

Sobre o ativismo judicial nas questões relacionadas ao direito à saúde: mensageiro da boa nova ou lobo em pele de cordeiro

Judicial activism in matters related to the right to healthcare: bearer of good news or wolf in sheep's clothing

José Sérgio da Silva Cristóvam(1); Manoella Peixer Cipriani(2)

- 1 Professor Adjunto de Direito Administrativo no Curso de Graduação em Direito e no Programa de Mestrado em Direito do PPGD/UFSC. Doutor em Direito Administrativo pela UFSC (2014), com estágio de Doutorado em Sanduíche junto à Universidade de Lisboa – Portugal (2012). Mestre em Direito Constitucional pela UFSC (2005). Especialista em Direito Administrativo pelo CESUSC (2003). Membro fundador e Presidente do Instituto Catarinense de Direito Público (ICDP). Membro fundador do Instituto de Direito Administrativo de Santa Catarina (IDASC) e da Academia Catarinense de Direito Eleitoral (ACADE). Membro efetivo do Instituto dos Advogados de Santa Catarina (IASC). Conselheiro Estadual da OAB/SC. Presidente da Comissão de Acesso à Justiça da OAB/SC. Membro da Comissão de Direito Constitucional e da Comissão da Moralidade Pública da OAB/SC. Coordenador do Grupo de Estudos em Direito Público do CCJ/UFSC (GEDIP/CCJ/UFSC). E-mail: jscristovam@gmail.com
- 2 Bacharela em Direito pelo CCJ/UFSC. Membro do Grupo de Estudos em Direito Público do CCJ/UFSC (GEDIP/CCJ/UFSC) e do Grupo de Estudos de Filosofia do Direito (GEFID/CCJ/UFSC). Integrante do Corpo Editorial da Revista Avant. E-mail: manoellapeixerc@gmail.com

Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 13, n. 3, p. 163-188, Set.-Dez., 2017 - ISSN 2238-0604

[Received/Recebido: Maio 28, 2017; Accepted/Aceito: Dez. 13, 2017]

DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2017.v13i3.1944>

Como citar este artigo / How to cite item: [clique aqui/click here!](#)

Resumo

Com a omissão dos Poderes Executivo e Legislativo na formulação de políticas públicas adequadas e satisfatórias, a sociedade passou a buscar no Judiciário a efetivação de seus direitos constitucionais, principalmente o direito à saúde. Submisso ao princípio da inafastabilidade judicial e primando pelo respeito e efetivação da constituição, o Poder Judiciário popularizou a concessão de medicamentos e tratamentos médicos por meio de ações judiciais. A justificativa é de que cabe também ao Judiciário a concretização da constituição e, diante da característica de eficácia plena que possui o direito à saúde, conceder tais medidas quando provocado. Entretanto, essas ações tornaram-se cada vez mais comuns e a consequência foi que as decisões judiciais passaram a interferir expressivamente no orçamento público, provocando alterações significativas nas verbas destinadas as políticas públicas de saúde. Essa é a temática central desse estudo, em especial o debate sobre os limites ao ativismo judicial em matéria de saúde. O método utilizado é o dedutivo e monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Controle de Políticas Públicas. Direito à saúde. Estado constitucional de direito. Legitimidade e limites.

Abstract

Given the omission of the Executive and Legislative Branches in the formulation of appropriate and satisfactory public policies, society has come to claim through the Judicial System their constitutional rights, especially the right to healthcare. Submitted to the principle of non-obviation of jurisdiction and prioritizing the respect and enforcement of the constitution, the Judiciary popularized the provision of medicine and treatments through lawsuits. The justification is that it is also the Judicial Branch's role to ensure the constitution is enforced and, ruled by the immediate effect that the right to healthcare bears, grant these measures when provoked. However, these actions have become increasingly common and the result is that the decisions of the judges began to meaningfully interfere in government budget, significantly changing funds for public healthcare policies. This is the central theme of this study, especially the debate on the limits to the judicial activism in healthcare. The research used the deductive approach, monographic method and technical literature procedure.

Keywords: Judicial Activism. Control of public policy. Right to healthcare. Constitutional state of law. Legitimacy and limits.

1 Introdução

O presente estudo pretende discutir os parâmetros, possibilidade e especialmente os limites à atuação do Poder Judiciário como palco de efetivação do direito à saúde, destacadamente a partir do crescente movimento de decisões marcadamente ativistas e que interferem diretamente na funcionalidade nuclear dos demais poderes.

Para tanto, importa o debate em torno da própria ideia de ativismo judicial. É sabido que a Constituição estabelece uma complexa e multifacetada dimensão jurídico-política e institucional da separação dos poderes, com base em uma pauta constitucional estruturante que deve ser interpretada no sentido de divisão/distribuição de competências, até porque o objetivo comum dos poderes instituídos repousa na concretização dos valores constitucionais.

O movimento do que se convencionou designar por neoconstitucionalismo,¹ largamente pautado pela irradiação do caráter normativo de princípios (e valores!) constitucionais ao ordenamento como um todo, perfaz-se em terreno fértil para um modelo de Judiciário vinculado à efetivação dos direitos constitucionalmente assegurados, inclusive e especialmente os direitos de cunho social como a saúde. No entanto, problemas como o caráter pragmático e diretivo da Constituição demandam dos Poderes Legislativo e Executivo a elaboração de diretrizes que raramente contemplam suficientemente as crescentes e alargadas necessidades sociais.

Somem-se a esse já complexo cenário os reiterados escândalos de corrupção no Poder Público, com recorrentes denúncias de desvios de verbas envolvendo especialmente representantes do Legislativo e do Executivo, afora a larga crise de representatividade nos poderes eletivamente constituídos, a conformar um caldo de descrença na Política e inflacionada busca do Judiciário como “última esperança” na concretização de direitos (em especial o direito à saúde). Pautado na adequada premissa constitucional que as normas veiculadoras de direitos fundamentais ostentam eficácia plena e aplicabilidade imediata, o Judiciário reiteradamente ampara pleitos relacionados às mais variadas demandas por tratamentos de saúde e medicamentos (em muitos casos não-padronizados e sem efetiva comprovação da eficácia específica).

Nesse cenário, importa sobremaneira o debate sobre o ativismo judicial em matérias relacionadas, *v.g.*, ao direito à saúde, objeto central da nossa abordagem, o

1 Na América Latina, inclusive com elevado destaque no Brasil, a ampla difusão das teorias do neoconstitucionalismo ocorreu a partir da sucessiva publicação (em 2003 e 2007) de duas coletâneas de artigos, com as reflexões de renomados autores italianos, espanhóis e latino-americanos, organizadas pelo jurista mexicano Miguel CARBONELL. Sobre as teorias do neoconstitucionalismo, consultar: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Trotta, 2007; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 39-58; SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: _____. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113-146.

que justifica, inclusive, a provocativa e contraposta alusão no subtítulo desse estudo ao ativismo judicial como “mensageiro da boa nova” ou “lobo em pele de cordeiro”!

