

**O CONTROLE JURISDICIONAL
DA DISCRICIONARIEDADE EM POLÍTICAS
PÚBLICAS DE SAÚDE: CRITÉRIOS MATERIAIS
DE APRECIÇÃO**

**THE JURISDICTIONAL CONTROL
OF DISCRICIONARITY IN PUBLIC HEALTH
POLICIES: MATERIAL CRITERIA FOR ASSESSMENT**

*Zaiden Geraige Neto**

*João Pedro Silvestrini***

*Thiago Ribeiro Franco Vilela****

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto central demonstrar a viabilidade e a legitimidade da judicialização da política de áreas de saúde, ainda que versem sobre ato administrativo discricionário. Defende-se inicialmente a relação entre política e constituição, bem como os direitos concebidos dessa relação, tornando-se obrigação de contraprestação estatal de acesso à saúde como condição de dignidade humana. Em seguida, compreende-se que a matéria administrativa, mesmo que discricionária, apresenta elementos capazes de inferência do Poder Judiciário, em razão do permissivo constitucional. A questão é polêmica, haja vista diversos posicionamentos que condenam essa conduta do Judiciário, atribuindo-lhe o

-
- * Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade de Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto-SP (Unaerp). Professor Convidado do curso presencial de pós-graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto-SP (FDRP/USP). MBA Executivo pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Membro efetivo e diretor de Relações Institucionais do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Membro das Comissões de Processo Constitucional e Bioética do IASP. Membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Advogado. E-mail: zgneto@uol.com.br.
- ** Mestrando em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto-SP (Unaerp). Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Ribeirão Preto-SP (FDRP/USP). Advogado. E-mail: joapedrosilvestrini@hotmail.com.
- *** Mestrando em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto-SP (Unaerp). Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). 5º promotor de justiça de Paraíso do Tocantins. E-mail: thiagofvilela@hotmail.com.

ativismo judicial. Todavia, a jurisprudência vem construindo rico aporte de critérios objetivos capazes de dar maior validade e segurança jurídica às decisões de implementação de políticas públicas de saúde, devido a critérios objetivos de análise, elencando a dignidade humana como fator primordial de preponderância na hipótese de conflitos de direitos.

Palavras-chave: Direito à saúde; Controle jurisdicional; Discricionariedade política.

ABSTRACT

The main objective of this paper is to demonstrate the feasibility and legitimacy of the judicialization of the health area policy, even though it deals with a discretionary administrative act. The relationship between politics and the Constitution is defended initially, as well as the conceived rights of this relation, becoming an obligation of the State consideration regarding health as a condition of human dignity. Besides, it is understood that the administrative matter, although discretionary, presents elements capable of inference of the Judiciary, due to the constitutional permissive. The issue is controversial, given various positions that condemn this conduct of the Judiciary, attributing it as judicial activism. However, the jurisprudence has been building a rich contribution of objective criteria capable of giving greater validity and legal certainty to the decisions of public health policies implementation. These policies will arise due to objective criteria analysis, listing human dignity as the primary factor of preponderance in the hypothesis of rights' conflicts.

Keywords: Health rights; Jurisdictional control; Political discretion.

INTRODUÇÃO

Os direitos sociais representam a percepção de que toda pessoa é merecedora de existência digna, razão pela qual são elencados à condição de bem jurídico tutelado com relevância primordial, por isso sua inclusão no rol do Título II, art. 6º, *caput*, dos direitos e garantias fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O silogismo descrito é medida de justiça, afinal os direitos sociais representam o direito legítimo do cidadão a usufruir das riquezas que direta ou indiretamente contribuem para sua formação. Mormente, a contraprestação estatal está na disponibilização de serviços públicos de qualidade, e o acesso ao sistema público de qualidade é dever do Estado, por conseguinte do gestor que age em seu nome.

A elaboração de políticas públicas de saúde, voltadas às peculiaridades de cada localidade, implicam atos administrativos discricionários, porém a margem de liberdade conferida tem imbricado em limitações ou absoluta impossibilidade de usufruto desse direito, de modo que o mínimo existencial resta comprometido. A gradação de eventos danosos em razão de uma postura política ineficiente alcança a ruína da eficácia constitucional.

A crítica mais severa está acentuada no efeito indesejado da judicialização da política, o ativismo judicial, capaz de alterar a ordem jurídica da maneira mais absorva em predileções, carecendo de meios para combate, conseqüentemente, ilegítima.

Malgrado os infortúnios apresentados para a atuação do Poder Judiciário quando provocado, uma vez que a praxe administrativa revela-se abusiva e indiferente à condição mais primária de sobrevivência (acesso à saúde), o contínuo trabalho jurisdicional, quando analisado e aliado à *expertise* doutrinária, tem demonstrado a validade do instituto em questão, em forte tendência a dar efetividade às disposições constitucionais.

Outro importante reflexo é o aperfeiçoamento do direito, mais concatenado com a realidade social e imprimindo o bem-estar esperado, além do refinamento das hipóteses jurídicas capazes de dar referendo à possibilidade de controle objetivo de políticas públicas, mesmo enquanto dotadas de discricionariedade.

Para tanto, a análise perpassa por uma conjuntura histórica do perfil estatal, entabulando uma visão política que define os objetivos gerais a que os Poderes Legislativo e Executivo estão vinculados. A ligeira liberdade de administração distorce, porém, o sentido real esperado, autorizando a interferência do Poder Judiciário, desde que provocado, e favorecendo a integração de direitos a seus reais destinatários, tendo em vista a primazia do mínimo existencial, por julgamentos balizados de elementos materialmente apreciáveis e de posterior controle.

Para chegar à hipótese ora defendida, a teoria de abordagem utilizada foi de uma pesquisa prescritiva, apontando a prática dos tribunais em sintonia com a prescrição doutrinária. O método utilizado é o sistêmico, pois a análise recai sobre os elementos de ciência política, filosofia e de direito administrativo reunidos em conjunto que obedece a uma lógica de ordem constitucional.

