

CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA SAÚDE

Priscila Costa de Farias¹
Paulo Renato Guedes Bezerra²

RESUMO

Analisa-se a possibilidade de existir controle jurisdicional das políticas públicas na área da saúde, a partir de revisão bibliográfica. Este fenômeno é uma questão de extrema relevância para a contemporaneidade, uma vez que apesar de existir posicionamento contrário à sua ocorrência, o entendimento que prevalece, através da análise da doutrina, precedentes jurisprudenciais e dos dispositivos da Constituição Federal de 1988, é que a sua ocorrência é perfeitamente cabível quando houver omissão ou atuação ineficiente dos Poderes Legislativo e Executivo, não havendo, dessa forma, nenhum tipo de violação à Teoria da Separação dos Poderes.

Palavras-chave: Controle jurisdicional. Judicialização. Intervenção Judicial. Políticas públicas. Teoria da Separação dos Poderes. Direitos fundamentais. Direito à saúde.

JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC POLICY IN HEALTH

ABSTRACT

The possible existence of judicial control of public policies in health care is analyzed from literature review. This phenomenon is a matter of utmost relevance to contemporary times, since although there is contrary to its occurrence positioning, understanding that prevails, through the analysis of the doctrine of judicial precedents and provisions of the Federal Constitution of 1988, is that its occurrence is perfectly appropriate when there is omission or inefficient work of the Legislative and Executive, and, that way, any violation of the Theory of Separation of Powers.

Keywords: Jurisdictional control. Legalization. Judicial intervention. Public policy. Theory of Separation of Powers. Fundamental rights. Right to health.

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN.
E-mail:priscilacfarias@hotmail.com.

² Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Professor do curso de Direito na UNI-RN (Centro Universitário do Rio Grande do Norte) e na UFRN. Procurador do Estado da Paraíba.
E-mail:paulorenato25@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente artigo possui como principal objetivo abordar uma temática amplamente discutida na contemporaneidade: a possibilidade do Poder Judiciário intervir nas políticas públicas no âmbito da saúde.

No intuito de esclarecer o assunto, este trabalho tratou ao longo do seu corpo aspectos de suma importância acerca da Teoria da Separação dos Poderes, dos direitos fundamentais, das políticas públicas, do direito social à saúde, da intervenção judicial e, por fim, promoveu a análise 03 (três) precedentes jurisprudenciais sobre o tema, os quais relataram que o Estado possui obrigação solidária frente à prestação do direito à saúde e que o Poder Judiciário possui legitimidade para intervir quando houver inércia/omissão ou atuação deficitária por parte dos demais poderes, não havendo, diante disso, nenhum tipo de ofensa ou violação à Teoria da Separação dos Poderes.

A relevância acerca da Teoria da Separação dos Poderes ocorre em razão de existir estudiosos com posicionamentos divergentes sobre o fato da intervenção judicial nas políticas públicas na área da saúde lesionar ou não a Teoria Tripartite. Diante disso, abordou-se e analisou-se os fundamentos de cada grupo, esclarecendo que os defensores da violação acreditam que com a judicialização o Judiciário estará usurpando as funções pertencentes aos demais poderes. Todavia, em contrapartida, relatou-se que quem defende esse fenômeno entende que o Poder Judiciário não está, de forma alguma, usurpando a competência do Legislativo e nem do Executivo, estando apenas assumindo as funções desses quando, respectivamente, atuarem de maneira omissa ou ineficiente quanto à elaboração e implementação das políticas públicas na área da saúde no país.

Além disso, relatou-se no trabalho a seguir apresentado os direitos fundamentais e as políticas públicas, esclarecendo o conceito, a origem de cada assunto, as etapas de elaboração das políticas, relatando ainda a relação entre essas duas matérias, uma vez que os direitos fundamentais (notadamente os sociais, os econômicos e os culturais) se concretizam através das políticas públicas, instrumentos os quais são elaborados pelo Poder Legislativo e implementados e efetivados pelo Executivo.

Ademais, com a finalidade de se aprofundar no tema, esclareceu-se o que vêm a ser o direito à saúde (direito fundamental de segunda geração), ponto no qual se abordou que esse é um direito pertencente à todos os cidadãos e que consiste em um dever solidário/comum de

todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) quanto à prestação dos serviços de saúde, de maneira que esses serão responsabilizados frente a sua atuação inerte ou deficitária.

E por fim, analisou-se o que vem a ser o controle jurisdicional nas políticas públicas na área da saúde, expondo-se argumentos contrários e a favor da sua ocorrência, esclarecendo-se ao final que a posição atualmente adotada é a possibilidade da judicialização frente à omissão ou a ineficiência da prestação de políticas públicas por parte dos entes de direito público.

TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A Teoria da Separação dos Poderes corresponde à existência de três funções estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário), as quais exercem o mesmo poder (único, indivisível e pertencente ao povo) e desempenham funções típicas e atípicas em suas atuações. Na visão de Bastos (1999, p. 159):

Também arrola-se entre os princípios fundamentais a chamada tripartição dos poderes, que poderia ter sido melhor chamada de tripartição de funções, uma vez que o poder ao povo pertence. O Legislativo, o Executivo e o Judiciário são meras funções desempenhadas pelo Estado, que exerce o poder em nome do povo.

Essa Teoria Tripartite foi criada com o objetivo de que as três funções estatais exercessem um controle recíproco, a fim de que fosse garantida a ordem constitucional.

A primeira noção que favoreceu o surgimento da Teoria da Separação dos Poderes nasceu na Antiguidade Grega, através da obra “Política” de autoria de Aristóteles, a qual previa a existência de três atos estatais diferenciados e que não eram independentes entre si.

Ulteriormente, com a evolução da sociedade, em virtude das grandes navegações e do crescimento do comércio, iniciou-se a decadência do clero e a simultânea ascensão da classe burguesa, situação a qual favoreceu o surgimento do Iluminismo, movimento que defendia que os poderes deveriam pertencer à autoridade governante de maneira definida, reprovando que esses fossem concentrados na figura do rei (soberano).

Em virtude do período instalado, o pensador inglês John Locke, através da sua obra “Segundo Tratado Sobre o Governo Civil”, publicada em 1690, aperfeiçoou a ideia de Aristóteles, discorrendo sobre a existência de três poderes presentes na sociedade, a saber: o legislativo (responsável por elaborar as leis e as normas), o executivo (incumbido de executar as leis) e o federativo (compreendia a administração da sociedade e o relacionamento com os países estrangeiros). Ademais, esse filósofo inglês definiu que os dois últimos poderes estariam ligados, sendo geralmente exercidos pelo mesmo indivíduo e subordinados ao Legislativo, destacando, dessa forma, a não independência entre os poderes.

Diante do pensamento elaborado e desenvolvido por John Locke, percebe-se a sua contribuição para o surgimento da Teoria da Separação dos Poderes elaborada posteriormente por Charles de Montesquieu, uma vez o Locke criou as diretrizes da Teoria.

