cotidiana, na prática e o que é garantido pela Constituição.

Nessa toada, destaca-se a importante questão quanto ao efetivo custo dos direitos sociais, que no caso deste trabalho se referente ao direito à saúde, levando-se em consideração a ordem constitucional quanto à maneira que este direito deve ser prestado pelo Estado.

É de relevo frisar que grande parte do problema para efetivação do direito fundamental à saúde advém da má gestão dos recursos públicos que são destinados a esse setor. Sobretudo quanto à responsabilidade do uso desses recursos destinados à saúde, e muitas das vezes pelo desvio dessas fontes. Constitui obrigação do Estado prover a saúde, do mesmo modo, deve o gestor público repassar e investir esses recursos de acordo com as verdadeiras necessidades da população.

Por óbvio, não é possível prestar o serviço de saúde sem dinheiro, ou seja, sem o pagamento dos impostos pelos cidadãos. Para que o direito fundamental à saúde seja efetivo, materializado, é imprescindível que haja, além do investimento financeiro, a sua correta e adequada aplicação e, ainda, notório gerenciamento comprometido pelos seus responsáveis.

É de grande importância que sejam garantidos, para a área da saúde pública, recursos estruturais, suficientes, e definitivos, a fim de que se cumpra com rigor o mandamento constitucional que determina que saúde deve ser prestada pelo Estado de forma integral, igualitária, e gratuita, para todos os cidadãos.

Ocorre que, o que se pode verificar na prática é uma série de omissões com a saúde pública, em evidente desrespeito ao preceito fundamental contido na Constituinte de 1988, ensejando, muita das vezes, ao problema da efetivação do direito à saúde.

Não basta dizer que cabe ao cidadão arcar com o pagamento dos impostos para custear a saúde, é necessário, em primeiro lugar, a comprometida gestão dos recursos pelos Administradores Públicos. A gestão, sem sombra de dúvida, é um fator que influencia diretamente na efetividade do direito fundamental à saúde. Na verdade, a contrário senso, a má gestão dos recursos públicos, e muitas vezes até o desvio desses recursos, é que corroboram o baixo índice de efetividade da prestação da saúde que se pode perceber no país.³

Sobre esse aspecto, a Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101 de 04/05/2000, tem papel extremamente importante, pois estabelece, no âmbito nacional, parâmetros que devem ser seguidos relativos ao gasto público de cada ente federativo, além de determinar punições ao mau administrador público.

Nada obstante, é possível notar que embora ainda exista um caminho importante e extenso a ser trilhado, principalmente no que tange a gestão dos gastos e aplicação dos recursos, importa salientar que o que precisa ser inculido é que para a efetivo exercício do direito fundamental à saúde, por assim dizer, é preciso que os gestores dos recursos vislumbrem a importância de seus papéis, pois de nada adianta que somente haja a arrecadação dos impostos, ou seja, a entrada do dinheiro nos cofres públicos, se não houve gestão eficiente.

2. EQUILÍBRIO ENTRE RECEITAS E DESPESAS DESTINADAS À ÁREA DA SAÚDE E A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL

O orçamento público, que é representado pela Lei Orçamentária Anual – LOA, é responsável por estimar as receitas que o governo espera arrecadar ao longo do ano seguinte à sua elaboração, bem como, fixa as despesas a serem realizadas com os referidos recursos. Assim, como ele traz a previsão de receitas e a fixação de despesas, é uma peça importante

³ BRANDÃO, Carlos Gomes. *Processo e Tutela Específica do Direito à Saúde*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Processo_e_Tutela_Especificada_do_Direito_a_Saude.pdf>. Acesso em: 20 fev.2018

para o equilíbrio das contas públicas, pois nele deverá conter, por exemplo, quanto deverá ser o gasto com a saúde das pessoas. As despesas e receitas destinadas à área da saúde estão previstas no Orçamento da Seguridade Social - OSS⁴, estabelecido desde a Constituição da República de 1988, com o intuito principal de possibilitar um número maior de fontes para financiar o setor e reduzir assim a vulnerabilidade face aos ciclos econômicos recessivos, períodos de crise econômica.