A CONJECTURA JURÍDICA DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

A concepção de direitos humanos elege a dignidade humana a bem da vida de seu maior interesse. Essa terminologia alcança o objetivo de resguardar o desenvolvimento saudável de qualquer pessoa, garantindo-lhe a proteção de sua integridade física e psicológica, dado que sem o devido amparo não há como sustentar a centralidade da existência em seu sentido biológico, condenando a possibilidade de qualquer pessoa ter uma vida digna.

A partir dessa ideia universal, o direito à saúde é previsto no art. 25 da Declaração Universal de Direitos Humanos¹, auferindo um *status* além do direito

¹ “Art. 25. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica.”

legal, um ideal jusnaturalista de parâmetro minimamente ético a toda a sociedade organizada. Esse direito ganhou desdobramentos no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, sendo internalizado pela atual ordem jurídica brasileira, por meio do Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992, colocando como dever do Estado o acesso de seus cidadãos ao mais elevado nível possível de saúde física e mental.

Apesar do lapso temporal de reconhecimento da obrigação estatal com a saúde pública de *alto nível*, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, fundada sob a aura do Estado do bem-estar social, já entabulava, em seu art. 6º, o direito social e fundamental à saúde, obrigando-se a prestações positivas nesse sentido, o que está sacramentado em seu art. 196.

O legislador constituinte entabulou a regulação da saúde como um dos componentes da seguridade social, que também engloba ações de previdência e assistência social, por entender a relevância do trabalho na construção de uma nação desenvolvida, merecendo assistência pública como questão estratégica, a partir de políticas destinadas a reduzir riscos de doenças e outros agravos, proporcionando ações e serviços para a proteção e recuperação da saúde individual e coletiva.

Outra razão para compreender a saúde como um componente de seguridade social está no quantitativo de seus beneficiários, o que implica grande volume de investimento, passando à sociedade o dever de financiá-la, conforme estabelece o *caput* do art. 195 da Constituição Federal de 1988. Isso por si só é paradoxal, visto que sua categoria, enquanto direito social (art. 6º da Constituição Federal de 1988), decorre da contraprestação que o Estado tem com o cidadão de lhe oferecer o usufruto de serviços públicos, uma vez que o pagamento de tributos diversos compõe a fonte primária de receita do Leviatã.

Apesar dessa preliminar constatação, o próprio texto constitucional estabelece as diretrizes gerais de organização do serviço público de saúde, podendo-se deduzir princípios que orientam as políticas públicas vindouras e responsáveis pela efetividade desse direito.

Didaticamente, os estudiosos² da saúde pública elaboram dois gêneros de princípios, os doutrinários e os organizativos. Conforme dito anteriormente, é primordial a efetividade do direito em questão. Diretrizes em torno apenas do ideal tornar-se-iam inócuas se não implementadas com racionalidade e operacionalidade, e é justamente esse viés que guia os princípios organizativos, sendo eles: (a) regionalização e hierarquização (art. 198, I, da Constituição Federal de 1988 e art. 7º, I, da Lei federal n. 8.080/90); (b) descentralização e comando

² CARVALHO, Gilson. A saúde pública no Brasil. *Estudos Avançados*, v. 27, n. 78, p. 7-26, 2013.

único (art. 198, I, da Constituição Federal de 1988 e art. 7º, IX, da Lei federal n. 8.080/90); e (c) participação popular (art. 198, III da Constituição Federal de 1988 e art. 7º, V e VIII, da Lei federal n. 8.080/90).

Nada obstante os direitos difusos em primeiro plano, a Constituição Federal não trata a atividade de saúde no setor privado *in albis*; pelo contrário, apesar do direito de autodeterminação que assiste a cada brasileiro, além da livre-iniciativa ao empreendedor, a coletividade de pessoas usuárias de serviços médicos particulares (hospitais, clínicas e laboratórios) e farmacêuticos compreende questão de direitos coletivos, no mínimo em sentido estrito, o que reclama o controle e a fiscalização do Estado, nos termos de seu art. 200.

Além disso, existe a possibilidade de participação do capital privado no sistema público de saúde, segundo o art. 199 da Constituição Federal de 1988, porém no sentido de complementariedade, tanto que a ordem é de preferência por contratos junto às entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Restabelecendo o interesse público em discussão, denota-se, da leitura das diretrizes supramencionadas, que a Constituição Federal foi além da previsão geral do direito à saúde, arquitetando a organização e os procedimentos para seu alcance, notadamente por prever uma estrutura organizacional denominada Sistema Único de Saúde (SUS), posteriormente disciplinado por lei própria, bem como a Lei federal n. 8.142/90, que, além de tratar da participação da comunidade na gestão do SUS, disciplina as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

A partir da ineficiência apontada, resta discorrer sobre a possibilidade e validade de socorro ao direito fundamental à saúde por meio de judicialização.

SENTIDO POLÍTICO DO DIREITO FUNDAMENTAL E SUA JUDICIALIZAÇÃO

É de grande valia, a partir deste ponto, explicitar, ainda que em rápidas linhas, o que se entende por “política”. Esse alcance de sentido é primordial para que se possa comprovar a validade da inferência jurisdicional sobre direitos fundamentais, em especial a saúde, que representam decisão política originária.

Em sentido amplo, pode-se entender política como a organização de pessoas para atingir determinado objetivo. *Stricto sensu*, Max Weber escreveu, em *A política como vocação*: “Entenderemos por política apenas a direção do agrupamento político hoje denominado ‘Estado’ ou a influência que se exerce em tal sentido”³. O sociólogo analisa a política dos nossos tempos, preocupando-se com o que acontece no plano do Estado e, fora dele, com as articulações das pessoas para influenciar as ações do Estado.

³ WEBER, Max. *A política como vocação*. Brasília: UnB, 2003. p. 52.

Para entender melhor esse conceito e como se vincula à ideia de Estado, veja-se o que escreveu o político italiano Norberto Bobbio:

Derivado do adjetivo originado de *pólis* (*politikós*), que significa tudo o que se refere à cidade e, conseqüentemente, o que é urbano, civil, público, e até mesmo sociável e social, o termo política se expandiu graças à influência da grande obra de Aristóteles, intitulada *Política*, que deve ser considerada como o primeiro tratado sobre a natureza, as funções e a divisão do Estado, e sobre as várias formas de Governo, com a significação mais comum de arte ou ciência do Governo, isto é, de reflexão [...] sobre as coisas da cidade⁴.