Posteriormente, no Estado Liberal burguês, o pensador Charles de Montesquieu, em sua obra “O Espírito das Leis”, publicada no ano de 1748, influenciado pelas teses idealizadas e apresentadas pelos seus antecessores, considerou que os três poderes não estariam concentrados em um mesmo indivíduo e que cada um deveria ser exercido por um órgão diferente. A preocupação desse filósofo em estabelecer a existência de órgãos distintos para desempenhar individualmente os poderes, ocorreu em razão de evitar a arbitrariedade e a opressão de quem iria detê-los, caso houvesse a concentração em um só governante.

Ademais, verifica-se que Montesquieu estabeleceu que os órgãos que exerceriam o poder seriam independentes (não estariam subordinados uns aos outros) e harmônicos entre si (obedeceriam aos padrões definidos).

No mais, esse autor da Teoria Tripartite também se preocupou com a delimitação de atuação de cada órgão, de modo que um não poderia sobressair-se frente aos demais, contribuindo, dessa forma, para a formulação da Teoria de Freios e Contrapesos ou Checks And Balances (correspondente ao controle recíproco realizado entre os poderes e que visa impedir os abusos desses).

Além disso, o Barão de Montesquieu foi o responsável por classificar o Judiciário como poder, estabelecendo os três poderes com as seguintes denominações: Legislativo, Executivo e Judiciário. O primeiro seria responsável pela elaboração das leis, o segundo seria incumbido de julgar as demandas e os litígios entre os privados, e o terceiro responsável pela aplicação das leis elaboradas.

Diante da formulação da Teoria, posteriormente consagrada no artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos Humanos do Homem Cidadão, a Tripartição dos Poderes

passou a ser adotada pelos Estados Modernos, contudo essa adoção se deu de forma atenuada, uma vez que não se empregava a separação total entre os poderes, sendo permitido à esses a execução de funções típicas (específicas) e atípicas (pertencessem às demais funções estatais), rompendo, dessa forma, a ideia de separação absoluta defendida pelo seu idealizador.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Teoria da Separação dos Poderes foi consagrada como Princípio Constitucional. O primeiro momento que a Teoria Tripartite foi prevista no Brasil se deu na Constituição Política do Império do Brasil de 1824, a qual previu, além dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a existência de um quarto poder, o Moderador. Segundo o ensinamento de Maurílio Maldonado:

O Poder Moderador, juntamente com o Executivo, era concentrado no Imperador, proporcionando um desequilíbrio entre os poderes, uma vez que o governante detinha mais força em virtude da acumulação desses.

Na sequência, durante o período da ditadura, foi promulgada a Constituição Brasileira de 1937, a qual não mencionou em nenhum momento em seu texto constitucional as divisões das funções do Estado. Em seguida, promulgou-se a Constituição de 1967, a qual estabelecia expressamente em seu corpo a Teoria da Tripartição dos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário).

Posteriormente, promulgou-se a Constituição Federal de 1988, a qual, através de seu artigo 2º, estabeleceu a existência de apenas três poderes no país: Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como previu a independência e a harmonia entre esses, esclarecendo, assim, que não havia nenhuma supremacia entre eles, conforme expresso no artigo 2º da Constituição Cidadã: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL, 1988).

Ademais, a Constituição de 1988 determinou que a Teoria de Charlie Montesquieu, no ordenamento jurídico brasileiro, é uma cláusula pétrea, não podendo, assim, ser modificada, alterada ou suprimida do texto constitucional nem por emenda, conforme descrito em seu artigo 60, § 4º, inciso III.

Diante do exposto, nota-se que a Teoria da Tripartição dos Poderes no Estado Democrático de Direito é utilizada no intuito de limitar o poder político estatal, ou seja, possui o objetivo de efetivar as conquistas resultantes dos movimentos constitucionalistas, o qual defendia os direitos fundamentais como o centro do sistema jurídico, vislumbrando-se, a partir disso, a relação entre esses direitos e a presente teoria desenvolvida.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

O presente capítulo objetiva tratar sobre aspectos relativos aos direitos fundamentais e às políticas públicas, bem como visa abordar a relação existente entre os dois assuntos, uma vez que o primeiro é concretizado pelo segundo.

DIREITOS FUNDAMENTAIS

Direitos fundamentais, também conhecidos como direitos humanos ou liberdades públicas, são aqueles que foram criados com a finalidade de proteger o ser humano e limitar o poder do Estado, o qual detêm o dever de respeitar, proteger e promover aqueles.

De acordo com Marmelstein (2013, p. 17):

Os direitos fundamentais são as normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

O marco inicial das liberdades públicas ocorreu com o surgimento do Cristianismo, período no qual se defendeu que o ser humano era detentor de direitos básicos e naturais e que esses deveriam ser respeitados.

Entretanto, esses direitos eram dispersos e embora estivessem presentes na Carta Magna do Rei João Sem Terra, do ano de 1.215, e em outros documentos de suma importância da época, não havia uma preocupação do Estado em proporcionar um tratamento igualitário entre os indivíduos.

Ulteriormente, com a instalação do Absolutismo, o Estado, agora considerado forte e absoluto, estabeleceu que a vontade do Soberano era superior às leis e que não havia limites ao exercício do seu poder. No mais, esse regime empregou a intolerância religiosa e a inexistência de garantias processuais e de liberdade econômica, religiosa e de expressão. Foi

esse contexto absolutista de opressão que contribuiu para o surgimento da noção dos direitos fundamentais como normas jurídicas limitadoras do poder do Estado.

Após isso, com o desencadeamento das revoluções liberais (ou burguesas), as quais foram influenciadas pelo Iluminismo, pelo desenvolvimento do comércio e pela ideia de Adam Smith de que o Estado não deveria intervir na economia, o regime absolutista chegou ao fim e instalou-se o Liberalismo e o Estado Democrático de Direito.

Foi nesse período, que os Estados começaram a adotar Constituições escritas, as quais detinham dois objetivos basilares: limitar o poder estatal e estabelecer instrumentos que assegurassem as liberdades individuais, originando, dessa forma, o Constitucionalismo e a positivação dos direitos fundamentais.

Ademais, durante a vigência do liberalismo, houve o reconhecimento dos direitos à liberdade (como por exemplo: a liberdade de expressão e religiosa) e dos direitos políticos, sendo esse último instituído com o objetivo de regulamentar o exercício democrático do poder.

No mais, verifica-se que esses direitos civis e políticos estabelecidos compunham os direitos de primeira geração, os quais apresentavam teor individual, visavam limitar o poder estatal (o Estado deveria abster-se quanto a esses direitos), bem como previam uma igualdade formal e estavam embasados na ideia de liberdade.

Todavia, os direitos de primeira geração defendiam que a igualdade social era formal, ou seja, ela estava apenas prevista na lei e não era concretizada, razão pela qual o Estado continuava favorecendo as classes economicamente privilegiadas em detrimento das desfavorecidas. Some-se a isso, a insatisfação dos operários com as condições de trabalho estabelecidas durante a industrialização, razões pelas quais eclodiram inúmeras reivindicações de melhores condições de labor e de vida, instalando-se, assim, o Welfare State.