Já de início, cumpre salientar que não se desconsidera a existência e muito menos a relevância da discussão acerca da conceituação do comportamento jurisdicional nas demandas sanitárias. No entanto, em que pese o profícuo debate doutrinário sobre a caracterização/definição de tais atitudes como ativismo judicial ou judicialização da política em matéria de saúde, esse não é o objeto do presente estudo.²

O espaço político da discricionariedade administrativa na análise e formulação/ampliação de políticas públicas acaba por receber largo acanhamento ante o crescente e ampliado crivo jurisdicional, com a intervenção na esfera administrativa tanto em casos de comissão quanto de omissão da Administração Pública, o que traz inequívocas consequências.

Questões como realocação de verbas, insegurança jurídica na definição da ação estatal e microjustiça são pontos importantes decorrentes do fenômeno das “decisões ativistas” nas demandas de saúde proferidas pelo nosso Judiciário, temática central desse estudo, que parte de uma breve análise da ideia de ativismo judicial.

-
- 2 Sobre o tema, Lenio Luiz Streck defende uma clara diferença entre os fenômenos da “judicialização da política” e do “ativismo judicial”, e denuncia que este é sempre indesejável e ruim para a democracia. Nas palavras do autor: “Há uma diferença entre esses dois fenômenos, ao menos no Brasil. O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais. É como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública. Já a judicialização pode ser ruim e pode não ser. Depende dos níveis e da intensidade em que ela é verificada. Na verdade, sempre existirá algum grau de judicialização (da política) em regimes democráticos que estejam guarnecidos por uma Constituição normativa. Por isso, é possível observá-la em diversos países do mundo. Aliás, ainda recentemente viu-se isso na Alemanha e nos Estados Unidos. Por vezes, para a preservação dos direitos fundamentais, faz-se necessário que o Judiciário (ou os Tribunais Constitucionais) seja chamado a se pronunciar, toda vez que existir uma violação por parte de um dos Poderes à Constituição. Portanto, a judicialização decorre de (in)competência — por motivo de inconstitucionalidades — de poderes ou instituições. A questão da judicialização (da política), portanto, está ligada ao funcionamento (in)adequado das instituições, dentro do esquadro institucional traçado pela Constituição. Quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental lato sensu com relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado. Por isso que afirmo, como já o fiz em outras oportunidades, que a judicialização é contingencial. Ela depende de vários fatores que estão ligados ao funcionamento constitucionalmente adequado das instituições. O ativismo judicial, por outro lado, liga-se à resposta que o judiciário oferece à questão objeto de judicialização. No caso específico da judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretenso “avanço” seja para manter o status quo)”. STRECK, Lenio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

2 Breves considerações sobre a noção de ativismo judicial e seus perigosos inconvenientes

A Constituição de 1988 estabelece as competências do Estado, especialmente entre os Poderes Legislativo, Executivo e o Judiciário (art. 2º, CF/88). Por certo, o que se busca é a separação das funções nucleares (essenciais) de cada poder, mas não do poder em si, vez que todos os poderes estão submetidos à Constituição. O poder estatal é uno, institucional e normativamente distribuído entre os poderes constituídos com vistas a viabilizar a maior efetividade possível da própria ordem constitucional de direitos e garantias fundamentais.³

Cada poder tem seu limite de atuação, não se justificando a interferência em competências alheias as suas para atingir fins que são de domínio de outra esfera estatal. Cabe aos poderes a busca pelo cumprimento do projeto de Constituição e, dessa forma, ao Legislativo e ao Executivo cabe adequar suas atividades políticas aos fins constitucionalmente traçados.⁴

Nesse cenário, incumbe ao Legislativo confeccionar e aprovar projetos de lei, inclusive no que diz respeito à efetivação dos direitos sociais; já para o Executivo estão as tarefas de instituir, planejar e executar políticas públicas⁵ que garantam aos cidadãos aqueles direitos sociais previstos na Constituição Federal.⁶

As constituições contemporâneas são muito mais do que documentos legais a funcionar como repositórios das garantias e direitos dos cidadãos. São verdadeiras normas diretivas e programáticas a todos os poderes constituídos. Quando um desses poderes se omite – por uma disfuncionalidade intencional, contingencial ou

3 NUNES, Ana Luisa Tarter; COUTINHO, Nilton Carlos; LAZARI, Rafael José Nadim de. Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015. p. 208-222.

4 LÓPEZ, Gerusa e Silva Castro. O Processo coletivo e o ativismo judicial sob a ótica do neoprocessualismo: instrumentos a favor da concretização dos direitos fundamentais. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 17, n. 128, set. 2014. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15188&revista_caderno=21>. Acesso em: 10 mai. 2017.

5 Para estudos sobre a categoria “políticas públicas”, consultar: APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008; BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002; COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, abr./jun. 1998. p. 39-48; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; CATARINO, João Ricardo. Políticas públicas, mínimo existencial, reserva do possível e limites orçamentários: uma análise a partir da jurisprudência dos tribunais no Brasil. In: GOMES, Marcus Livio; ALVES, Raquel de Andrade Vieira; ARABI, Abhner Youssif Mota (Coord.). *Direito financeiro e jurisdição constitucional*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 115-144.

6 GRANJA, Cícero Alexandre. O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 16, n. 119, dez. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052>. Acesso em: 10 mai. 2017.

até estrutural –, ou mesmo não consegue adequadamente atingir seus desideratos, a consequência direta é o desequilíbrio e sobrecarga de outro ou de todos os demais poderes – o que pode ser contingencial ou apenas começar contingencial e se prolongar com pretensões de continuidade ou até redesenho institucional/funcional.

Por certo, no nosso modelo político-normativo cabe aos Poderes Legislativo e Executivo (principalmente este!) a formulação e busca pela materialização de políticas voltadas à efetivação de direitos sociais, vez que a Constituição ostenta “inegável caráter dirigente, com a imposição de metas e a estruturação e instituições voltadas a realização de direitos sociais, que demandam consequentemente a formulação e execução de políticas públicas”.⁷ Desse caráter dirigente e programático da Constituição resulta um grande número de disposições normativas dependentes de regulamentações legislativas, que estabeleçam as diretrizes, programas e métodos pelos quais o Poder Público deverá concretizar a vontade normatizada.⁸ Os órgãos administrativos, em toda sua extensão, encontram-se vinculados pelos direitos fundamentais, na medida em que lhes incube a gestão dos interesses da coletividade;⁹ portanto, todas as decisões normativas e administrativas devem perseguir esses fins.

Infelizmente, essa vocação normativa emancipatória não ecoa na dimensão reclamada pelas expectativas e necessidades de uma sociedade ainda enormemente carente de políticas estatais básicas e dos mais variados serviços públicos. A insatisfação da população com a má qualidade na prestação dos serviços públicos leva os cidadãos a enxergarem no Judiciário a “tábua de salvação” na busca de prestações positivas sonegadas pelo Poder Público.