No entanto, o que se pode verificar na prática é que, guardadas as devidas proporções, embora se tenha, como regra, um orçamento delineado antecipadamente, para evitar surpresas com gastos não previstos, ainda assim, tendo em vista que o direito fundamental à saúde gera para o Estado elevado custo, este gestor acaba sendo obrigado a aplicar a reserva do possível, que é uma maneira de limitação do Estado no âmbito da efetivação de direitos sociais e fundamentais, afastando o direito constitucional de interesse privado e priorizando o direito da maioria da coletividade.

A expressão reserva do possível surgiu na Alemanha, na famosa sentença *numerus clausus*, e segundo Ricardo Lobo Torres, adotada pela doutrina alemã e portuguesa⁵. A fim de elucidar melhor, importa descrever o mencionado caso. Vale observar que, no sistema germânico de acesso às universidades até meados dos anos 1960, todo estudante, em posse do *Abitur*, que é uma espécie de exame prestado ao término do ensino médio, poderia ingressar em uma universidade de sua opção. No entanto, ao final da década de 60, foi imposto a *numerus clausus*, que era um limite numérico para admissão em determinada área de estudo. Vale mencionar que o *Abitur* continuava sendo o mais importante fator de qualificação, ocorre que, os responsáveis pelas admissões nas universidades começaram a alocar os estudantes em escala de acordo com os graus obtidos no *Abitur*, colocando os com menor média em lista de espera. Os estudantes prejudicados questionaram a compatibilidade dessa política com o direito fundamental à educação previsto no artigo 12 da Lei Fundamental⁶ O Tribunal Federal Constitucional assinalou naquela sentença que, mesmo não estando os direitos de participação limitados aos benefícios existentes, ainda assim estariam sujeitos à reserva do possível, significando *o que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade*. Ainda ressaltou que o Poder Legislativo tem a responsabilidade primária para determinar o

⁴BRASIL. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GETÃO. Disponível em:<www.planejamento.gov.br/assuntos/orcamento.../orcamentos.../2018/...2018/volume_iii....> Acesso em 10.mai.2018

⁵TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. 2ª ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000, p.18

⁶KOMMERS apud MAURICIO JUNIOR., Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.60-61

que pode ser razoavelmente exigido e, de acordo com a expressa previsão do art. 109, deve considerar outras questões de bem-estar públicas, assim como as demandas do equilíbrio econômico global, ao fixar suas políticas de dispêndio.

Para Ricardo Lobo Torres, os direitos sociais existem sob a reserva do possível, que o autor equipara à “reserva da lei orçamentária” ou de “arrecadação dos ingressos previstos nos planos anuais e plurianuais”, ou ainda da “soberania orçamentária do legislador”⁷.

A maior parte da doutrina nacional, quase uniformemente reconhece que a reserva do possível constitui uma limitação fática à implementação dos direitos sociais prestacionais. No entanto, quanto ao modo pelo qual a reserva do possível atua nessa limitação, é bem controversa a discussão.

Para Gustavo Amaral, a reserva do possível desloca quase que inteiramente o problema da efetivação dos direitos sociais prestacionais à esfera de atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Cita como exemplo o caso de pagamento de 13º salário aos funcionários públicos, que mesmo sendo regra de máxima eficácia, quando em hipótese de impacto orçamentário possa prejudicar a execução de serviços públicos essenciais à população podem ser postergados⁸.

O doutrinador Krell entende que o Brasil enfrenta problemas de exclusão social diferente daqueles enfrentados na Europa. Para ele, os países da América Latina teriam conseguido estabelecer serviços de medicina preventiva e curativa e sistemas escolares que atendem às necessidades básicas da população, concluindo que aqui no Brasil, a questão parece ser muito mais de vontade política e organização administrativa e que, na área de saúde, “a prestação concreta de serviços públicos precários e insuficientes por parte dos municípios, estados e da União deveria ser compelida e fiscalizada pelos tribunais”⁹.