Sinteticamente, diz-se que a política é a conquista de poder pertencente ao Estado, entendendo-se o poder como o monopólio do exercício do direito e da força. Contudo, o termo torna-se mais volátil, pois a ideia de política como exercício do poder, o ato decisório final, corresponde aos interesses do grupo ou classe em determinado momento histórico.

Então, considerando os pormenores históricos de promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, tem-se no art. 1º, parágrafo único, que “todo o poder emana do povo”. Logo, para a pátria brasileira, o fim da política voltou-se para a garantia do bem-estar e da prosperidade social de quem detém o poder e é seu próprio destinatário, sedimentada no documento próprio para isso. Consagraram-se assim os rumos em que os poderes deveriam articular-se para a concreção dessa expectativa.

Depreende-se que elencar a saúde como alvo de direito fundamental não decorre de mera subserviência de comandos internacionais, que entendem ser o melhor para qualquer povo, mas de uma decisão acertada pelo poder originário constituinte de compreender que essa é a vontade geral, desdobrando-se em bem tutelado constitucionalmente. A partir dessa ligeira asserção tem-se um exemplo prático da relevância de atribuir à Constituição um sentido político.

Sobre esse aspecto tem-se a obra de Carl Schmitt⁵ *Teoria da Constituição*, que assevera a existência do Estado na unidade política de um povo, representando-a sob a forma de uma Constituição. Nesse documento está pautada a “decisão política fundamental”, estabelecendo a estrutura do Estado, quanto a sua forma, governo, sistemas, regimes, órgãos, direitos e garantias fundamentais. A positividade dessa decisão coletiva “contém somente a determinação consciente da concreta forma de conjunto pela qual se pronuncia ou decide a unidade política”.

⁴ BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: UnB, 1998. p. 954.

⁵ SCHMITT, Carl. *Apud* MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Ensaios de teoria do direito*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 31-55.

Desse apanhado, deduz-se que a Constituição (lei maior) passou a ser a vontade política coletiva dirigida, ainda que operada via representantes políticos. Aliás, a reunião desses interesses é algo intrínseco à natureza humana de se organizar em busca de um objetivo comum, conforme Aristóteles:

Se é natural o homem viver em sociedade, é necessário que entre os homens exista alguma coisa pela qual a multidão é dirigida [...] em todas coisas que se ordena a um fim, em que se deve proceder de um modo ou de outro, é necessário um dirigente, através do qual se chegue diretamente ao fim devido⁶.

O que resta aos Poderes Legislativo e Executivo é o dever/vinculação com os ditames constitucionalizados da política, em que o acesso à saúde, como direito fundamental (art. 6º da Constituição Federal de 1988), significa pauta política preordenada. Ou melhor, não se deve olhar a questão de forma tão central a ponto de esquecer uma peculiaridade da política, referente à discricionariedade do administrador público. Afinal, essa é uma das propriedades dos atos administrativos, que se compõem como verdadeira “política pública”.

O ato discricionário é aquele em que o legislador, justamente por não conseguir definir os estritos termos da melhor conduta da Administração para cada caso concreto, relacionado a uma disposição legal específica (Constituição ou lei infraconstitucional), confere ao administrador a faculdade de decidir, diante da situação factual, qual deve ser a solução que melhor atenda ao interesse público. Esse sentido transcreve o que usualmente se habitua dizer “política pública”, conforme as palavras de Bucci:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados⁷.

A noção de governo relaciona-se com o comando, coordenação, direção e estipulação de planos de atuação do Estado, que são as políticas públicas, porém isso não significa agir ao arrepio da lei (parâmetro da conduta administrativa).

⁶ ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 142.

⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39. *Apud* XAVIER, Marina Corrêa. O controle judicial de políticas públicas e o Supremo Tribunal Federal: comentário à decisão proferida na STA 175. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília: IDP, ano 4, 2010/2011 (on line). Disponível em: <http://www.portalde-periodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/438/285>. Acesso em: 12 fev. 2018.

Destarte, as políticas públicas significam o emaranhado de ações do Poder Público para materializar direitos fundamentais, previamente estabelecidos na Constituição como opção política, mais precisamente os direitos sociais, revelando exímia metaindividualidade de direitos coletivos *lato sensu*.

Isto posto, reclama a atenção para a necessidade de cobrança em razão de sua indisponibilidade, remanescendo à sociedade socorrer sua assistência à saúde por meio da prestação jurisdicional. O poder estatal restante, seja mediante provocação ou tarefa de ofício, cabe aos órgãos constitucionalmente estabelecidos para tanto, no caso, o Ministério Público ou até mesmo a Defensoria Pública⁸.

Em que pese tratar-se de alternativa perante a ingerência estatal, a doutrina tem compreendido a necessidade de um debate muito atento à possibilidade de o Judiciário desempenhar atividade alienígena a sua natureza, muito além da autogerência (art. 96 da Constituição Federal de 1988, legislar e administrar), alcunhada de “judicialização da política”, pois, apesar da promoção de satisfação social, tem-se o pensamento generalizado de que as decisões judiciais não compreendem parâmetros seguros de fundamentação ou controle, corroborando um quadro de “ativismo judicial”, alçando a sobreposição de poderes da República.

Apesar da advertência supracitada, a possibilidade de apreciação judicial da administração pública, quanto à real efetividade de direitos fundamentais, revela compasso com o “constitucionalismo da efetividade”, de maneira a romper com uma administração pública corporativista para um modelo de gestão democrática, comprometido com o alcance do real interesse público, a título de exemplo, um sistema de saúde público eficiente.

O efeito provocado pelos julgadores é genuinamente “educativo” para o gestor público, demonstrando que o ato administrativo, sob a forma de política pública, não é blindado pela discricionariedade, uma vez que a providência adotada entre as várias que se têm à disposição deve ser razoável, a fim de adequá-la à realidade jurídica e social, como requerem os princípios da moralidade e eficiência, no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988.