O Estado do bem-estar social visava proporcionar melhores condições básicas de vida para os indivíduos, bem como oferecer uma igualdade social material, ou seja, que saísse do plano idealizado e fosse realmente efetivada.

Nesse diapasão, os direitos individuais correspondentes à primeira geração não eram mais suficientes para contemplar a sociedade, surgindo a necessidade da implantação de outros direitos. Em virtude disso, introduziu-se direitos trabalhistas, econômicos, sociais e culturais, os quais compõe a segunda geração de direitos.

A segunda geração de direitos, a qual possui cunho coletivo, uma vez que objetivava reduzir as desigualdades sociais, ligava-se à ideia de igualdade e estabelecia a intervenção

estatal, através de diretrizes e tarefas, a fim de que esses direitos firmados fossem devidamente concretizados.

Todavia, com o término da Segunda Guerra Mundial e a instalação da crise do Estado Liberal, passou-se a instituir que os valores ligados à dignidade da pessoa humana deveriam ser universais, ou seja, os direitos fundamentais deveriam estar relacionados à humanidade e não somente em relação a um indivíduo ou grupo específico, conforme definido, respectivamente na primeira e na segunda geração de direito. Surgindo, dessa forma, a terceira geração de direito, a qual corresponde aos direitos de solidariedade e une-se à ideia de fraternidade.

Nesse sentido, explica Marmelstein (2013, p. 48):

Esses novos direitos visam à proteção de todo gênero humano e não apenas de um grupo de indivíduos. No rol desses direitos, citam-se o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

No ordenamento jurídico brasileiro, os direitos fundamentais foram inaugurados na Constituição de 1824, na qual estava inserida a primeira geração de direitos. O Brasil seguiu a mesma linha da igualdade social formal, uma vez que permitia-se no país a mão-de-obra escrava. No mais, a concretização desses direitos de primeira geração era comprometida em razão da existência do Poder Moderador, uma vez que esse era responsável por conceder poderes ilimitados ao imperador.

Diante do fim do regime do império, observa-se que as Constituições brasileiras promulgadas posteriormente acresceram liberdades públicas em seu texto constitucional, surgindo a segunda geração de direitos. No entanto, os direitos fundamentais somente ganharam destaque com a promulgação da Constituição Federal de 1988, uma vez que além de prever os direitos da terceira geração, pretendeu também concretizá-los no ordenamento jurídico brasileiro, conforme previsto no artigo 3º da Constituição Federal de 1988.

Em virtude disso, observa-se um comprometimento da Constituição Cidadã com os direitos humanos, em razão de que esses estão previstos em um rol extenso nos seus dispositivos iniciais, conferindo, dessa forma, uma posição privilegiada e de destaque.

No mais, a Constituição de 1988, determina que os direitos fundamentais são irrenunciáveis, limitados frente aos direitos dos demais cidadãos, inalienáveis e

imprescritíveis, estando o seu exercício e proteção, em caso de violação, assegurado pelas Garantias Constitucionais. Além disso, são cláusulas pétreas (não podem ser suprimidos ou modificados nem por emenda constitucional), e possuem aplicação imediata e hierarquia constitucional.

Ademais, os direitos fundamentais não são limitados à previsão dos artigos 5º ao 17 da Constituição Federal de 1988, uma vez que estão elencados ao longo de toda Carta Magna, de maneira expressa ou através de princípios, tratados e convenções dos quais o Brasil faça parte, conforme previsão do artigo 5º, §3º da CF, porém, vale salientar que isso ocorre sob a condição de que haja o reconhecimento de tal classificação pela própria Constituição Cidadã: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” (BRASIL, 1988).

POLÍTICAS PÚBLICAS

As políticas públicas foram criadas e desenvolvidas durante o Neoconstitucionalismo, fenômeno o qual proporcionou inovações no ordenamento jurídico, uma vez que estabeleceu que a Constituição é uma fonte suprema, com caráter normativo (suas normas apresentam força vinculante, isto é, são imperativas), situada no centro jurídico (irradia seus valores para os demais ramos do Direito) e com densidade no seu conteúdo normativo, além de possuir garantia constitucional (todos os ramos do Direito devem ser interpretados de acordo com que ela prevê).

Ademais, essa corrente jusfilosófica estabeleceu que a Constituição (fonte direta e auto-explicativa) possuía conteúdo material em evidência, uma vez que essa estabelecia os fins, os programas e os objetivos que deveriam ser cumpridos, no intuito de que as suas normas fossem efetivadas, ou seja, que saíssem do plano abstrato e realmente se concretizassem.

No mais, em razão do constitucionalismo contemporâneo determinar que a Constituição está situada no centro jurídico criou-se a Constitucionalização do Direito, fenômeno por meio do qual as políticas públicas são estabelecidas para efetivar os direitos humanos. Todavia, para que haja a efetivação desses, as políticas públicas devem estar em

conformidade com as metas, objetivos e diretrizes da Constituição, daí a breve relação de aproximação entre o modelo pós-positivista e as políticas públicas.

Conforme leciona Barros (2008, p. 52):

Chega-se, pois, a uma primeira conclusão: a efetividade de vários direitos fundamentais supõe o desenvolvimento de políticas públicas consoantes com as metas, objetivos e diretrizes constitucionais, que possuem caráter vinculante em relação aos poderes políticos, de modo que não podem passar despercebidas ao Direito.

As políticas públicas podem ser conceituadas como a atuação do Estado, compreendendo as formas de intervenção do poder público na sociedade, com o objetivo de efetivar os direitos fundamentais, notadamente os direitos sociais, econômicos e culturais.

Nas lições de Freire Júnior (2005, p. 48): “Interessante frisar que, em regra, as políticas públicas são os meios necessários para a efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que pouco vale o mero reconhecimento formal de direitos se ele não vem acompanhado de instrumentos para efetivá-los.”

Diante disso, observa-se que as políticas públicas são ações e planos elaborados e desenvolvidos pelo Governo nas esferas Federal, Estadual e Municipal, que são associadas à intervenção na área social, política e econômica e destinadas ao desenvolvimento da sociedade, fornecendo o bem-estar para a população e a garantia do exercício da cidadania. Nesse diapasão, verifica-se que as políticas públicas possuem caráter prático, uma vez que visam atingir a sociedade.

No mais, entende-se que a política pública não é um ato ou uma norma isolada, mas sim a reunião de vários desses e que visa um objetivo estabelecido pelo Poder Público ou imposto à esse pela Constituição.

Em razão da existência de diversos direitos fundamentais, verifica-se inúmeras políticas públicas, dentre as quais pode-se citar: políticas públicas relacionadas à saúde, à educação e à previdência social.