Como se pode notar, as posições doutrinárias de Amaral e Krell configuram-se como exemplos extremados o papel da reserva do possível na argumentação jurídica da efetivação de direitos sociais. Enquanto Amaral entende como verdadeira questão peremptória, quase que inteiramente afastada da argumentação judicial. Krell considera a reserva do possível em questões como saúde, quase como irrelevante, transferindo para discussão judicial diversas outras questões relativas à alocação dos recursos.

⁷ TORRES, Ricardo Lobo *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 18, 61, 193.

⁸ AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 99-120.

⁹ KRELL, Andréas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

Quanto ao entendimento de Krell, não se pode deixar de mencionar que encaminhar a discussão sobre alocação de recursos da saúde ao Poder Judiciário envolve diversas questões sobre a legitimidade desse Poder sobre políticas públicas – questão que será abordada mais a frente no capítulo que se refere à Judicialização do custeio da saúde. No entanto é fácil perceber que o controle judicial sempre estará presente, às vezes em escalas maiores ou menores, sendo muito simplista afirmar que o Poder Judiciário não pode controlar outro Poder em razão apenas do princípio da separação dos poderes.¹⁰

O doutrinador Krell se filia à tese de que através do mínimo existencial para concluir pela exigibilidade das prestações em seu grau máximo. Neste sentido, este autor afirma que questões de saúde no Brasil são problemáticas por falta de vontade política e falta de organização administrativa, afirmando ainda que diversos outros países com economia parecida com o Brasil, pela simples organização, conseguiram estabelecer serviços de saúde que atendem às necessidades básicas da população.

A noção de que as prestações estatais possuem uma dimensão custo e que estão submetidas à reserva do possível traz luz a uma questão não muito abordada, que é a da correlação entre despesas geradas pelo fornecimento de prestação estatal com os recursos que a sociedade é capaz de dispor. A grande discussão é de que há recursos escassos para necessidades ilimitadas, e conseguir chegar ao equilíbrio dessas despesas e receitas e achar a medida de alocação desses recursos para aumentar a satisfação dessas necessidades é a grande questão, constitui enorme desafio.

De fato, este é um problema que afeta governos, empresas e até um simples ambiente doméstico. Por certo que, o ministro do planejamento, o diretor financeiro de uma empresa e até mesmo um pai de família têm ciência de que precisam adequar o total de seus gastos aos recursos disponíveis, e, por óbvio, se os gastos são superiores aos recursos, é necessário cortar custos ou aumentar as receitas. Desse modo, a gerência de um lar, de uma empresa, grande ou pequena e até de um país se desenvolve, principalmente através de decisões sobre a alocação dos recursos, sejam eles financeiros, materiais ou até humanos.

¹⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.126

3. JUDICIALIZAÇÃO DO CUSTEIO DA SAÚDE E SUAS PECULIRIDADES

Cada vez mais é possível notar a crescente busca da população de amparo através da tutela judicial, por parte dos usuários do Sistema Único de Saúde – SUS para o cumprimento de um direito fundamental garantido pela Constituição Federal. O Poder Judiciário em suas inúmeras decisões, tende a responsabilizar o Governo Federal, Estados e Municípios, ou seja, a Administração Pública, impondo o cumprimento das decisões judiciais na área da saúde, sem, contudo, avaliar os verdadeiros impactos orçamentários e a relação custo/benefício dos tratamentos.

Dois afirmativas sintetizam a participação do Poder Judiciário na condução da vida política no século XVIII. A primeira é de Montesquieu, segundo o qual o Judiciário era um poder “nulo”, não passando da “boca que pronuncia a vontade da lei”¹¹. A outra, pertence a Hamilton: “pode ser verdadeiramente afirmado que o Judiciário não possui força ou vontade, mas somente julgamento. Provando que o Judiciário seria, sem comparação o mais fraco dos três poderes e que por essa razão, não pode interferir nos outros com êxito e sucesso.”¹²