Além disso, judicialização da política e ativismo judicial não se confundem, como o Supremo Tribunal Federal tem sistematicamente deixado evidente em seus julgados. Até mesmo soaria a deturpação do espírito de Guardião da

⁸ “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. [...] Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.”

Constituição que lhe cabe caso tratasse a questão sem fundamentos. Portanto, é necessário discorrer a respeito das características dos institutos.

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Tate e Vallinder⁹ foram os primeiros a tratar da “politização da justiça”. De acordo com os autores, a judicialização atua de forma a revisar os atos do Legislativo e Executivo “frente à provocação de um terceiro e tem por finalidade revisar a decisão de um poder político, tomando como base do *decisum* a Constituição”. O breve conceito demonstra a atuação de um poder sobre o outro, o que significa “*checks and balances*”, “freios e contrapesos”¹⁰, decorrente da provocação da sociedade, seja por setores sociais ou indiretamente por órgãos constitucionais incumbidos para tanto.

Denota-se que por meio desse balanceamento de poderes, com a devida disposição constitucional de harmonização, existe uma autorregulação engendrada, corroborando o controle do poder uno e garantindo o bem-estar dos cidadãos. Assim, a ideia é limitar os poderes por meio da cobrança.

Na atual conjuntura, o esforço para que a disposição Magna do direito à saúde, com o devido amparo do sistema público, é exímio exemplo de politização esculpida como norma constitucional de eficácia plena. Aliás, o direito à saúde é condição elementar para a dignidade humana, todavia as desventuras do desinteresse político expõem a população à notável ausência de acesso ao referido direito. Compulsoriamente, há liame suficiente que autoriza a judicialização da política, de maneira que não se há falar no comprometimento da harmonização dos poderes. Outro não é o entendimento pretoriano¹¹.

Desse modo, alcança-se um Estado que se ajusta às contingências populares, para que não sejam prejudicadas pela lentidão dos chefes de cada poder, uma vez que se fala no sistema de freios e contrapesos, pelo qual, resguardada a independência e harmonia dos poderes, há a possibilidade de controle e vigilância recíprocos, no intuito de valer o cumprimento das funções constitucionais acometidas a cada um.

⁹ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *Apud* CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista Sociológica e Política (Universidade Federal do Paraná)*, Curitiba, n. 23, p. 115-126, nov. 2004 (*on line*).

¹⁰ A autoria do sistema de “freios e contrapesos” (*checks and balances*) é um tanto quanto tortuosa. Há interpretações que dão a paternidade a Aristóteles, em suas concepções de formas de governo, ou até mesmo ao direito inglês, mas seu despontar teria ocorrido no clássico caso “*Marbury vs. Madison*”, em 1803, nos Estados Unidos, fundamental para a jurisdição constitucional, ocorrendo a absorção de seus reflexos no ordenamento pátrio, resultando no modelo de controle de constitucionalidade misto.

¹¹ STF, RE 700227/SC, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 23.04.2013, Segunda Turma, DJe-102, divulg. 29.05.2013, public. 31.05.2013.

Exemplo disso é o controle de constitucionalidade, forma de jurisdição constitucional, notadamente por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção, a amostra mais lícita da judicialização da política. Essas ações são apenas um pequeno arcação constitucional, que não exclui outras ferramentas jurídicas para o mesmo fim, como a ação civil pública, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação de descumprimento de preceito fundamental, o mandado de segurança e a ação popular¹².

José Afonso da Silva lembra quão natural é a judicialização da justiça a nosso modelo constitucional:

Não se pode, a toda evidência, porém, a sociedade permanecer à espera de vontade política para a criação de leis e a adoção de práticas que executem os comandos constitucionais. Diante da omissão legislativa ou executiva para a adoção de políticas emerge, extraordinariamente, ao Judiciário a função de assegurar, através da justiciabilidade de políticas públicas, a implementação de políticas públicas que concretizem os ditames constitucionais¹³.

A ineficácia do Poder Executivo e Legislativo para, no mínimo, absorver as demandas populares, além de episódios famigerados contra a proibidade administrativa, atrelados ao digladiar de posicionamentos partidários ideológicos antagônicos, têm corroborado o descrédito desses poderes.

Sem dúvida, a maior crítica em torno da politização da justiça reside na concepção de uma “usurpação” do poder político. Todavia, há que repensar a validade dessa crítica, pois, em uma primeira análise, o Poder Judiciário é provocado pela sociedade ou por órgãos instituídos por lei, não há atuação *ex officio*. Partindo da provocação dos sujeitos citados, tem-se a expressão da democracia daqueles insatisfeitos com a administração pública, ou do próprio Estado Democrático de Direito. As decisões tomadas pelos julgadores têm arrimo nas disposições constitucionais e legais preestabelecidas, não se criando julgamentos casuísticos.

CONSEQUÊNCIA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: O ATIVISMO JUDICIAL

Malgrado o uso do Pretório Excelso como referencial para validade e legitimidade da judicialização da política, mormente outras instâncias judiciárias,

¹² OLIVEIRA, Vanessa Elias de. *O Poder Judiciário brasileiro após a Constituição de 1988: existe uma judicialização da política?* Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. p. 45. Disponível em: <http://repository.usp.br/single.php?id=001295583>. Acesso em 12 fev. 2018.

¹³ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 778.

o que não repele por completo até mesmo o Pretório Excelso, por vezes este pode expressar um efeito indesejado em suas decisões, isto é, acórdãos embebidos de convicções pessoais, invocando interpretações alheias ao sentido original da lei, travestem-se de conjecturas políticas e sociológicas próprias sob a aparência de legalidade, imprimindo na decisão seu desejo de acelerar a mudança social, ou, pelo contrário, sua inércia. A esse efeito indesejado atribui-se o nome de “ativismo judicial”.

O ativismo é muito mais uma postura, um ato de escolha, é a deliberada expansão do Judiciário, que, com base na interpretação constitucional, supre lacunas, sana omissões legislativas ou determina políticas públicas ausentes ou ineficientes. Esse modo proativo de interpretar a Constituição, expandindo o sentido e o alcance real, normalmente surge em períodos de crise do Poder Legislativo, que se mostra indiferente aos reclamos da sociedade, descuidando da fiscalização do Executivo ou se desinteressando das demandas coletivas, que veem no Poder Judiciário a salvação para as mazelas.