A formulação das políticas públicas pertence à responsabilidade do Poder Legislativo, cabendo ao Poder Executivo a implementação e a efetivação daquela.

O processo de criação das políticas públicas pode ser de iniciativa do próprio Governo ou da sociedade, sendo que nessa hipótese a população deverá solicitar, por meio de pedidos ou demandas, aos seus representantes políticos (Deputados, Vereadores e Senadores

eleitos) melhorias em determinado setor, os quais serão responsáveis por apresentar, através da Sociedade Civil Organizada (constituída por grupos organizados, como por exemplo: associação de bairro), as demandas aos Governadores, Prefeitos ou ao Presidente da República.

No processo de formulação dessa atuação do governo federal, estadual e municipal, primeiramente deve-se analisar as condições fornecidas para o exercício dos direitos fundamentais na União, nos Estados e nos Municípios. Em seguida, após verificar as lacunas que impedem o efetivo exercício desses direitos, deve-se dar prioridade as demandas mais necessitadas, uma vez que não há no país recursos suficientes para atender todos os interesses exigidos pelos membros da sociedade.

Diante disso, cabe ao Poder Executivo, através dos seus dirigentes, indicar a área a qual deverá haver a atuação do Governo, uma vez que aquele é incumbido da função de destinar a aplicação do orçamento financeiro do país nos setores da sociedade. Em virtude disso, verifica-se que o Poder Executivo apresenta uma discricionariedade para indicar a área que o Governo atuará de maneira prioritária, buscando sempre o bem-estar a população.

No mais, no decurso do tempo, percebe-se uma participação elevada dos Conselhos de Gestão Civil na elaboração das políticas públicas, em razão de que esses informam ao Poder Executivo as áreas que estão precisando de implementações de políticas públicas e esse avalia a necessidade de intervenção.

Nesse sentido, percebe-se que nas políticas públicas existem dois grupos, os quais são conhecidos como Atores, a saber: os Atores Estatais (provenientes do Governo, ou seja, os políticos eleitos pela população e os servidores públicos) e os Atores Privados (não possuem vínculo direto com a administração do Estado) são: imprensa, centros de pesquisa, grupos de pressão e de interesse, lobbies, associações da Sociedade Civil Organizada, entidades de representação empresarial, sindicatos patronais e de trabalhadores, bem como outras entidades representativas da Sociedade Civil Organizada (SCO).

As políticas públicas passam por cinco fases interligadas para serem plenamente elaboradas e efetivadas, compondo o denominado Ciclo das Políticas Públicas.

A primeira fase, denominada Formação da Agenda, é aquela na qual o Governo atua selecionando as prioridades que devem ser realizadas na sociedade, devendo levar em consideração a emergência da situação.

Nessa primeira etapa aborda-se aspectos como: a verificação dos indicadores da situação existente, os eventos simbólicos (acontecimentos que por causar repercussão perante

a população atraem a atenção para o assunto), os feedback das ações do Estado (resultados de programas anteriormente desenvolvidos e que não obtiveram êxito na sua atuação) e os processos institucionais.

A segunda etapa, conhecida como Formulação de Políticas, corresponde à fase em que é traçado o objetivo a ser alcançado com a implementação da política, ou seja, é a oportunidade na qual se define a meta para erradicar ou atenuar a situação problemática.

A terceira fase é o Processo de Tomada de Decisão, oportunidade na qual se apresenta as soluções aos problemas detectados na fase anterior, sendo toda tomada de decisão expressa em atos da administração pública brasileira, podendo-se citar como exemplificação: decretos e leis.

Na quarta etapa, Implementação ou Execução das Ações, ocorre a transformação da idealização da política em ato pelo corpo da Administração. No entanto, poderá ocorrer alterações nessa política, caso o corpo administrativo não aprove determinado critério definido nas fases anteriores.

A quinta e última fase de criação, denominada Avaliação, corresponde ao momento no qual avalia-se a relevância, os efeitos de suas ações, o objetivo e o impacto dessa política elaborada para a sociedade.

DIREITO À SAÚDE

O Capítulo II inserido no Título II da Constituição Federal de 1988 elenca os direitos sociais assegurados aos cidadãos, dentre os quais pode-se mencionar: moradia, previdência social, assistência aos desamparados, alimentação e saúde.

A saúde, a qual corresponde ao bem-estar físico, mental e intelectual do ser humano, compõe o sistema de seguridade social juntamente com a previdência e a assistência social. A diferença entre esses direitos de segunda geração encontra-se justamente no aspecto de que a primeira é igualitária, universal (todos tem acesso aos seus serviços), de interesse coletivo (interesse de toda sociedade) e gratuita (não exige nenhum tipo de contribuição por parte do indivíduo), enquanto que a segunda, apesar de ter aspecto universal, impõe a colaboração das pessoas para a sua utilização, e a terceira, embora não exija auxílio, apresenta caráter limitado, uma vez que se direciona somente às pessoas de classes econômicas desfavorecidas.

Realizada a diferenciação entre esses três direitos sociais, faz-se importante destacar a previsão do direito à saúde no artigo 196 da Carta de Outubro:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.” (1988, CF).

Essa redação ao estabelecer a saúde como um direito de todos e dever do Estado, refere-se, respectivamente, ao fato de que a saúde é tutelada por direitos individuais e coletivos e que os entes de direito público interno (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) possuem obrigação solidária frente à prestação dos serviços de saúde, sejam esses ofertados individualmente (visando à ausência de patologias) ou coletivamente (objetivando a promoção desse direito social na comunidade).

Reforçando o dever solidário de todos os Entes da Federação em relação à prestação da saúde aos cidadãos, o artigo 23, inciso II da Carta Magna estabelece que pertence à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o dever comum de cuidar da saúde.

Ademais, o artigo 196 ao garantir a saúde mediante políticas econômicas e sociais objetivou que essas concretizassem o direito à saúde, de maneira que esse não estivesse apenas presente no plano das ideias.

Essas políticas foram estabelecidas com a finalidade de reduzir os riscos de enfermidades e de outros agravos, no intuito de que com a existência de medidas preventivas a população estaria mais protegida. Além disso, as políticas sociais e econômicas foram instituídas para visar o acesso igualitário e universal à saúde, a fim de que o acesso à essa fosse oferecido sem nenhum tipo de discriminação ou de privilégios, de forma que todos os indivíduos, sem exceção (detentores de planos de saúde ou não), possuíssem direitos iguais à oferta, assistência e atendimento em todos os serviços de saúde.

Um exemplo de acesso igualitário à saúde foi a quebra das patentes de medicamentos destinados ao tratamento da AIDS e das doenças sexualmente transmissíveis, uma vez que, ao haver a ruptura da patente, o Estado passou a utilizar seus recursos, antes destinados a compra dos medicamentos patenteados e ofertados à apenas algumas pessoas em razão dos elevados gastos, para fornecer esses remédios à todos os cidadãos que deles necessitassem, havendo, dessa forma, o acesso igualitário e universal.