No Brasil, a Judicialização teve um claro crescimento a partir de 1988, principalmente em razão da ampliação do controle concentrado de constitucionalidade, associada a uma extensa declaração de direitos, e a um ativismo legislativo do Executivo, que, a partir dos anos 1990, passou a fazer uso indiscriminado de medidas provisórias.¹³

No entanto, o processo de judicialização sofre diversas críticas, principalmente quanto a divisão de competência dos poderes estabelecida pela Constituição, sendo oportuno lembrar que o ativismo judicial confronta diretamente à divisão dos poderes, sendo considerado possível invasão pelo Poder Judiciário, de competências reservadas aos Poderes Legislativo e Executivo na Constituição.

Pretende-se demonstrar parâmetros que legitimam a atuação judicial no que se refere ao direito à saúde, bem como apresentar algumas possíveis colisões entre esse direito fundamental e outros princípios constitucionais, além de analisar os impactos das decisões judiciais sobre a atividade administrativa e os escassos recursos públicos destinados à essa área.

¹¹ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 169-172.

¹² HAMILTON; Alexandre; MADISON; James; JAY, John. *The Federalist*. In: HUTCHINS (Ed.). *Great Books of The Western World*. Chicago: Encyclopedia Britannica, 1971 p.230.

¹³ VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 48-51.

No Brasil houve uma extensa positivação de diversos direitos fundamentais, na qual a Constituição assegurou não somente direitos individuais e liberdades políticas, como também garantiu diversos direitos sociais, econômicos e culturais, bem como direitos difusos e coletivos.

Dessa forma, importa inicialmente apresentar um panorama geral sobre o ativismo judicial, conceituando-o e tentando apontar as principais causas que levaram a sociedade a dar ao Poder Judiciário maior crédito no que tange à possibilidade de efetivação do direito à saúde.

Ao longo da história nacional e mundial, o Poder Judiciário tem agregado, progressivamente, às suas funções um protagonismo muito grande, com reflexos diretos na vida social, econômica e política de toda a sociedade.

Tal fenômeno é denominado como “ativismo judicial”¹⁴, que pode ser entendido, em sentido amplo, como o posicionamento proativo de juízes singulares e tribunais colegiados, deixando a posição de meros julgadores para antagonicamente se posicionarem de forma ativa, e talvez, por algumas vezes, arbitrariamente, na busca da efetivação dos direitos pleiteados e que se fazem necessários na individualidade do cidadão.

Os defensores dessa ação mais ativa do Poder Judiciário utilizam como principal argumento a necessidade de se concretizar direitos, já que haveria por parte dos demais poderes, uma omissão ou ação no sentido de dificultar a fruição dos direitos cravados na legislação federal.

Em diversas áreas do Direito são recorrentes esse “ativismo” do Poder Judiciário, como ocorreu no caso do reconhecimento da possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, na possibilidade de pesquisa com células-tronco, dentre outras. Estas decisões importam em consequências diretas na vida social, uma vez que tem relação direta com a definição de modos e estilos de vida.

Em corrente oposicionista, temos os que acham no mínimo perigosa essa atitude ativa dos juízes e tribunais, justamente, por refletir diretamente no seio social, acabando por criar um ambiente favorável à “judicialização da vida” - Termo originariamente cunhado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso.

Segundo o Jurista, os pretextos que levaram ao crescimento cada vez maior da “judicialização” seriam: a primeira causa, seria a *redemocratização* do país, com a promulgação da Constituição de 1988, que reavivou a cidadania e deu maior nível de

¹⁴ WIKIPÉDIA. Disponível em: < https://pt.wikipedia.org/wiki/Ativismo_judicial>. Acesso em: 23 mai. 2018.

informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar, através do Judiciário, a garantia de seus direitos. A segunda causa, refere-se à constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição novas matérias, antes abrangidas somente por outros processos políticos. Por último, a terceira causa, seria o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que permite que qualquer juiz ou tribunal deixe de aplicar determinada lei que entenda ser incompatível com o conteúdo da Constituição, característico do modelo americano, além disso, ainda há a possibilidade de exercer o controle através de ação direta, podendo ser levadas à apreciação imediata do Supremo Tribunal Federal, o que caracteriza, por sua vez, o modelo europeu.¹⁵ Assim várias questões políticas poderão ser objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal.