Portanto, não se confunde judicialização com ativismo, sendo este incompatível com o Estado Constitucional. Afinal, no fim, autoriza o Poder Judiciário a decidir discricionariamente, tornando a decisão incontrolável, visto que não há um padrão estabelecido, o que no máximo pode deixar margem a críticas, porém não pode ser considerado desobediente. Se não há padrão de controles, abre-se espaço para arbitrariedades, o que, decerto, não está sintonizado com a jurisdição constitucional.

No entanto, não há como ser indiferente à dura realidade do risco comportado no ativismo judicial, ou mesmo à necessidade de falar em judicialização da política. De fato isso não ocorreria se existisse o adequado funcionamento de toda a arquitetura constitucional, por meio de um sistema político comprometido. Logo, não há que macular a ideia de resgatar o bem-estar social, por meio do socorro pretoriano. Para Rafael Tomaz de Oliveira e Tassinari:

... a judicialização não representa um *mal in se*. Ela pode se tornar inconveniente quando encontrada em níveis elevados, mas se mostra necessária em vários âmbitos que caracterizam a sociedade contemporânea, como nas relações de consumo, na preservação do meio ambiente, nas questões envolvendo direitos sociais etc., questões que merecem ser discutidas judicialmente, na medida em que aquilo que foi projetado pela Constituição apresentar-se na forma de descumprimento¹⁴.

¹⁴ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TASSINARI, Clarissa. Ativismo judicial e judicialização da política: notas para uma necessária diferenciação. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; SANTOS, Marcio Gil Tostes dos (org.). *Constituição brasileira de 1988: reflexões em comemoração ao seu 25º aniversário*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 71.

Sob o patrocínio dos autores supramencionados, a judicialização é “inexorável” resultado do próprio modelo político experimentado pela sociedade, especialmente a brasileira. Logo, pode ter sua procura relativizada pela solução dos conflitos em outra esfera política. O limiar dos institutos está na interpretação da Constituição, ou seja, se devidamente perpassada por um juízo prelibatório e a conclusão apontar que o protagonista é a sociedade, correta é a direção do Poder Judiciário na garantia de direitos, judicializando uma temática política absorvida na Constituição. Caso o protagonismo evidencie o Judiciário como legislador negativo, tem-se um papel proativo e temerário.

O CONTROLE JURÍDICO-MATERIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE PELO PODER JUDICIÁRIO

Demonstrada a viabilidade conceitual da judicialização da política, resta implementar parâmetros técnicos de apreciação, ou melhor, apontar meios ou pressupostos capazes de empregar mecanismos hábeis à subsunção da realidade fática de socorro do direito à saúde no plano da tutela jurisdicional, com o objetivo de suplantiar debates que impliquem longos questionamentos a ponto de comprometer o acesso ao bem da vida, no caso, medicamentos, exames, cirurgias, tratamentos etc. de responsabilidade estatal.

O que se está a propor são critérios capazes de mensurar objetivamente a exequibilidade do acesso à saúde por meio de provocação jurisdicional, além da mera legalidade, já que esta intrinsecamente sempre carreará qualquer decisão, e também conjecturar meios materiais de melhor apreciação em julgamentos que impliquem fatalmente a judicialização da política. Para tanto, podem-se afigurar dois macrocritérios: o controle material da discricionariedade e a relativização da cláusula de reserva do possível.

CONTROLE MATERIAL DA DISCRICIONARIEDADE EM POLÍTICAS PÚBLICAS

Conforme apontado anteriormente, o poder discricionário implica a liberdade de atuação do administrador público para que eleja, diante da situação fática do dever de agir, qual das soluções disponíveis melhor atende ao interesse público, de acordo com a conveniência (condições que possibilitam a conduta do agente) e a oportunidade (em que momento será oportuno agir). Os atributos da conveniência e oportunidade do ato administrativo discricionário não impõem dever de vinculação legal aos elementos do motivo e objeto, bastando apenas que ao executor caiba preenchê-los de acordo com os atributos mencionados, sendo essa a chave da discricionariedade.

Considerando a peculiaridade do mérito, sabe-se que predomina o entendimento da impossibilidade de apreciação do mérito dos atos administrativos

pelo Poder Judiciário. Mesmo que o exercício da administração pública seja pautado pela lei, nem sempre o legislador é capaz de prever todas as situações do cotidiano, razão pela qual deve ele conferir o “mínimo de liberdade” (discricionariedade) ao agente público, pois está mais próximo da realidade social, portanto mais apto a compreender o interesse público, algo de que o julgador está distante.

Também porque isso revela o perfil político pelo qual determinada autoridade foi alçada ao cargo público, ou seja, existe um casamento feliz no plano de governo oferecido pelo gestor, motivo de sua escolha por vontade popular (eleições democráticas), nas situações em que a lei confere o exercício de discricionariedade para colocar em prática o seu plano, resguardado exímio respeito tanto à representatividade política eleita (soberania popular) como à separação dos poderes (não cabe ao juiz fazer as vezes de administrador).

Apesar da relativa liberdade de escolha, o princípio da legalidade impõe que o artifício empregado esteja previsto nos termos legais e tenha competência para tanto. Em outras palavras, apesar da vedação de análise do mérito do ato administrativo, a doutrina chancela a possibilidade de controle em relação à legalidade e à legitimidade de qualquer espécie de ato administrativo, inclusive o discricionário. Isso porque, por vezes, o motivo e o objeto fogem às possibilidades legais, atingindo indiretamente a conveniência e a oportunidade.

É evidente que não existe “cheque em branco” para o administrador; antes de tudo a legalidade é a espinha dorsal do direito administrativo, sendo passível de se reformar a ideia de *estrita legalidade*. Para o embasamento da disciplina concatenada ao Estado Social moderno, o princípio da legalidade é reformado para outro patamar, abrangendo também a legitimidade e a juridicidade¹⁵.