E por fim, o presente artigo ao referir-se às políticas sobre ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde, objetivou a redução, bem como a eliminação das moléstias e dos agravos.

Assim, diante dessa atuação estatal (promoção, recuperação e proteção do estado de saúde), entende-se que o Estado compreende três níveis de atenção à esse direito de segunda geração: assistência (direcionada individualmente e coletivamente aos seres humanos), intervenções ambientais (faz alusão às condições sanitárias e ao controle dos transmissores de doenças) e políticas externas dirigidas ao bem-estar físico, mental e intelectual dos cidadãos.

O direito à saúde, o qual foi notadamente analisado acima no artigo 196, foi estabelecido no corpo textual da Constituição Federal de 1988 com dois aspectos fundamentais: a preservação da saúde e a proteção, juntamente com a recuperação, do estado físico, mental e intelectual do ser humano. O primeiro, corresponde à garantia da integridade e da dignidade da pessoa humana, reportando-se à diminuição dos riscos de doenças, já o segundo refere-se à prevenção das afecções e ao tratamento dessas, o qual deve ocorrer através de serviços e programas.

Assim, diante de todo exposto, nota-se que as entidades da Federação, seja de âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devem atuar de forma que promova, proteja e recupere o estado de saúde, uma vez que o Estado é instituído constitucionalmente como o garantidor do direito social à saúde, sendo, dessa maneira, responsabilizado pela sua inércia ou pela sua atuação deficiente na prestação dos serviços de saúde.

A Carta Magna estabeleceu em sua redação que as ações e os serviços, os quais são mantidos pelo Poder Público e instituídos para promoção, recuperação e proteção da saúde, compõe o Sistema Único de Saúde (SUS), conforme previsão do seu artigo 198:

As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada, hierarquizada e constituem um sistema único de saúde, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III – participação da comunidade. (BRASIL, 1988).

O artigo 198 ao estabelecer a direção única do SUS, o qual apresenta diretrizes nacionais, refere-se ao fato de que o Sistema Único de Saúde possui apenas uma orientação em cada nível do governo, ocorrendo no âmbito da União, através do Ministério da Saúde, e nos Estados e Municípios por meio das Secretarias de Saúde.

Além disso, previu-se também a hierarquização do Sistema, a qual corresponde à existência de três categorias de atendimento aos indivíduos: atendimento primário (básico),

secundário (mediano) e terciário (complexo), de forma que a pessoa, conforme a complexidade e evolução do seu quadro clínico será incluída em um desses níveis de atendimento, conforme leciona Serrano (2009, p. 82): “se uma pessoa tem dor e cabeça e febre deve se dirigir a um posto de saúde. Verificando-se que se trata de meningite, será referenciada a uma unidade de atendimento terciário, para internação.”

Diante disso, observa-se que não há hierarquia entre os entes federados, o que ocorre é que a União comanda o SUS em âmbito nacional, os Estados no aspecto regional e os Municípios são os incumbidos de executar os serviços de saúde, através da gerência de ações e recursos destinados a eles por parte daquelas entidades.

No mais, a redação do artigo 198 da Constituição Federal de 1988 previu a regionalização, a qual corresponde à criação de áreas de saúde onde deverá conter os três níveis de atendimento à saúde acima explicados.

Além disso, esse artigo determinou em sua redação que o Sistema Único de Saúde é descentralizado, característica a qual corresponde à execução dos serviços, onde a União e os Estados destinam suas gestões de ações e recursos aos Municípios, no intuito de esses prestem os serviços na área da saúde. Todavia, apesar dessa execução ser descentralizada, todos os entes da federação permanecerão responsáveis solidariamente e permanentemente em relação à prestação dos serviços de saúde, de modo que quando esses não forem prestados por uma entidade caberá as demais ofertá-los.

Por fim, instituiu-se a assistência integral do SUS, a qual corresponde aos serviços de prevenção e de tratamento das enfermidades, de maneira que o Sistema Único de Saúde deverá prestá-los aos cidadãos.

INTERVENÇÃO JUDICIAL NA SAÚDE

A intervenção jurisdicional, também conhecida como controle jurisdicional ou judicialização, é o termo que se refere ao fato do Poder Judiciário intervir nas funções dos demais poderes, a fim de suprir a omissão ou a atuação deficiente do Legislativo e do Executivo em relação a determinadas questões de cunho social e político. Conforme explicita Barroso (2009, p. 2):

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias de políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública geral.

Diante disso, verifica-se que a intervenção judicial nas políticas públicas amplia o desempenho do Poder Judiciário, uma vez que esse atua em questões reservadas aos demais poderes, sem que para isso haja precisamente uma invasão ao Princípio da Separação dos Poderes ou exista uma delegação de matérias pelos últimos poderes ao primeiro.

A intervenção jurisdicional, ao contrário do ativismo judicial³, ocorre quando o Poder Judiciário não possui escolha para atuar, uma vez que deve agir em conformidade com o que lhe foi designado pelo legislador.

No tocante à sua origem no Brasil, o controle jurisdicional foi influenciado por três aspectos: a redemocratização do país, a constitucionalização abrangente e o controle de constitucionalidade adotado pela Constituição.

O primeiro critério que influenciou ocorreu em virtude da elaboração e promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual fortaleceu o Poder Judiciário, uma vez que esse passou a confrontar os demais poderes e expandiu o Ministério Público e a Defensoria Pública, proporcionando para a população um maior conhecimento de seus direitos.

Já o segundo, se deu em razão da introdução de novos assuntos na Constituição Federal de 1988 passíveis de atuação do Poder Judiciário, matérias as quais antes eram apenas reservadas aos Poderes Executivo e Legislativo. E por fim, o terceiro ponto de influência reporta-se ao controle de constitucionalidade, o qual juntamente com a ação coletiva, é um instrumento utilizado para a ocorrência da intervenção judicial nas políticas públicas.

Todavia, a posição dos doutrinadores acerca da judicialização nas políticas públicas não é pacífica, uma vez que há defensores que assumem uma postura contrária, bem como existe quem se posicione a favor desse instrumento.

O entendimento antagônico à intervenção judicial nas políticas públicas apresenta os seguintes argumentos: falta de legitimidade do magistrado, risco de politização da justiça, limitação à capacidade institucional do Poder Judiciário e violação ao Princípio da Separação dos Poderes. A primeira objeção corresponde ao fato de que o juiz não ocupa um cargo

³ O ativismo judicial corresponde à uma interpretação ampla\extensiva da Constituição por parte do Poder Judiciário, o qual poderá atuar além do que foi previsto nas normas pelo legislador, havendo, dessa maneira, a configuração de uma maior interferência desse poder nas funções dos demais.

através de eleição do povo e, assim, não poderia exercer certas atribuições pertencentes aos demais poderes, como por exemplo: destinar a aplicação de recursos financeiros públicos na sociedade. Conforme ensina Freire Júnior (2005, p. 51):

Haveria na atuação dos juízes em matéria política uma ilegítima invasão de poder reservado a outra função estatal. Por melhor intencionado que estivesse o magistrado, sua ação careceria de conteúdo constitucional, configurando-se, invariavelmente, num arbítrio. Haveria, portanto, um insanável déficit democrático na atuação de juízes exercendo controle de atividades políticas.