Essa insuficiente ação estatal na promoção de políticas públicas, na medida das sempre crescentes demandas sociais, converte-se em terreno fértil para o agigantamento do Judiciário na concretização de direitos sociais. Sem poder negar jurisdição, o Judiciário passa a atender pleitos individuais típicos do anseio da sociedade na busca pelas promessas constitucionais. Mas esse inflacionado e descontrolado número de demandas por concretização de direitos sociais, afora a hipertrofia e o indesejável protagonismo dos tribunais em matéria de política, traz também como efeito imediato o intervencionismo judicial sobre os demais poderes constituídos, principalmente no que toca as sempre sensíveis questões orçamentárias.

Essa disposição intervencionista passou a ser designada em geral pelo fenômeno do ativismo judicial, marcado pela “ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas,

7 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 100.

8 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 65.

9 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 369.

também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo”.¹⁰ Em sentido bastante alargado e até certo ponto romantizado, há quem sustente que o ativismo judicial caracteriza-se, principalmente, por reconhecer “a supremacia das normas constitucionais, que diante de seu conteúdo deve ser o parâmetro para a atividade judicial em busca de concretização”.¹¹

Com esteio na ideia de inafastabilidade da jurisdição, ainda que sem interposição legislativa ou medida administrativa, o Poder Judiciário tem recorrido amplamente a uma nem sempre ilustrada hermenêutica constitucional, fundada em uma rarefeita teoria de aplicação dos princípios constitucionais, tanto para colmatar eventuais lacunas normativas na concretização de direitos como para oferecer resposta a toda sorte de demandas que buscam amparo jurisdicional.¹² Em verdade, não somente em casos de lacuna legislativa, mas, em muitos outros, inclusive contra texto normativo expresso em regras jurídicas plenamente aplicáveis, juízes fundamentam suas decisões em parâmetros normativos como a dignidade humana, a razoabilidade e a proporcionalidade, favorecendo o surgimento de decisões cada vez mais amplas, genéricas e airadas por ventos de moralismo e decisionismo judicial.¹³

Essa sobrecarga normativa dos princípios vem como tatuagem do neoconstitucionalismo.¹⁴ Na busca da concretização das promessas constitucionais, consolida-se a aplicação dos princípios até mesmo em detrimento de regras jurídicas. Dessa forma, “a interpretação jurídica assume um papel de relevo, especialmente porque mesmo quando se compreende o ativismo judicial como necessário para a efetivação de direitos, tem-se que a atividade judicante deverá encontrar limites”.¹⁵ Sobre tema, a partir de uma análise sólida e crítica, Lenio Luiz Streck denuncia que a

10 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 119.

11 MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2012. p. 161.

12 Para uma análise crítica sobre a teoria dos princípios, consultar: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 258-271.

13 Sobre o tema, consultar: DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 223-224.

14 Nas palavras de Luís Roberto Barroso: “Conjunto de mudanças que incluem a força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”. Ademais, tais mudanças culminaram numa constitucionalização do direito, que se associa a um “efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, março/abril/maio, 2007. p. 15-16.

15 MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2012. p. 176.

valoração da interpretação conforme a Constituição claramente favorece a perda dos parâmetros de controle da atividade jurisdicional.¹⁶

Importa notar que, ao tempo em que se justificam decisões ativistas com o argumento de conceder direitos ao cidadão, em longo prazo isso pode depor contra a própria concretização universalizada e igualitária dos direitos e mesmo afastar os parâmetros de controle e adequado funcionamento dos poderes constituídos. Inegavelmente, ressoa evidente que as decisões ativistas em sua maioria são “bem intencionadas”, com a garantia de essenciais e até vitais direitos aos cidadãos. Mas esses aparentes ventos alvissareiros podem trazer consigo o trágico e perigoso germe de um sistema jurídico inseguro, autoritário, moralista e decisionista.

No que toca a nossa temática central, parece consenso que o direito à saúde pertence a todos e se constitui em dever de prestação estatal, assegurado mediante políticas sociais e econômicas. Trata-se de um direito de prestação originária, mesmo que não haja regulamentação infraconstitucional detalhando como se dará sua concretização.¹⁷ Aos Poderes Legislativo e Executivo incumbe a disciplina normativa, a formulação e a execução de políticas públicas voltadas à prestação desse essencial direito à população.

Entretanto, é fato que o Legislativo traz - quando o faz - respostas tardias aos anseios da sociedade, sem contar a brutal crise de representatividade na qual desde há muito está mergulhado.¹⁸ Em semelhante situação, o Executivo mostra-se ineficiente e ineficaz no planejamento e execução de políticas públicas que propiciem a prestação mínima dos direitos sociais constitucionalmente assegurados. Soma-se a isso a grande desconfiança e descrença da população nesses poderes (cerca de 92% da população acredita na existência de corrupção nos partidos políticos em sua totalidade).¹⁹

A consequência desse cenário político atual é que:

16 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 297.

17 PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 178.

18 Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, com certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. 2008. *Revista Consultor Jurídico*, dez. 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 10 mai. 2017.

19 Quando se fala no Congresso Nacional, ou seja, entre senadores e deputados federais, 92% acreditam na existência de corrupção, mesma taxa dos que acham que há corruptos nos partidos políticos, de modo geral. Acreditam existir corrupção no governo do Estado onde moram 87%, e acham que há corrupção na Assembleia Legislativa do seu Estado 86%. Para 81% existe corrupção na prefeitura da cidade onde moram; percentual idêntico acha que há vereadores corruptos na Câmara de vereadores de sua cidade. DATAFOLHA. *Corrupção entre os brasileiros*. Instituto de pesquisa Datafolha, Opinião Pública. São Paulo, mai. 2013. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2013/05/02/corrupcao_05102009.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2017.

[...] o Legislativo não cria e nem aprova leis que visam concretizar os direitos fundamentais e por outro lado o Executivo além de cumprir seu papel instituindo políticas públicas, informa que não tem recursos suficientes para atender a demanda, como por exemplo, verbas para a saúde, onde várias pessoas morrem todos os anos, devido à saúde estar sucateada (falta de: hospitais, remédios e atendimentos especializados).²⁰

Essa insatisfação e o descrédito com as instâncias legislativas e executivas infla e respalda o atual protagonismo judicial. Os membros do Judiciário, desde juízes de primeiro grau até ministros dos tribunais superiores, têm povoado a grande mídia. Há pesquisas que os apontam como as figuras mais confiáveis da atualidade.²¹ Esses fatores favorecem a tomada de espaço pelo Judiciário na cena política, “assegurando, diante da inércia e da ineficácia de atuação dos outros poderes estatais, a efetivação de direitos e de garantias fundamentais previstos na Constituição de 1988”.²²

Por oportuno, cabe ressaltar que a própria Constituição e seu acentuado caráter principiológico propiciam a atividade mais criativa do judiciário no exercício da jurisdição.²³ Também, como salientado pela presidente do STF, ministra Cármen Lúcia, em recente palestra, cada vez mais o cidadão conhece a Constituição, sabe dos seus direitos.²⁴

Todos esses fatores contribuem para que o Judiciário seja cada vez mais procurado na concretização da ordem de direitos sociais, visto como “última esperança” para que prestações estatais cheguem àquela parcela de cidadãos que acessa os tribunais. Esse contexto também favorece que o Judiciário decida pelos demais poderes e imponha sua decisão, sem importar-se muito com as consequências em longo prazo e o indesejável *deficit* de universalização igualitária dos direitos de prestação.