Assim, diante das políticas públicas que atentem contra a legalidade e forem levadas ao conhecimento do julgador, este, devidamente provocado, deve realizar profunda análise exauriente da problemática, confrontando-a com a leitura das diretrizes constitucionais, destacando-se a ilegalidade pelo abuso (omissão) nos casos atinentes aos direitos sociais (saúde), que, em contrapartida, compromete o princípio da moralidade e o da eficiência, além do mais grave dano, a dignidade humana, elencada como o fundamento da República.

Compreende-se que as políticas públicas, ainda que dotadas da discricionariedade política, não estão imunes a eventual apreciação jurisdicional, pois, quando de sua edição, observa-se a ausência de meios concretos para o exercício do direito ou dificuldades para o devido acesso, situações que configuram abuso.

¹⁵ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 145.

A moralidade administrativa está abalada pela figura do mau administrador (teoria do órgão). Consequentemente, mostra-se comprometida a eficiência, visto que sem isso não falar em efetividade do mínimo existencial, garantir acesso à saúde, colocando a dignidade humana como fundamento falacioso.

Portanto, existem critérios que fornecem ao Judiciário não só a legitimidade e a validade de seu julgamento, mas também a propriedade de aferir materialmente o controle de políticas públicas, conforme se observa na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, julgada em 2004:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo¹⁶.

Desde então, outros julgados do Supremo Tribunal Federal têm-se prestado a criar parâmetros que aperfeiçoem a judicialização da política, quanto à matéria que verse sobre direito à saúde. A Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, no ano de 2010, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que em contrapartida, por unanimidade, fez o plenário acompanhar seu voto, deixou claro que não se há de discutir a judicialização de políticas públicas de saúde, pois elas já existem; o que não ocorre é o devido acesso.

Logo, o primeiro padrão fora determinado: deve haver a previsão legal da política em questão. Caso exista e ocorra o abuso suportado pela parte, é inegável implementar a assistência. O segundo padrão reside em avaliar as razões da ausência de política pública específica (dispensação de medicamentos ainda não regularizados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

Sendo assim, a judicialização da política, quando se debruça sobre as nuances do direito prestacional à saúde, encontra critérios materiais para sua detida análise, afastando resquícios de ativismo judicial. Comprovado que a moralidade e a eficiência da administração pública estão expostas à maledicência, em razão da precariedade de prover assistência à saúde, configura-se atentado à dignidade humana, autorizando o Poder Judiciário a dirimir os efeitos nocivos da política arbitrária; caso contrário, perpetuar-se-á insulto a direito básico assegurado constitucionalmente.

RELATIVIZAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DO POSSÍVEL.

Ao se discutir a politização da justiça, o instrumento hábil preordenado racionalmente para o alcance do bem da vida direito à saúde é o devido proces-

¹⁶ STF, ADPF 45/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.2004, DJ 04.05.2004, p. 12, RTJ, v. 200-01, p. 191.

so legal. Por óbvio, trata-se de natureza processual congênere ao processo civil, uma vez que, como colocado anteriormente, seja para interesse individual, difuso ou coletivo *stricto sensu*, desde a ação civil pública ao mandado de segurança individual ou coletivo, caberá a aplicação do Código de Processo Civil, Lei federal n. 13.105/2015¹⁷, de acordo com seu art. 15, como fonte a suprir a ausência de disposição de rito em qualquer das ações pertinentes.

Desse modo, torna-se pertinente que o exercício da ação preencha requisitos intrínsecos a tal mister. Apesar de o novo Código de Processo Civil não prever expressamente o termo “condições da ação”, a doutrina ainda entende que se faz presente, em razão da impossibilidade de afirmar que fora adotado pela nova lei o direito abstrato de ação. Sob o forte patrocínio de Liebman, as condições da ação abrangem o interesse de agir (possibilidade jurídica do pedido) e a legitimidade.

A partir do reconhecimento da íntima ligação entre a concretização de direitos sociais e a realidade econômica e financeira do Estado, há de se levar em conta o contraste de que recursos são limitados e as necessidades sociais, não. Isso obriga a administração pública a pautar prioridades e escalonar preferências de políticas públicas à margem de verbas disponíveis.

A contingência apresentada tem origem no *leading case* “*numerus clausus*”¹⁸, perante o Tribunal Federal, alemão na década de 1970. Na situação discorria-se sobre a ampliação do número de vagas universitárias em instituições públicas para o curso de Medicina, e o tribunal entendeu que o “direito à prestação positiva estava sujeito à reserva do possível”, enfim, aquilo que seria admissível para o indivíduo exigir da sociedade, pois, mesmo o Estado dispondo de recursos, não se pode falar na compulsoriedade da prestação se esta foge ao que é proporcionalmente razoável.

Essa teoria nos remete a reconhecer que o Estado não se dedica exclusivamente aos direitos sociais, pois outras áreas também são estratégicas para a melhoria dos índices financeiros e a conseqüente qualidade de vida. São áreas governamentais estratégicas.

Mas, se a reserva do possível tem sua fundação na disposição de recursos estratégicos, nasce uma lógica incômoda ao Estado: se na vida privada de cada

¹⁷ O antigo Código de Processo Civil de 1973 não previu a regulação de microsistema jurídico, em especial aqueles voltados a segmentos da vida social específica, como consumidor, criança e adolescente etc., sendo acatada pela doutrina a presunção de sua aplicação subsidiária. O novel diploma de ritos processuais civis, de 2015, estabeleceu sua aplicação integrativa nos seguintes termos: “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”. Como a redação mostrou-se limitada, o raciocínio empregado para o Código antigo é válido para o presente caso.

¹⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 290.

indivíduo as limitações financeiras o obrigam a eleger prioridades correlatas a sua capacidade de receita, por que o mesmo dever não é oponível ao Estado?