Atribuir à Constituição múltiplas questões, sobretudo as de caráter político, permite que a população busque obter, através do Poder Judiciário, a garantia dos direitos fundamentais exposta neste documento, dada a omissão, total ou parcial, prolongada por parte do Poder Público em concretizar o que se encontra no texto constitucional.

A presença do Poder Judiciário através das decisões monocráticas tomadas por juízes singulares, acaba concedendo a poucos indivíduos direitos não plasmados nas políticas públicas de saúde construídas para toda a sociedade, acarretando no Poder Judiciário decidindo onde, quando, como, e a quem parte dos recursos da saúde serão destinados, como é sabido, já bastante escassos.

A decisão judicial deve levar em conta fatores de ordem prática, como a disponibilidade de corpo técnico, a situação financeira do município e/ou Estado, além de tantos outros, já que por mais necessário e urgente que possa parecer àquele indivíduo, certos tratamentos, procedimentos possuem a necessidade de que se faça uma análise multidisciplinar imparcial por profissionais da área da saúde, promotores e até juízes, quanto à eficácia e o custo do tratamento, principalmente em tempos de contenção de gastos próprios de países em situação de crise financeira.

No Brasil, o litígio de saúde talvez esteja fazendo o sistema público menos justo, racional e isonômico. Os tribunais estão criando um sistema público de saúde de dois níveis, um para aqueles que podem recorrer e ter acesso a qualquer tipo de tratamento, independente dos custos necessários, e outro para o resto da população, que não tem acesso a cuidados irrestritos.

¹⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view.php?id=47743>>. Acesso em: 23 mai.2018

A saúde é um direito de todos assegurado constitucionalmente, todavia, as decisões judiciais não podem comprometer o gerenciamento e orçamento da saúde pública, principalmente em tempos de controle de gastos que o país atualmente se encontra.

Portanto, não basta tão somente que o Estado garanta a possibilidade de um indivíduo poder ajuizar uma ação judicial em busca da realização de um direito, mas deverá também prover meios materiais para que este direito também seja levado aos demais membros da sociedade. Essa problemática, por óbvio também acarreta a grande discussão quanto ao princípio da separação dos poderes, como já explanado anteriormente, indagando em que medida a *judicialização* afeta a divisão dos Poderes exposta na Constituição. A divisão dos poderes aponta contra o ativismo judicial nas políticas públicas em pelo menos dois aspectos. Um pois a Constituição não conferiu ao Poder Judiciário competências expressas para atuar na elaboração ou no desenvolvimento das políticas públicas. O segundo, questiona-se se o Poder Judiciário é o órgão mais adequado para tomar decisões sobre a aplicação de recursos, levando em conta sua composição e, principalmente, os procedimentos judiciais, confrontando com a necessidade de conhecimento técnico que envolvem decisões essa natureza.

Indaga-se assim, se a divisão dos poderes é um argumento favorável ou não à intervenção judicial nos atos administrativos e legislativos. Kelsen também apontou “deficiências na teoria da separação dos poderes” destacando que “este princípio parece exigir que nenhum dos três poderes seja controlado por qualquer um dos outros dois”, contudo “invoca-se o princípio da separação dos poderes para justificar o mais estrito controle da administração pelos tribunais”.¹⁶

Importante destacar que o princípio da separação dos poderes objetiva garantir a liberdade dos cidadãos, de maneira a impedir que um dos Poderes do Estado se torne um tirano, promovendo a correta distribuição das competências e estabelecendo controles recíprocos. Ao atribuir ao Poder Judiciário competência para solução de quaisquer controvérsias sobre ameaça de direito, a Constituição lhe outorgou os poderes necessários para executar tal função, contudo esse poder não é absoluto. Sendo certo que o magistrado não pode transpor a fronteira entre o Direito e a política, para alterar a discricionariedade do legislador pela sua sem razões relevantes. Do mesmo modo, não pode o Juiz desconsiderar as

¹⁶ KELSEN, Hans *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 400-401

limitações inerentes ao processo judicial.¹⁷ Contudo essa discussão, por ser muito ampla e específica, não será abordada por ora.

CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto acima, é possível arrematar algumas conclusões. A primeira conclusão refere-se ao tópico primeiro, no qual buscou-se analisar a tributação e o efetivo papel do Estado com o dever constitucionalmente garantido de tutelar o direito fundamental à saúde. Direito esse positivado pelo artigo 196 da CRFB/88 que estabeleceu o conceito positivo de saúde, que significa que o Constituinte entendeu que a proteção do direito em exame deve ser além da mera ausência de doença, de modo que a rede de salvaguarda do direito à saúde deve ser interligada com variados fatores, por exemplo, ambientais e sociais.

Buscou-se destacar que embora a saúde seja um direito garantido pela Lei Maior, na prática, a bem da verdade se verifica que o custo da garantia desse direito tem sido elevado aos cofres públicos, principalmente pela má gestão dos recursos públicos que são destinados a esse setor pelos gestores públicos.

Restou constatado que não há como se prestar qualquer serviço público, principalmente a saúde, sem uma contraprestação da sociedade, que é através do pagamento de seus impostos. Mencionou-se ainda que a Lei de Responsabilidade Fiscal trouxe mais segurança para a gestão das contas, na medida que estabeleceu, no âmbito nacional, modelos a serem seguidos no tocante aos gastos públicos de cada ente federativo, além de trazer efetivas punições para o mau gestor público.

Abordou ainda sobre a reserva do possível, destacando o entendimento do jurista Krell, que avalia que a reserva do possível em questões como saúde, seria quase irrelevante, afirmando que a discussão judicial seria principalmente relativa outras questões relativas à alocação dos recursos.

No último capítulo, que elencou a questão da crescente “judicialização” do custeio da saúde foi apontado que, embora a saúde seja um direito garantido pela Constituição, as

¹⁷ MAURICIO JUNIOR., Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, P.174.

decisões judiciais têm apresentado grande impacto e desequilíbrio no orçamento, levantando ainda, questão importante e controvertida sobre a invasão de competência dos poderes, ou desrespeito ao princípio da separação dos poderes disciplinado pela Constituição, acarretado pelo ativismo judicial.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eadcnpj/mod/resource/view.php?id=47743>>. Acesso em: 23 mai.2018

BRANDÃO, Carlos Gomes. *Processo e Tutela Específica do Direito à Saúde*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Processo_e_Tutela_Especificada_Direito_a_Saude.pdf>. Acesso em: 20 fev.2018

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 11 dez.2017

BRASIL. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GETÃO. Disponível em:<www.planejamento.gov.br/assuntos/orcamento.../orcamentos.../2018/...2018/volume_iii> Acesso em: 10.mai.2018

LEI COMPLEMENTAR Nº 141, DE 13 DE JANEIRO DE 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm>. Acesso em: 08 fev. 2018

LEI Nº 8.142, DE 28 DE DEZEMBRO DE 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18142.htm>. Acesso em: 08 fev. 2018

WIKIPÉDIA. Disponível em: < https://pt.wikipedia.org/wiki/Ativismo_judicial>. Acesso em: 23 mai. 2018.

AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes*. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 99-120.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.126

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, Revista de Direito Social, 34/11, abr- jun 2009, p. 10.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

HAMILTON; Alexandre; MADISON; James; JAY, John. The Federalist. In: HUTCHINS (Ed.). *Great Books of The Western World*. Chicago: Encyclopedia Britannica, 1971 p.230.

KELSEN, Hans *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 400-401

KOMMERS apud MAURICIO JUNIOR., Alceu. A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.60-61

KRELL, Andréas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MAURICIO JUNIOR., Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 169-172.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. 2ª ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2008, p.18

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 48-51.