20 GRANJA, Cícero Alexandre. O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 16, n. 119, dez. 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052>. Acesso em: 10 mai. 2017.

21 O ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, se mantém na liderança do ranking com nota média 5,6 (tinha 5,9 em novembro do ano passado). Joaquim Barbosa conseguiu 16% de nota dez e 12% de nota zero. Na terceira posição há um empate entre o juiz Sérgio Moro. DATAFOLHA. Índice de confiança de algumas personalidades. Instituto de pesquisa Datafolha, Opinião Pública. São Paulo, fev. 2016. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2016/02/29/indice_de_confianca_personalidades.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2017.

22 GRINOVER, Ada Pellegrini; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WATANABE, Kazuo. *PL sobre controle jurisdicional de políticas públicas é constitucional*. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-23/pl-controle-jurisdicional-politica-publica-constitucional>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

23 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 88.

24 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Palestra de abertura: XIX Congresso Internacional de Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público*. Brasília, 26 de outubro de 2016. Conferência com transmissão online. Disponível em:<<https://www.youtube.com/watch?v=dgIrAdsAC80>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

3 O judiciário como meio para a efetivação do direito a saúde

Por mais que se fale na separação dos poderes e na discricionariedade inerente a várias searas da atividade administrativa, é certo que o controle da legalidade dos atos da Administração Pública conhece sua dimensão externa jurisdicional.²⁵ Não só os atos comissivos, mas também os omissivos estão submetidos ao crivo do Judiciário. Em última instância, cabe o controle jurisdicional “para verificar se a ausência de uma política pública ou se a política pública criada e implementada pelo Legislativo ou pelo Executivo fere os direitos fundamentais e é ou não adequada”.²⁶

Partindo dessas premissas, “inadmissível seria a impossibilidade de concretização de direitos e garantias, especialmente as fundamentais”.²⁷ O Poder Executivo não pode se esquivar das obrigações impostas pela Constituição.

Um dos mais recorrentes argumentos para justificar uma postura jurisdicional ativista nas demandas sanitárias seria a efetividade plena das normas referentes à prestação de direitos sociais. Os direitos fundamentais (inclusive os sociais, como o direito à saúde) são considerados norma de eficácia plena, tendo, pois, aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, CF/88), o que possibilita aos indivíduos exigí-los judicialmente.²⁸ A própria Constituição respalda a atuação judicial quando a inércia dos demais poderes constituídos impeça impede a satisfação de direitos fundamentais (normas de aplicabilidade imediata).²⁹

Em recente palestra, Maria Sylvia Zanella Di Pietro diz que o Brasil recebeu uma grande influência da doutrina alemã, segundo a qual considera que os direitos fundamentais não dependem de lei nem de decisão administrativa para serem aplicados. O Judiciário brasileiro considera obrigatória a aplicação direta das garantias previstas na Constituição, por entender que possuem um núcleo essencial assecuratório

25 LÓPEZ, Gerusa e Silva Castro. O processo coletivo e o ativismo judicial sob a ótica do neoprocessualismo: instrumentos a favor da concretização dos direitos fundamentais. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 17, n. 128, set. 2014. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15188&revista_caderno=21>. Acesso em: 10 mai. 2017.

26 GRINOVER, Ada Pellegrini; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WATANABE, Kazuo. *PL sobre controle jurisdicional de políticas públicas é constitucional*. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-23/pl-controle-jurisdicional-politica-publica-constitucional>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

27 MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2012. p. 168.

28 ROCHA, Eduardo Braga. *A justiciabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 69.

29 GRINOVER, Ada Pellegrini; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WATANABE, Kazuo. *PL sobre controle jurisdicional de políticas públicas é constitucional*. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-23/pl-controle-jurisdicional-politica-publica-constitucional>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

da sua aplicação imediata. Argumentam que não há nenhuma inovação nessa atitude; estão apenas a assegurar algo já previsto na Constituição.³⁰

Se cabe ao Poder Judiciário zelar pelo respeito às leis e deveres que são impostos, parece aceitável e até correto que o indivíduo tido por agravado possua o direito de recorrer às leis e tribunais do país.³¹ Então, em uma primeira análise, seria legítimo ao Judiciário assegurar tais direitos, emitir decisões impositivas ao Estado para o fornecimento de medicamentos, custeio de tratamentos de saúde etc.

Por evidente, dessa pretensão de concretização imediata dos direitos sociais resultam algumas consequências. Uma delas, a gigantesca quantidade de ações judiciais a reclamar prestações positivas ligadas à proteção da saúde individual. Nada obstante, “o desvio indevido de recursos para atender prioritariamente às decisões judiciais pode acarretar consequências destrutivas para o sistema coletivo de proteção à saúde, em prejuízo do direito daqueles cidadãos mais necessitados e que mais dependem da rede pública de medicamento”.³²

Com efeito, resta indubitável que a desarmonia entre o texto constitucional e as condições socioeconômicas vivenciadas pela maioria da população também favorece intensamente o voluntarismo judicial, que pretende buscar fazer valer o dever-ser constitucional.³³ Não são necessários estudos aprofundados para constatar que há uma enorme discrepância entre as “promessas” da Constituição e a realidade orçamentária do país, não somente no que toca à saúde, mas também ao lazer, educação, segurança etc.

Superficialmente, tem-se a ideia de que o ativismo judicial seria, em todos os seus aspectos, algo benéfico tanto ao Judiciário - que passa a concretizar cada vez mais os mandamentos constitucionais, quanto para a sociedade - que passa a ter seus direitos assegurados. Todos, aparentemente, sairiam ganhando. Entretanto, é preciso questionar até que ponto esse movimento é realmente salutar ou se (sobretudo em demasia!) acaba por provocar graves danos e/ou distorções. Ou, ainda, inclusive se em qualquer medida é sempre indesejável. Há quem sustente que, por enquanto,

[...] o ativismo judicial tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da sua cura. A expansão do judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de

30 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *A constitucionalização do direito administrativo*. XX Semana Jurídica do Curso e Direito UFSC. Auditório do Fórum Norte de Ilha. Florianópolis, 24 de outubro de 2016.