Com o objetivo de rotular prioridades, que implicam o sacrifício temporário de planos, deve-se se falar por decorrência da “relatividade da cláusula de reserva do possível”, tomando por interpretação análoga a decisão no Recurso Extraordinário n. 639.337/SP, em 2011, que, versando sobre a efetividade do direito à educação, assentou que o alcance da dignidade da pessoa humana constrói-se com a erradicação da pobreza e consequente desigualdade social, por meio da alocação das reservas financeiras nas decisões governamentais (políticas públicas) que tenham como parâmetro e prioridade a promoção da dignidade humana, revelando como maior valor o cumprimento de direitos sociais, já que esse preceito define a ordem social e econômica da própria Lei Fundamental.

Ou seja, o gestor público que não compreende a preponderância de valores (relativização) na questão compromete a eficácia da Carta Magna¹⁹. Depreende-se que somente após o atendimento do mínimo existencial, como a assistência à saúde, é que se pode cogitar a efetivação de demais gastos, uma vez que a dignidade humana é a primeira das escolhas estratégicas no manuseio e destinação das verbas públicas.

Em que pese esse silogismo, boa parcela das demandas que envolvem diretamente a judicialização da política de saúde parte de pretensões individuais, resplandecendo um sistema de justiça individualista, em razão da sorte daqueles que têm acesso à assistência jurídica especializada, reproduzindo a sensação de um Judiciário que não se preza à universalização desse serviço público, mas à preferência de um litigante.

Isso não é defeito a ser depositado ao referido poder, porém às instituições públicas que representam os interesses difusos e coletivos, Ministério Público e Defensoria Pública, que devem antes de tudo estar vigilantes às demandas sociais na área da saúde. Afinal, o Judiciário é balizado pelo princípio da imparcialidade, não podendo agir de impulso, e sim provocado, colocando-se nos autos o bem da vida que a coletividade requer.

Na senda de demandas exclusivamente individuais do direito à saúde, que representariam violação à razoabilidade e à proporcionalidade da gestão pública, por meio de provimentos judiciais políticos, o impacto econômico suportado pela Administração Pública é alvo de profunda discussão no Pretório Excelso, conforme se afigura no Recurso Extraordinário n. 566.471/RN (ainda pendente de julgamento), em que se discute a possibilidade de o Estado ser compelido a

¹⁹ STF, ARE 639.337/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 21.06.2011, *DJe*-123, divulg 28.06.2011, public 29.06.2011.

fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para custeá-lo, à luz do direito fundamental à saúde.

Apesar da ausência de proferimento definitivo, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso chama a atenção, seja pelo reconhecimento incontestado do direito à saúde, entretanto restrito, seja pela necessidade de dar pacificação à questão, realçando-se a mitigação de impactos financeiros (alternativa à cláusula de reserva do possível) devido ao individualismo de ações.

A proposição do Ministro é a adoção sistêmica de padrões mínimos para a judicialização do fornecimento de medicamentos, estabelecendo duas modalidades de judicialização de saúde viáveis: a) a que envolve pedido de medicamento já incorporado pelo SUS, devendo ser atendida de plano, independentemente de custos, uma vez que existe política pública pertinente; b) ações que envolvam dispensação de medicamento não incorporado no âmbito do SUS; por se tratar, por vezes, de indisponibilidade do direito à vida, o julgador acrescenta cinco requisitos cumulativos²⁰.

A curiosidade no entendimento pretoriano reside no fato de que, apesar de seu discurso, em que é descabida a judicialização de políticas públicas de saúde, essencialmente por seu caráter individualista, *a contrario sensu*, o voto profere meios capazes de apreciar a problemática, aliás, oferecendo alternativa em relação às limitações arguidas por Procuradorias de Estado ou Municípios à reserva do possível.

Em arremate, quanto à reserva do possível, há duas situações que dão arrimo à relativização defendida. A primeira, porque fontes de receita por meio da majoração de tributos sempre existirão como alternativa a se desvencilhar da escassez de recursos (como ocorreu com a antiga Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira). Noutro giro, já existem políticas públicas de saúde bem definidas e consagradas²¹, que carecem exclusivamente de boa administração dos recursos já dotados. Sua inoperância decorre exclusivamente de improbidade administrativa, cabendo ao Judiciário apenas a determinação de sua imediata execução.

²⁰ (i) A incapacidade financeira do requerente para arcar com o custo correspondente, (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes, (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS, (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União.

²¹ De acordo com a organização do SUS, as diferentes ações de saúde estão alocadas em blocos de financiamento. Nos termos da Portaria GM/MS n. 204/2007, no caso da assistência farmacêutica, tal bloco constitui-se de três componentes: (i) o Componente Básico, que oferece medicamentos para o tratamento de problemas de saúde com maior incidência na população (Municípios); (ii) o Componente Estratégico, que disponibiliza fármacos para o tratamento de doenças de caráter transmissível e/ou de alto impacto na saúde, como DST/Aids e tuberculose, (Estados); e (iii) o Componente Especializado de Assistência Farmacêutica (CEAF) (União).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contínuo fluxo histórico das sociedades impulsionou novas fisionomias estatais. A nova alvorada acena para um Estado capaz de atender às necessidades populares, com base em um tratamento equânime e democrático, sedimentando o compromisso sob a forma da lei. Essa nova tendência é fomentada pelo ideal de direitos humanos, momento que a nação brasileira experimenta, décadas depois, por meio da Constituição Federal de 1988, elevando direitos sociais à condição de direitos fundamentais e satisfazendo o ideal de comprometimento com a dignidade humana.

Esse *status* jurídico permite compreender a relevância que os direitos sociais assumem, desdobrando-se em várias estirpes, como educação, moradia, lazer, meio ambiente e saúde, porque se trata de bens jurídicos endereçados ao Estado e, portanto, devem ser protegidos por sua prestação positiva, garantindo o bem-estar social, como medida de opção política da coletividade.

A saúde tem ganhado forte atenção da comunidade jurídica em geral, pois é o núcleo do mínimo existencial condigno à condição humana. Todavia, são notórios os descasos da Administração Pública para o acesso desse direito, haja vista a insipiência de gestores e legisladores no assunto, ou mesmo desinteresse, por compreenderem existir pautas mais relevantes.