Além disso, defende-se que a judicialização é incompatível com a característica de imparcialidade pertencente ao membro do Poder Judiciário e que a sua falta de legitimidade oferece risco para a democracia, uma vez que os magistrados podem tornar inválidos os atos desempenhados pelo chefe do Poder Executivo ou pelos membros do Congresso Nacional, os quais devidamente ocupam seus respectivos cargos por meio de uma eleição.

O segundo argumento refere-se ao fato de que se a justiça se tornasse política, aquela seria realizada em conformidade com os interesses e vontades daqueles que detivessem o poder.

Já o terceiro argumento, refere-se ao aspecto de que o Judiciário nem sempre é o meio mais adequado para resolver determinadas situações, de maneira que a solução dessas deveria pertencer aos demais poderes (Executivo ou Legislativo). Ademais, o limite na atuação do Judiciário deve existir para que esse atue com cautela, bem como para que suas decisões não contenham efeitos inadequados e indesejáveis, não desestabilizando, dessa forma, a continuação das políticas públicas e o comprometimento dos recursos públicos.

Por último, e não menos importante, acredita-se que a intervenção judicial viola o Princípio da Separação dos Poderes, uma vez que defende-se que o Poder Judiciário estaria usurpando as competências designadas aos demais poderes, em razão de assumir funções pertencentes ao Legislativo e ao Executivo. Diante disso, os adeptos contrários à judicialização entendem que a existência desse fenômeno tornará o Poder Judiciário superior ao demais, violando, dessa forma, a Teoria Tripartite. De acordo com Américo Freire Júnior (2005, p. 51): “Aduz-se, ainda, que admitir o controle judicial de políticas públicas significaria colocar o Judiciário como um superpoder, visto que poderia sempre controlar, mesmo que por razões tão confessáveis, os atos dos demais poderes. Tal situação implicaria a quebra da igualdade e separação dos poderes”.

Em contrapartida, existem os defensores da intervenção judicial nas políticas públicas, os quais posicionam-se no sentido de que o membro do Poder judiciário, apesar de não ser eleito pelo povo, defende a minoria e impede que essa seja desfavorecida frente aos interesses majoritários.

Ademais, defende-se que a intervenção judicial do magistrado não causa risco à democracia, uma vez que o juiz atua em conformidade com a Constituição Federal e com as leis, representando de forma indireta a vontade popular. Além disso, frisa-se que o juiz possui legitimidade na judicialização, uma vez que visa efetivar as normas constitucionais mesmo que não atenda aos interesses da maioria, podendo inclusive atuar além da legislação, porém nunca acima dela.

No mais, aduz-se que há uma ligação entre política e justiça, uma vez que o direito tem origem em interesses majoritários e que ao ser aplicado influencia a realidade política, em razão de produzir efeitos na sociedade.

Também acredita-se que o controle jurisdicional não viola o Princípio da Separação dos Poderes, em virtude de que o Judiciário não estaria usurpando a competência do Legislativo e nem do Executivo, estando apenas assumindo as funções desses quando esses, respectivamente, atuarem de maneira omissa ou ineficiente quanto à elaboração e implementação das políticas públicas no país. Nesse diapasão, verifica-se, segundo os defensores desse fenômeno, que o Poder Judiciário só atuará quando o Legislativo ou Executivo não cumprirem as suas funções, ou seja, só se recorrerá ao Judiciário quando esses atuarem de forma inerte ou deficiente, uma vez que a garantia do direito fundamental deve ser priorizada.

Diante de todo exposto acerca da intervenção jurisdicional na política pública, verifica-se que essa ocorre quando o Poder Legislativo ou o Executivo deixam de executar as suas funções, ou seja, não elabora as políticas públicas voltadas àquele direito social (omissão total), bem como quando executa essas políticas públicas já elaboradas de maneira ineficiente (omissão parcial), uma vez que o Estado não pode prestar o serviço aos cidadãos de forma deficiente e nem excluir certos indivíduos da atuação das políticas públicas. Consoante Freire Júnior (2005, p. 81): “Outra faceta importante a ser analisada é a omissão parcial. De fato, existem políticas públicas, mas ou elas são insuficientes para atender a demanda, ou o critério adotado pela política pública exclui determinados grupos ou cidadãos de sua abrangência.”

No campo da saúde (direito social pertencente à todos os indivíduos), um exemplo de omissão total é quando o Poder Executivo não fornece o coquetel ao portador do vírus HIV,

cabendo ao Poder Judiciário intervir nessa competência atribuída àquele e determinar a viabilização dos medicamentos, não ferindo, de forma alguma, o Princípio da Separação dos Poderes. Todavia, um exemplo acerca da omissão parcial é quando o serviço de saúde somente é prestado em relação à um determinado grupo de cidadãos, enquanto ao outro esse serviço, por algum critério adotado, é negado.

Pelo que já foi abordado nesse capítulo e nos anteriores, observa-se que todos os entes federativos são responsáveis por garantir o direito social à saúde, de maneira que o Judiciário tem atuação secundária, ou seja, somente atuará quando o direito à saúde buscado pelo cidadão for recusado, seja em decorrência da ausência da existência de políticas públicas ou em virtude da sua prestação ineficiente. No mais, não se pode justificar a não atuação ou a prestação deficiente sob o fundamento de ausência de recursos financeiros, uma vez que o Estado adota uma postura garantidora frente aos direitos fundamentais e cabe ao judiciário intervir e exigir que os demais poderes cumpram suas funções, em razão de não poder haver ofensa ao direito à saúde devido à ausência de verbas públicas.

Nas lições de Serrano (2009, p. 127):

A judicialização deve ser tratada, inserida em tal contexto, como um exercício da democracia a assegurar um mínimo de dignidade, provocando o executivo a buscar uma gestão das políticas públicas mais eficaz, capaz de contemplar ao menos integridade física dos administrados. O que se busca pela judicialização, nesta seara de atuação, relativamente ao direito à saúde, é bom que se diga, não é a concretização de prerrogativas utópicas ou arbitrárias, mas condições mínimas de saúde, a evitar o próprio perecimento humano, com a ideia prospectiva de alargamento da eficácia, cabendo justamente ao Judiciário o papel relevante da interpretação dos fatos e fundamentos do direito no caso concreto, ponderando os valores em jogo, especialmente, com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

O presente capítulo visa expor três precedentes jurisprudenciais acerca do controle jurisdicional das políticas públicas na área da saúde, bem como objetiva a análise do respectivo teor de cada um.