31 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

32 PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 33.

33 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 288.

representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.³⁴

De fato, decisões ativistas parecem representar apenas uma resposta paliativa ao indivíduo, e perpetuam o problema da coletividade. Se não há remédios disponíveis pelo SUS, entra-se com uma ação individual pleiteando a prestação de remédios; se faltam vagas em creches, roga-se ao Judiciário a inclusão da criança em alguma instituição infantil de ensino. Isso transforma a instância judicial em uma espécie de Serviço de Atendimento ao Cidadão (SAC).³⁵

Ao acolher tais pleitos sem considerar seus efeitos em longo prazo, o Judiciário corre o risco de construir uma cidadania ficta (mais um cliente do que um efetivo cidadão!), ao incutir nas pessoas uma perigosa e mesmo desastrosa ideia de que cidadania seria simplesmente ter direito de bater às portas do Poder Judiciário, mais especificamente, ao STF, nele a depositar todas as esperanças e dele a cobrar todas as respostas.³⁶

4 A função do poder público no cumprimento das diretrizes constitucionais de saúde e a discricionariedade administrativa

Diante do profundo e marcante movimento de constitucionalização do Direito Administrativo,³⁷ sobretudo pós-Constituição de 88, os valores e objetivos encartados nas regras e princípios constitucionais passaram a vincular o agir estatal, obrigando a Administração Pública a traçar programas e metas para dar efetividade àqueles direitos fundamentais sociais constitucionalmente assegurados. A Constituição estabelece não somente um regime jurídico-democrático ao Direito Administrativo (Administração

34 BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. 2008. *Revista Consultor Jurídico*, dez. 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 10 mai. 2017.

35 NEIVA, Gerivaldo. *O normativismo tomou as ruas e engoliu o Direito*. 2011. Disponível em: <<http://www.gerivaldoneiva.com/2011/04/o-normativismo-tomou-as-ruas-e-engoliu.html>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

36 CLÈVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; TAVARES, André Ramos. *E não é pra cumprir a Constituição?* Migalhas, 2009. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI84133,21048-E+nao+e+para+cumprir+a+Constituicao>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

37 Sobre o tema, consultar: BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 31-63; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 217-227.

Pública democrática),³⁸ mas sujeita também o seu agir e lhe impõe dentre os seus objetivos centrais a defesa e a consecução dos direitos e garantias fundamentais individuais, coletivos e sociais.

A Constituição Federal assegura o direito à saúde em seu artigo 6º e, nos artigos 196 a 200, disciplina algumas diretrizes para o seu exercício. No entanto, não estabelece de que forma se dará a prestação desse direito à coletividade; não diz se o Estado deverá fornecer medicamentos ou tratamentos a quem possui e a quem não possui condições de custear tal despesa; não determina qual a política pública sanitária mais ou menos adequada.

Tal indefinição traz inegável espaço de discricionariedade ao gestor público, que deve mirar a melhor solução no caso prático, a mais adequada à realidade prática. A decisão do poder público:

[...] decorre de embates e escolhas políticas realizadas pelos agentes políticos, sedimentando ponderações realizadas entre os diversos bens a serem protegidos e os meios necessários para tal finalidade. Isso não significa, contudo, que as decisões políticas estejam sempre em consonância com as prioridades constitucionais. Assim, é possível que haja controle, sobretudo pelo Poder Judiciário, no caso de normativas inconstitucionais e ilegais, bem como no caso de omissões injustificadas da administração pública.³⁹

Assim, cabe à Administração Pública elaborar políticas públicas adequadas para a concretização dos direitos sociais, definir o percentual do orçamento a ser aplicado, a forma da prestação, seus respectivos os projetos e programas etc. Há, pois, fatores contingenciais que influenciam na concretização do direito à saúde. Invariavelmente, além das oscilações de diretrizes político-governamentais, por vezes a questão orçamentária pressiona e acanha o acesso universal à saúde. Por mais que o acesso à saúde seja uma prioridade para a população, não é a única; educação, transporte, segurança e vários outros setores também reclamam massivos investimentos. Nos limites do marco normativo aplicável, é no palco das decisões administrativas que essas ponderações e escolhas devem ser forjadas e de quem se deve cobrar as respectivas responsabilidades.

Por certo, o poder discricionário conferido ao administrador para fazer suas escolhas está limitado à ordem normativa e submetido ao controle judicial. Nesse

38 Sobre as bases do novo regime jurídico-administrativo e do paradigma da Administração Pública democrática, consultar: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 215-318.

39 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle judicial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 73.

sentido, o processo político de definição das prioridades e prestações que serão proporcionadas à população encontra-se sujeito ao crivo de legalidade (critério formal) e constitucionalidade (critério material).⁴⁰ A doutrina admite a intervenção judicial nas decisões discricionárias do Poder Público por estar o gestor inicialmente “[...] submisso aos termos constitucionais, em seguida, aos próprios termos propostos por leis e, por último, adstrito a consonância com os atos normativos inferiores, de qualquer espécie, expedidos pelo poder público”.⁴¹

Inclusive, ainda que não represente uma função típica ou mesmo legalmente prevista, admite-se a intervenção do Judiciário nas demais esferas públicas nos casos de omissão grave, que viole os direitos fundamentais dos cidadãos – por considerar-se que a negligência também é um ato inconstitucional. Assim, quando o Estado vier a desviar-se de seus ônus político-jurídicos, de forma a negar eficácia e integridade a direitos fundamentais individuais, coletivos e sociais constitucionalmente assegurados, cabe ao Judiciário garantir sua concretização, ainda que de forma excepcional.⁴²

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45, que tratava sobre recursos financeiros mínimos necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde, o ministro Celso de Melo assim defendeu o espaço de atuação judicial em casos de omissão de políticas públicas pelos demais poderes:

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non prestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.[...] Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.⁴³

40 PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 99.

41 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle judicial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 11.

42 MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2012. p. 99.

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45/MC – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Decisões

Com efeito, por mais que incumba à Administração Pública decidir sobre a alocação de recursos e outras decisões essenciais relacionadas ao planejamento, disciplina e execução de políticas públicas emanadas da ordem constitucional, essas decisões estarão sempre sujeitas ao crivo judicial, tanto no caso de aspectos formais como na sua adequação material à ordem constitucional estabelecida, não para substituir decisões políticas da Administração por decisões políticas do Judiciário, mas para glosar ações e, sobretudo, omissões administrativas inconstitucionais (controle jurisdicional negativo de políticas públicas).

5 Algumas consequências do ativismo judicial em demandas sobre o direito à saúde

Ainda que se possa admitir a atuação jurisdicional excepcional no campo precípua dos demais poderes, ante o crescente e expressivo número de demandas individuais e até coletivas (setorizadas) relativas ao direito à saúde, esse modelo intervencionista traz consequências que não podem ser desconsideradas.