O descrédito dos Poderes eminentemente políticos da República acaba por esvaziar tentativas de diálogo, restando aos prejudicados acionar a *ultima ratio*, a judicialização do direito à saúde, que comumente tem recebido a alcunha de *judicialização da política*, uma vez que as determinações judiciais têm apreciado e conferido imediata eficácia a políticas públicas, o que, por impulso natural, seria mister dos poderes Executivo e Legislativo.

A essa anômala atividade têm-se conjurado duras críticas, inicialmente por ser um atentado à ideia de separação dos poderes, bem como pela falta de legitimidade do Judiciário, que não teria a representatividade política eleita pela população, envaidecendo tribunais com decisões judiciais lastreadas de convicções pessoais dos julgadores, fenômeno que se chamaria de ativismo judicial. Isso soaria como um atentado à segurança jurídica, pela ausência de contornos idôneos de fundamentação.

No entanto, sob profunda análise e embates de posicionamentos, restou configurada a validade da judicialização da política, em vários aspectos. Sob a primeira óptica, da ciência política e do direito, sabe-se que a política é o pleno exercício do poder, representado pelo interesse de um grupo em dado momento histórico. A realidade tupiniquim elegeu o direito à saúde como medida de política fundamental, nos termos dos arts. 6º e 196 da Carta Magna em 1988, que se desdobraram em leis e políticas preestabelecidas para seu acesso. Assim,

quando o Judiciário tem de se manifestar a respeito, dá apenas executividade a uma pauta já estabelecida, o que em contrapartida afasta as alegações de eventual ativismo ou usurpação de função.

Aliás, a atividade judiciária nesse sentido representa exímio exercício do enlace constitucional de freios e contrapesos. Não há que se falar em invasão de esferas do poder, dado que a própria arquitetura constitucional prevê meios de cobrança entre os poderes estatais para se ajustarem às continências populares. Ademais, a maior prova desse pretexto está na previsão dos remédios constitucionais, no controle de constitucionalidade e nas instituições voltadas para a tarefa de garantir a ordem jurídica.

Sobre o crivo do direito administrativo, tem-se que a discricionariedade, manifesta em políticas públicas, é ato voltado à liberdade de escolha da Administração em face do dever de agir, com a diversa realidade factual. Em tese essa ampla faculdade promoveria maior agilidade na atividade administrativa.

Entretanto, isso não significa uma benesse oponível a qualquer propósito do gestor. Inegavelmente, o mérito deverá corresponder à expectativa legal, perspectiva essa global que abrange muito mais que o texto expresso de lei, ou seja, a Constituição e princípios, se não existirá atentado à moralidade, situação que corrobora o controle judicial de atos administrativos discricionários, evitando a erosão constitucional, além de empregar a máxima efetividade do Texto Magno.

Ressalta-se ainda a dimensão da teoria da “reserva do possível”, como empecilho o bastante para servir de fundamento ao Poder Público na inviabilização e implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição, em razão da escassa capacidade financeira. Isto é, a partir de critérios de razoabilidade e proporcionalidade, frustram-se ambições individuais, por vezes até coletivas, de acesso à saúde, pela primazia de um interesse público primário que estaria comprometido.

Todavia, cabe ao administrador adotar um viés norteador de metas da gerência pública, escalonar tarefas e objetivos a serem adimplidos. O referencial é o próprio tratamento constitucional dispensado aos direitos sociais, que representam o mínimo existencial da dignidade humana e ocupam o ápice da diretriz constituinte e, por simetria, deve ser o padrão do gestor público.

Essa atividade em defesa da saúde tem sido o árduo labor dos tribunais pelo país, destacando-se os vários julgamentos que o STF tem enfrentado, que servem de referencial a outras instâncias e à própria administração pública. Apesar de diferentes posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários, quando colocada a discussão sobre o choque de direitos na perspectiva política, jurídica e social, o “mínimo existencial” é o fiel da balança, capaz de colmatar qualquer impasse no conflito de princípios ou bens jurídicos colocados.

Em relação a esse legado em construção, já é firme a validade da judicialização pertinente e a satisfação do direito tratado. Cabe apenas empregar maior racionalidade na ocasião, deixando evidente o papel de cada esfera de governo na questão, além de contar com a atuação oficiosa das instituições erigidas para garantir a ordem jurídica e os interesses sociais, mitigando eventuais ações individuais e construindo, por fim, um cenário que privilegia o bem-estar e a saúde de todos.

Finalmente, diante da necessidade de politização da justiça, ao juiz é dado desenvolver o direito não exclusivamente com fidelidade cega à lei, mas em harmonia com os anseios da vida social, avaliando os interesses em jogo, de forma que há situações nas quais o ordenamento jurídico deve ser flexível e adaptável ao caso concreto. Afinal, interpretar normas e problemas antigos com critérios atualizados cientificamente é favorecer o ideal de justiça.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: UnB, 1998.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista Sociológica e Política (Universidade Federal do Paraná)*, Curitiba, n. 23, p. 115-126, nov. 2004. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/3699/2949>. Acesso em: 12 fev. 2018.
- CARVALHO, Gilson. A saúde pública no Brasil. *Estudos Avançados*, v. 27, n. 78, p. 7-26, 2013.
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Ensaio de teoria do direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TASSINARI, Clarissa. Ativismo judicial e judicialização da política: notas para uma necessária diferenciação. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; SANTOS, Marcio Gil Tostes dos (org.). *Constituição brasileira de 1988: reflexões em comemoração ao seu 25º aniversário*. Curitiba: Juruá, 2014.
- OLIVEIRA, Vanessa Elias de. *O Poder Judiciário brasileiro após a Constituição de 1988: existe uma judicialização da política?* Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2002. p. 45.

Disponível em: http://repository.usp.br/single.php?_id=001295583. Acesso em 12 fev. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

WEBER, Max. *A política como vocação*. Brasília: UnB, 2003.

XAVIER, Marina Corrêa. O controle judicial de políticas públicas e o Supremo Tribunal Federal: comentário à decisão proferida na STA 175. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília: IDP, ano 4, 2010/2011. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/438/285>. Acesso em: 12 fev. 2018.

Data de recebimento: 10/10/2018

Data de aprovação: 10/01/2019