As jurisprudências a seguir expostas defendem a possibilidade do Poder Judiciário intervir quando houver inércia/omissão ou atuação falha por parte dos demais poderes, não havendo, diante disso, nenhum tipo de violação à Teoria da Separação dos Poderes. Ademais, esses precedentes jurisprudenciais esclarecem que todos os entes da federação possuem obrigação solidária frente à prestação do direito à saúde, seja em relação à viabilização de medicamentos não previstos em lista especial ou em razão do fornecimento de fraldas geriátricas para o cidadão que não possui recurso financeiro suficiente para arcar com a compra desse material ou, ainda, em virtude do fornecimento de medicamentos de elevados custos destinados à cura e tratamento dos indivíduos que desses necessitam e não possuem condições financeiras de adquiri-los.

Caso 01:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DA FEDERAÇÃO. ARTIGOS 23, II E 196, CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IRRELEVÂNCIA DE OS MEDICAMENTOS NÃO ESTAREM PREVISTOS EM LISTA. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA. De acordo com firme orientação do Supremo Tribunal Federal, o direito à saúde é dever do Estado, lato sensu considerado, a ser garantido modo indistinto por todos os entes da federação - União, Estados, Distrito Federal e Municípios -, forte nos artigos 6º, 23, II e 196, da Constituição Federal, independentemente da previsão do medicamento pleiteado nas listas do SUS, ou especificamente na lista correspondente ao ente demandado, na esteira, aqui, de precedentes do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal de Justiça. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. A decisão judicial que determina o cumprimento de norma constitucional elevada à categoria de direito fundamental, ante a omissão do Poder Público, não viola o Princípio da Separação dos Poderes (art. 2º, CF/88), até mesmo porque a Constituição Federal garante a todos o direito à apreciação, pelo Poder Judiciário, de lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV, CF/88). PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. É inegável a preponderância do direito à saúde, assegurado pela Constituição Federal, frente ao princípio da reserva do possível, cuja aplicação, tem sido relativizada pelo Supremo Tribunal Federal, em situações como a dos autos. INSUFICIÊNCIA DE VERBA ORÇAMENTÁRIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. PREVALÊNCIA DO DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). A alegada insuficiência de verba orçamentária, a par de ceder ante a prevalência do direito à saúde, assegurado pelo art. 196, CF/88, não restou comprovada nos autos. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFENSORIA PÚBLICA. CONDENAÇÃO DO MUNICÍPIO. REDUÇÃO. CABIMENTO. Perfeitamente possível a condenação do Município a pagar honorários advocatícios à parte autora, representada pela Defensoria Pública, ausente

instituto da confusão jurídica relativamente às pessoas jurídicas e seus órgãos. Considerando o pleito em juízo de medicamentos cuja substituição por fármacos fornecidos gratuitamente pela rede pública mostrou-se autorizada, cumpre reduzir a verba honorária, tendo em conta, também, a simplificação que a instrução da demanda terminou por expressar. (Apelação Cível 70054596374. Relator Armínio José Abreu Lima da Rosa. Vigésima Primeira Câmara Cível no Rio Grande do Sul RS. DJ 26/06/2013). (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2014b, grifo nosso).

Sabe-se que o Poder Judiciário não cria direitos, ele apenas aplica esses aos casos concretos, nesse diapasão a jurisprudência acima esclarece que a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 196 estabelece a saúde como um direito de todos e dever do Estado, bem como prevê em seu dispositivo 23, inciso II que é competência comum à todos os Entes da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) a obrigação de zelar por esse direito social.

Além disso, o entendimento jurisprudencial analisado afirma que a ausência de medicamento em listas oficiais disponibilizadas pela ANVISA não obsta a concessão de medicamentos necessários ao tratamento do indivíduo, uma vez que se o medicamento é indispensável ao tratamento ou à cura do cidadão, o Estado possui o dever de proporcionar eficácia máxima ao direito à saúde independentemente do medicamento constar ou não em lista oficial.

Segundo Serrano (2009, p. 127):

Efetivamente, não se justifica o não reconhecimento do direito à saúde para resguardar a integridade da própria vida de um determinado cidadão que necessita de medicamento imprescindível para tratamento, caso não esteja incluído em lista oficial, a qual é absoluta e prevê, ao contrário, distribuição de medicamentos tão somente às necessidades básicas e prioritárias.

No mais, o precedente jurisprudencial exposto defende que não houve lesão ao Princípio da Separação dos Poderes, uma vez que o Poder Judiciário tem o dever de aplicar a lei e ao agir dessa forma não invade o campo de atuação pertencente ao Poder Executivo e Legislativo.

Caso 02:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. PESSOA PORTADORA DE SEQUELAS DE AVC. FORNECIMENTO DE FRALDAS GERIÁTRICAS DESCARTÁVEIS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DA FEDERAÇÃO. ARTIGOS 6.º, 23, II E 196, CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES. De acordo com firme orientação do Supremo Tribunal Federal, o direito à saúde é dever do Estado, lato sensu considerado, a ser garantido modo indistinto por todos os entes da federação - União, Estados, Distrito Federal e Municípios, forte nos artigos 6.º, 23, II e 196, da Constituição Federal, a abarcar, portanto, o fornecimento de fraldas geriátricas descartáveis a pessoa portadora de sequelas de AVC, quando presentes (1) as condições de saúde da parte e (2) a ausência de recursos financeiros para aquisição, consoante se dá na hipótese dos autos. BLOQUEIO DE VALORES. POSSIBILIDADE. É legal, na forma do art. 461, § 5º, do CPC, a determinação judicial de bloqueio de valores que guardem correlação aos valores necessários ao custeio do tratamento, não havendo qualquer violação ao comando contido no art. 100, da CF/88, devendo ser levada em consideração a garantia constitucional do direito à vida insculpida no art. 196 da Carta Magna. (Apelação Cível nº 70041477613. Relator Armínio José Abreu Lima da Rosa. Vigésima Primeira Câmara Cível em Santa Maria RS. DJ 23//03/2011) (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, 2014a, grifo nosso).

A jurisprudência apresentada acima defende o entendimento de que quando um cidadão for portador de sequelas de AVC e pelas suas condições de saúde necessitar de fraldas geriátricas descartáveis e não possuir recursos suficientes para arcar com a compra desse material, uma vez que haverá o comprometimento da sua subsistência e da de sua família, as pessoas políticas de direito público (União, Estado, Distrito Federal e Municípios) serão solidárias quanto ao fornecimento do material, pois quando se verifica o binômio necessidade e insuficiência de recursos por parte do paciente, os Entes da Federação possuem o dever de assegurar a viabilização do material.

Caso 03:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. PRÉ-QUESTIONAMENTO. INOVAÇÃO PARCIAL DA TESE DEFENSIVA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. OMISSÃO QUANTO PRONUNCIAMENTO SOBRE OS ARTS. 2º, 37, XXI, E 167 DA CF. POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM CASO DE OMISSÃO OU ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAIS. INEXISTÊNCIA DE DETERMINAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE COMPRA SEM LICITAÇÃO. MODO DE CUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL QUE COMPETE AO OBRIGADO. FALTA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. ÔNUS DA PROVA DO RÉU. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDOS E, NESSA PARTE, DESPROVIDOS. (Embargos de

Declaração em Apelação Cível 2009008932-6/000100. Relator Desembargador Dilermando Mota. 1ª Câmara Cível. DJ 13/04/2010). (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE, 2014, grifo nosso).