Como destaca Luís Roberto Barroso, a partir do momento que se torna comum a atuação judicial no campo típico dos gestores públicos, por vezes até a impor obrigações de fazer e não fazer para além ou mesmo contra os limites legais estabelecidos, há que se debater sobre esse modelo ativista inclusive a partir da questão democrática. Os magistrados não foram eleitos e não teriam legitimidade para decidir a respeito de tais assuntos. Em geral não possuem conhecimento técnico e nem mesmo conhecimento financeiro/orçamentário do impacto de suas decisões na gestão pública.⁴⁴ No mesmo sentido, segue o alerta de Daniel Sarmento:

Os poderes executivo e legislativo (mais o primeiro do que o segundo), possuem em seus quadros pessoas com a necessária formação especializada para assessorá-los na tomada das complexas decisões requeridas nesta área, que frequentemente envolvem aspectos técnicos, econômicos e políticos diversificados. O mesmo não ocorre no judiciário. Os juízes não têm, via de regra, tais conhecimentos especializados necessários, nem contam com uma

monocráticas, 29 abril 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

44 Três objeções podem ser opostas à judicialização e, sobretudo, ao ativismo judicial no Brasil. Nenhuma delas infirma a importância de tal atuação, mas todas merecem consideração séria. As críticas se concentram nos riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da Justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário. Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. 2008. *Revista Consultor Jurídico*, dez. 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 10 mai. 2017.

estrutura de apoio adequada para avaliação das políticas públicas, o que se torna um elemento complicador no debate sobre a tutela judicial dos referidos direitos.⁴⁵

Mauro Cappelletti apresenta um contraponto para esse argumento do *deficit* de legitimidade dos juízes para decisões substitutivas dos demais poderes. Primeiramente, aos juízes é imposto no ônus de justificar/fundamentar adequadamente suas decisões, diferentemente dos gestores públicos que (por vezes) sequer prestam contas de suas decisões aos cidadãos. Necessário, ainda, considerar os fortes e alargados interesses das bancadas das casas legislativas, a orientar e influenciar diretamente quais projetos de lei são apresentados e quais são aprovados. Para Mauro Cappelletti, esse quadro fundamentado em argumentos de viés realista revelaria que o Judiciário não parece uma opção tão mais nociva que os demais poderes.⁴⁶

De fato, a análise da combalida conjuntura política do país pode levar-nos a ver mais justificativas e “prestações de contas” nas decisões judiciais do que nas ações legislativas ou administrativas; até porque, é crescente o descontentamento generalizado da população com as decisões político-legislativas e político-administrativas. Isso, em grande parte, impulsionado pela crise de representatividade do Legislativo e pelo *deficit* de credibilidade e até de legitimidade dos nossos governantes e da classe política em geral.

Mas não se pode jamais olvidar que esse modelo de ativismo judicial denuncia sim uma indesejável falha do sistema de poder e não qualquer parâmetro de solução para os seus graves problemas. No afã de implementar direitos sociais básicos, esquecemos que todo modelo (mais débil ou mais duro) de ativismo tende a flertar com a ofensa ao primado da igualdade. Ao prestar jurisdição individualizada em matéria de políticas públicas de saúde, que devem mirar a universalização, desconsideramos aquele enorme contingente de cidadãos que sequer conhece seus direitos e muito menos sabe dos meios para acessar ao Judiciário. Em um país de profunda desigualdade social como o Brasil esse é um grave aspecto a ser considerado. A situação é que:

A proteção política a esses direitos faz com que muitas vezes seja deferido o pedido formulado, ainda que não haja previsão normativa para a sua tutela. Embora uma postura dessa ordem seja muitas vezes considerada progressista, não se pode ignorar que decisões judiciais podem acarretar consequências destrutivas para

45 SARMENTO, Daniel. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. In. LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais*: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 208.

46 CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. v. 1. Tradução e notas de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008. p. 22-23.

o sistema coletivo de proteção à saúde, em prejuízo direto àqueles cidadãos mais necessitados e que mais dependem da rede pública de atendimento.⁴⁷

Outra grave consequência do ativismo em matéria de saúde está no ampliado senso de insegurança jurídica que povoa o sistema de justiça. Não raro, ações de medicamentos totalmente idênticas do ponto de vista fático e jurídico são julgadas procedentes em alguns juízos e improcedentes em outros. O cidadão comum não entende respostas diametralmente diversas se o direito é o mesmo para todos, se todos são iguais perante a lei! Isso traz grande perplexidade e até descrédito sobre as instituições, ante a ausência de parâmetros de objetividade, previsibilidade e segurança jurídica a indicar os limites e a licitude da interferência judicial nessas searas.⁴⁸

Há casos de tribunais que instituem orientações para concessões de medicamentos: apenas a concessão daqueles padronizados pelo SUS; somente até determinado limite de valores etc. Afora o problema da microjustiça, isso também agrava aquela situação de insegurança jurídica e tratamento desigual, com respostas totalmente diversas para o mesmo problema da vida. Seria isso aceitável em um ordenamento que busca promover a igualdade? Quais deveriam ser os parâmetros para esse tipo de resposta judicial? Deveriam haver limites quantitativos para tais prestações judiciais?

Sobre essas questões, aportou ao STF emblemático caso de pretensão subjetiva à saúde (STA 175-AgR/CE),⁴⁹ em que o ministro Gilmar Mendes confirmou decisão que condenou o Poder Público a custear o tratamento de saúde a um cidadão no valor de R\$ 52.000,00 mensais. É certo que o referido cidadão teve seu direito efetivado, mas também é correto considerar que esse dinheiro sairá dos cofres públicos e poderá defasar algum setor, de modo a agravar a situação daqueles que procuram a rede pública de saúde (postos de saúde), ante a insuficiência de recursos. Mas o Judiciário poderia ignorar tal pleito do cidadão? Parece que não. Entretanto, não se pode perder

47 PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 33.

48 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 56.

49 EMENTA: SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL. SAÚDE PÚBLICA. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO. AUDIÊNCIA PÚBLICA. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS. POLÍTICAS PÚBLICAS. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE. SEPARAÇÃO DE PODERES. PARÂMETROS PARA SOLUÇÃO JUDICIAL DOS CASOS CONCRETOS QUE ENVOLVEM DIREITO À SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO EM MATÉRIA DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO: ZAVESCA (MIGLUSTAT). FÁRMACO REGISTRADO NA ANVISA. NÃO COMPROVAÇÃO DE GRAVE LESÃO À ORDEM, À ECONOMIA, À SAÚDE E À SEGURANÇA PÚBLICAS. POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE DANO INVERSO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE* – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, 17 março 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

de vista que os interesses subjetivos em matéria de saúde devem ser contextualizados a partir de políticas públicas com pretensão de generalidade, universalidade e igualdade de tratamento.⁵⁰

Por certo, esse problema não seria impactante no caso de decisões isoladas ou esporádicas. Porém, com o expressivo e mesmo alarmante crescimento do número de ações com o pleito de recebimento de remédios e/ou tratamentos médicos,⁵¹ com largo impacto na formação e execução dos orçamentos públicos em matéria de saúde,⁵² esse deslocamento de recursos públicos acarreta sensível e indesejável descontinuidade da prestação de serviços de saúde para a população em geral, o que efetivamente não se harmoniza com os interesses da coletividade. Isso acaba por permitir críticas de cunho utilitarista, no sentido de que:

Uma política pública razoável (e, portanto, adequada) deve propiciar o atendimento ao maior número de pessoas com o mesmo volume de recursos. Merecem críticas, portanto – por não atender ao requisito da razoabilidade–, alguns julgados, em demandas

50 MAMELUK, Lethícia Andrade. Consequências da judicialização do direito à saúde. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, jun. 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,consequencias-da-judicializacao-do-direito-a-saude,37535.html#_ftn5>. Acesso em: 10 mai. 2017.

51 Os dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), divulgados por meio do Relatório Justiça em Números, revelam que em 2011 tramitavam no Brasil 240.980 ações em matéria de saúde; em 2014 esse número saltou para 392.921; em 2015, o número mais que dobrou, alcançando 854.506 processos; para 2016, os dados do relatório de 2017 apontam que o número de ações saltou para 1.346.931, um crescimento vertiginoso, ainda que se tenham incluídos alguns novos assuntos na categoria saúde, não contabilizados em anos anteriores. Sobre o tema, consultar: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2017: ano-base 2016*. Brasília: CNJ, 2017. 188 p. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/11/d982ddf36b7e5d1554aca6f3333f03b9.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2017.

52 Para se ter uma ideia da evolução do impacto financeiro-orçamentário da questão, pode-se recuperar os dados do Relatório TC 009.253/2015-7 (DOU 24/08/2017), do Tribunal de Contas da União (TCU), no qual se apurou que, entre 2008 e 2015, os gastos do Ministério da Saúde passaram de R\$ 70 milhões para cerca de R\$ 1 bilhão – um aumento de aproximadamente 1.300%. Mas a situação da União nem é a mais drástica: se considerados somente os gastos conjuntos dos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Santa Catarina, entre 2013 e 2014, isso suplanta os gastos da União nas demandas judiciais sobre saúde naquele período. Em geral, a principal despesa com a judicialização está no fornecimento de medicamentos (80% do total de gastos), sendo que apenas 19 medicamentos correspondem a mais de 50% dos gastos em Santa Catarina e São Paulo. Sobre o tema, consultar: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Auditoria Operacional. Fiscalização de Orientação Centralizada (FOC). Judicialização da saúde*. Identificar o perfil, o volume e o impacto das ações judiciais na área da saúde, bem como investigar a atuação do ministério da saúde para mitigar seus efeitos nos orçamentos e no acesso dos usuários à assistência à saúde. Relatório de Auditoria, Ministério da Saúde. Relatório em auditoria TC 009.253/2015-7, Acórdão TC 1787/2017. DOU 24 ago. 2017. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/acordao-completo/925320157.PROC>>. Acesso em: 14 out. 2017. p. 58.

individuais que concedem ao autor tratamentos caríssimos no exterior, ou a aquisição de remédios experimentais que sequer foram liberados no Brasil.⁵³

Recentemente, o Ministério da Saúde chegou a divulgar que os gastos com cumprimento de decisões judiciais em matéria de saúde chegariam a R\$ 7 bilhões por ano, consideradas as três esferas do Poder Executivo (união, estados e municípios). Complementou que recursos significativos acabam destinados sem que as prioridades sejam estabelecidas no orçamento, o que desestrutura o planejamento orçamentário fixado pela Administração Pública. Ressaltou, ainda, o problema da limitação orçamentária para tratar dessas questões, vez que o cumprimento de ordens judiciais faz desfalcar outra atividade estatal em matéria de saúde (o dinheiro sairá de algum lugar).⁵⁴ Em verdade, a exponencial expansão da busca do direito à saúde pela via judicial coloca em risco a própria efetivação das já insuficientes políticas públicas em matéria de saúde, comprometendo o planejamento público, a gestão orçamentária e a alocação de recursos públicos para áreas e demandas tidas como prioritárias.⁵⁵

Cumpra considerar que as intervenções judiciais em matéria de saúde deveriam “ser um remédio apenas para exigir que políticas fossem cumpridas, mas ninguém entra na Justiça para reclamar de falta de médicos nos postos [...] falta de programas específicos”.⁵⁶ Por certo, uma maior fiscalização dos poderes públicos, inclusive por parte da população e das instituições da sociedade civil organizada (controle social), traria uma enorme contribuição no sentido de qualificar e aprofundar o debate político, a eleição de prioridades pela comunidade e a exigência do alargamento de políticas públicas de atendimento universal em matéria de saúde, com a consequente redução da demanda pelo intervencionismo judicial. Não se pode esquecer também que “a adiada reforma política é uma necessidade dramática para o país, para fomentar autenticidade partidária, estimular vocações e reaproximar a classe política da sociedade civil”.⁵⁷

53 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, v. 7, n. 7, 2010.

54 LYRIO, Elton. “Decisões judiciais custam R\$ 7 bilhões para a saúde do país”: Ministro Ricardo Barros diz que valor é referente a União, Estados e municípios. *Gazeta Online*. São Paulo, 24 ago. 2016. Disponível em: <http://www.gazetaonline.com.br/_conteudo/2016/08/noticias/cidades/3969491-decisoes-judiciais-custam-r-7-bilhoes-para-a-saude-do-pais.html>. Acesso em: 10 mai. 2017.

55 BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. 2008. *Revista Consultor Jurídico*, dez. 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 10 mai. 2017.

56 MAMELUK, Lethícia Andrade. Consequências da judicialização do direito à saúde. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, jun. 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,consequencias-da-judicializacao-do-direito-a-saude,37535.html#_ftn5>. Acesso em: 10 mai. 2017.

57 BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. 2008. *Revista Consultor Jurídico*, dez. 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 10 mai. 2017.

Obviamente que não cabe ao Judiciário resolver questões sobre destinação orçamentária, mas é imperioso que “prepare melhor seus componentes para decidir os casos que envolvam direito à saúde, principalmente no que se refere à assistência farmacêutica”.⁵⁸ É fundamental que se desenvolvam outros mecanismos que alcancem uma solução satisfatória ao problema das demandas relativas à saúde (e também dos demais direitos sociais), de maneira mais abrangente/generalizada e menos subjetiva/contingencial.⁵⁹

Há que se considerar ainda a questão da microjustiça. No caso das liminares de medicamentos e tratamentos médicos, que possuem reflexos diretos no orçamento público, ao prover um pleito individual o juiz produz uma microjustiça. Inegavelmente, há a efetivação do direito à saúde, mas somente para aquele cidadão, não para a sociedade em geral. Pior ainda, esse provimento judicial individualizado de medicamentos e tratamentos médicos tem afetado gravemente o planejamento e a execução orçamentária dos entes estatais, com graves danos à já rarefeita pauta de economicidade e eficiência administrativa em matéria de orçamento público.

Na tentativa de minimizar os efeitos decorrentes desse modelo de atuação judicial positiva, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ emitiu a Recomendação n.º 36,⁶⁰ propondo a todos os tribunais “a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, com vistas a assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde suplementar”. Pretende-se assim uniformizar, ou mesmo, tornar mais adequados os pronunciamentos judiciais envolvendo destinação de verbas públicas às demandas subjetivas relacionadas à saúde.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foram desenvolvidos mecanismos buscando reduzir as ações relacionadas a pedidos de medicamentos e tratamentos de saúde. O Comitê Estadual de Saúde, coordenado pelo Tribunal, constatou que a maior parte das ações era ajuizada pela Defensoria Pública. O Comitê então realizou uma parceria com a defensoria para que fosse incentivada a resolução pré-processual das demandas e atualmente cerca de 80% das demandas relativas à saúde são resolvidas por meios extrajudiciais, como, por exemplo, o encaminhamento do pedido ao próprio sistema de saúde.⁶¹

58 MAMELUK, Lethícia Andrade. Consequências da judicialização do direito à saúde. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, jun. 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,consequencias-da-judicializacao-do-direito-a-saude,37535.html#_ftn5>. Acesso em: 10 mai. 2017.