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo Estado do Rio Grande do Norte em face de decisão judicial proferida pela 1ª Câmara Cível questionando o mérito dessa. Ao analisar a situação, a Corte entendeu que a decisão judicial questionada não violou o Princípio da Separação dos Poderes (artigo 2º da Carta Magna), uma vez que é legítimo constitucionalmente ao Poder Judiciário realizar intervenção judicial nas políticas públicas, seja em razão da inércia (ou omissão) do estado ou em virtude da abusividade do governo.

Além disso, o entendimento acima reforçou que os entes da federação detêm obrigação solidária frente ao fornecimento de medicamento de alto custo necessário à cura e tratamento do paciente que dele necessite e que seja desprovido de recurso financeiro suficiente para a sua aquisição.

No mais, também se destacou que o juiz de 1º grau ao impor a compra da medicação de alto custo destinada ao paciente não violou o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988, pois aquele não impôs, em nenhum momento, que a compra do medicamento fosse efetuada sem licitação, determinado apenas que a compra fosse realizada, independentemente de como seria a sua aquisição pelo Estado.

CONCLUSÃO

Diante de todo exposto no presente trabalho, verifica-se que o Controle Jurisdicional das Políticas Públicas na Área da Saúde é um assunto de extrema importância na atualidade, uma vez que decorre da possibilidade do Poder Judiciário intervir em questões reservadas aos demais poderes, em virtude da inércia ou da atuação ineficiente desses.

O artigo em questão buscou demonstrar, através da existência de posicionamentos divergentes, a viabilidade da judicialização nas políticas públicas sem que para isso haja lesão ao Princípio da Separação dos Poderes. Em razão disso, relatou-se a importância da Teoria Tripartite, recorrendo sobre seu contexto histórico, conceito, objetivo, bem como se analisou os argumentos sobre a existência ou ausência de violação à essa teoria por parte da intervenção judicial.

Ademais, relatou-se detalhadamente a passagem histórica, o conceito dos Direitos Fundamentais e das Políticas Públicas, as quais são elaboradas, por meio de 05 fases (Formação de Agenda, Formulação de Políticas, Processo de Tomada de Decisão, Implementação de Ações e Avaliação), para concretizar os direitos fundamentais, notadamente os de segunda geração.

Além disso, abordou-se a temática do direito à saúde, o qual é previsto no artigo 196 da Carta Magna e que é um direito assegurado aos cidadãos por todos os Entes da Federação de forma solidária. No mais, relatou-se também a própria questão judicialização, fenômeno sobre o qual esclareceu-se aspectos contrários e adeptos à sua ocorrência.

Diante disso, verifica-se, inclusive por meio da análise de precedentes jurisprudenciais, que apesar de existir defensores contrários ao controle judicial nas políticas públicas na área da saúde, que esse fenômeno é perfeitamente cabível e legítimo no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o Poder Judiciário só atuará quando o Legislativo for omissos quanto à elaboração das políticas públicas ou quando o Executivo implementá-las e efetivá-las de forma deficiente. Dessa maneira, não há que se falar em violação da Teoria Tripartite, pois o Judiciário não está usurpando nenhuma competência pertencente aos demais poderes, estando apenas atuando secundariamente quando esses não cumprirem suas funções seja por inércia ou ineficiência, devendo o interesse da sociedade sempre ser priorizado.

REFERÊNCIAS

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: Parâmetros objetivos e tutela coletiva**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2014, 18:26.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

COUCEIRO, Julio Cezar. **Princípio da Separação de Poderes em corrente tripartite**. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 23 jan. 2014, 15:45.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas S.A, 2012.

FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual. EC nº 67/2010 e em consonância com a Jurisprudência do STF. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GUEDES, Juliana Santos. **Separação dos Poderes? O Poder Executivo e a Tripartição de Poderes no Brasil**. Disponível em:

<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.unifacs.br%2Frevistajuridica%2Farquivo%2Fedicao_fevereiro2008%2Fdiscente%2Fdis16.doc&ei=DD04U9HRAajA0AHGp4CIAQ&usg=AFQjCNHqdgI6IDyzGJvjHf6_MNsFeJvDrg>. Acesso em: 21 jan. 2014, 16:45.

MALDONADO, Maurílio. **Separação dos Poderes e Sistema de Freios e Contrapesos: Desenvolvimento no Estado Brasileiro**. Disponível em:

<http://www.al.sp.gov.br/arquivos/documentacao/estudos-e-manuais/estudos-ILP/sep_poderes.pdf>. Acesso em 23 jan. 2014, 15:33.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2013.

PEIXINHO, Manoel Messias. **O Princípio da Separação dos Poderes: A Judicialização da Política e Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/3/3>>. Acesso em: 23 jan. 2014, 15:30.

PRADO, Ana Paula Barroso de Salles Paiva. **Direito Fundamental à Saúde: direito social tratado como direito individual no Brasil**. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/dissertacoes/22.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2014, 17:51.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. **O Direito Fundamental à Saúde na Perspectiva da Constituição Federal: uma análise comparada**. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2010/04_O_direito_fundamental.pdf>. Acesso em 26 jan. 2014, 18:43.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas Diretrizes Constitucionais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

SOUZA, Fernanda Oliveira de. **A Intervenção Judicial na Garantia da Efetivação do Direito à Saúde: possibilidades e limites no caso dos medicamentos**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_1/fernanda_souza.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2014, 16:07.

TRIBUNAL de Justiça do Rio Grande do Norte. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://esaj.tjrn.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=0&tpClasse=J>>. Acesso em: 29 mar. 2014, 15:00.

TRIBUNAL de Justiça do Rio Grande do Sul. **Jurisprudência**. Disponível em: <http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70041477613%26num_processo%3D70041477613%26codEmenta%3D4076203+Constitucional.+Direito+%C3%A0+sa%C3%BAde.+Pessoa+Portadora+de+Sequelas+de+AVC&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70041477613&comarca=Comarca+de+Santa+Maria&dtJulg=23-03-2011&relator=Arm%EDnio+Jos%E9+Abreu+Lima+da+Rosa>. Acesso em: 29 mar. 2014a, 16:17.

_____. _____. Disponível em: <http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70054596374%26num_processo%3D70054596374%26codEmenta%3D5333692+inmeta%3ADa+taJulgamento%3Adaterange%3A2013-06-26..2014-03-29+&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70054596374&comarca=Comarca+de+S%E3o+Luiz+Gonzaga&dtJulg=26-06-2013&relator=Arm%EDnio+Jos%E9+Abreu+Lima+da+Rosa>. Acesso em: 29 mar. 2014b, 14:37.