59 PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 245.

60 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Atos normativos. *Recomendação N° 36 de 12/07/2011*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_36_12072011_22102012170026.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2017.

61 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Tribunal de Justiça consegue reduzir número de ações com demandas de saúde*. 23 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79186-tribunal-de-justica-consegue-reduzir-numero-de-acoes-com-demandas-de-saude>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

6 Considerações finais

O debate sobre o ativismo judicial, seus limites e possibilidades povoa as discussões jurídico-políticas. Parte dos críticos defende a possibilidade de tal configuração, vez que o Judiciário dispõe de autonomia para garantir o sistema constitucional, sobretudo diante das omissões legislativas e administrativas. A outra parte, no entanto, entende que o ativismo judicial extrapola os limites de competência do Poder Judiciário, sendo que, em sua versão mais radical, seria sempre ruim e indesejável, porquanto autoritário, antidemocrático e contrário à ordem jurídica estabelecida.

Não se pode olvidar que, em um sistema constitucional como o nosso, a fiscalização dos demais poderes pelo Judiciário decorre de expressa vontade da Constituição, não apenas nos casos de decisões legislativas e administrativas consideradas contrárias à ordem constitucional (comportamento comissivo inconstitucional), mas também nos casos de omissão na implementação de políticas públicas e programas que visem à prestação de direitos sociais à coletividade (comportamento omissivo inconstitucional). Isso reforça a ideia do Judiciário como palco de concretização dos direitos fundamentais sociais – principalmente o direito à saúde.

Ao Judiciário cabe intervir em políticas públicas de saúde, inclusive para determinar obrigações de fazer (e até não fazer!) ao Poder Público, o custeio de medicamentos, tratamentos de saúde etc. Todavia, desse comportamento (mais ou menos ativista/intervencionista) decorrem graves consequências.

Por certo, quando o Judiciário acolhe pleito do cidadão em matéria de direito à saúde efetua-se uma microjustiça; ou seja, para aquele cidadão houve a efetivação da diretriz constitucional garantidora do direito à saúde. Mas a obrigação estatal está em assegurar, no potencial mais otimizado possível, com base no orçamento disponível, que todos os cidadãos tenham o mesmo acesso à saúde, obrigação que não será atingida a partir de mecanismos de intervenção judicial, porquanto não preparado e nem legitimamente competente para o planejamento, fomento e execução de políticas públicas, com pretensão de generalidade e universalidade.

Além disso, o deslocamento de verbas públicas para o custeamento de ordens judiciais em matéria de saúde interfere diretamente na execução orçamentária e no planejamento público, ou seja, no efetivo repasse de verbas aos postos de saúde e aos hospitais, atingindo justamente a população que depende desses serviços. O efeito rebote (ciclo vicioso) é claro: o Estado precisa deslocar verbas para honrar ordens judiciais; as verbas públicas para políticas públicas gerais diminuem; isso afeta o fornecimento gratuito de remédios/tratamentos; e os cidadãos recorrem mais à Justiça na busca do seu direito à saúde.

Não se deve deixar cegar e seduzir irracional e ilimitadamente pelo “belo canto da sereia” do ativismo judicial, mas ignorar solenemente esse fenômeno, fechando

os ouvidos com cera tal qual o Ulisses mitológico, também não parece uma postura adequada para a construção do projeto de cidadania ativa e democracia participativa desenhado pela nossa ordem constitucional.

Mas o fato é que respostas individuais/contingenciais para enfrentar um problema coletivo/geral, que é a prestação de saúde pública no Brasil, não têm se mostrado nem suficientes, nem eficientes e nem adequadas – apenas paliativas. Pior, em longo prazo essas decisões ativistas parecem mais agravar a situação do que apontar soluções. É preciso que os poderes constituídos busquem de forma colaborativa e conjugada soluções coletivas para esta demanda social e econômica que atinge a sociedade brasileira. Mensageiro da boa nova ou lobo em pele de cordeiro? Que o tempo nos reserve a melhor resposta e esses intrigantes questionamentos sobre o ativismo judicial em matéria de saúde!

Referências

- APPIO, Eduardo. Controle judicial das políticas públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 31-63.
- BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. 2008. *Revista Consultor Jurídico*, dez. 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 10 mai. 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 9, março/abril/maio, 2007. p. 01-41.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/MC – Distrito Federal*. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Decisões monocráticas, 29 abril 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 mai. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE – Distrito Federal*. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, 17 março 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 10 mai. 2017.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2017: ano-base 2016*. Brasília: CNJ, 2017. 188 p. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/11/d982dd-f36b7e5d1554aca6f3333f03b9.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2017.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Atos normativos*. Recomendação N.º 36 de 12/07/2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_36_12072011_22102012170026.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2017.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Tribunal de Justiça consegue reduzir número de ações com demandas de saúde*. 23 de abril de 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79186-tribunal-de-justica-consegue-reduzir-numero-de-acoas-com-demandas-de-saude>>. Acesso em: 10 mai. 2017.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Auditoria Operacional. Fiscalização de Orientação Centralizada (FOC). Judicialização da saúde. Identificar o perfil, o volume e o impacto das ações judiciais na área da saúde, bem como investigar a atuação do ministério da saúde para mitigar seus efeitos nos orçamentos e no acesso dos usuários à assistência à saúde. Relatório de Auditoria, Ministério da Saúde. Relatório em auditoria TC 009.253/2015-7, Acórdão TC 1787/2017. DOU 24 ago. 2017. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/acordao-completo/925320157.PROC>>. Acesso em: 14 out. 2017.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

- CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. v. 1. Tradução e notas de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008.
- CARBONELL, Miguel (Coord.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- CLÈVE, Clémerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; TAVARES, André Ramos. *E não é pra cumprir a Constituição? Migalhas*, 2009. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI84133,21048-E+nao+e+para+cumprir+a+Constituicao>>. Acesso em: 10 mai. 2017.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, abr./jun. 1998. p. 39-48.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2015.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; CATARINO, João Ricardo. Políticas públicas, mínimo existencial, reserva do possível e limites orçamentários: uma análise a partir da jurisprudência dos tribunais no Brasil. In: GOMES, Marcus Livio; ALVES, Raquel de Andrade Vieira; ARABI, Abhner Youssif Mota (Coord.). *Direito financeiro e jurisdição constitucional*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 115-144.
- DATAFOLHA. *Corrupção entre os brasileiros*. Instituto de pesquisa Datafolha, Opinião Pública. São Paulo, mai. 2013. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2013/05/02/corruptao_05102009.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2017.
- DATAFOLHA. *Índice de confiança de algumas personalidades*. Instituto de pesquisa Datafolha, Opinião Pública. São Paulo, fev. 2016. Disponível em: <http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2016/02/29/indice_de_confianca_personalidades.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2017.
- DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 213-226.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *A constitucionalização do direito administrativo*. XX Semana Jurídica do Curso e Direito UFSC. Auditório do Fórum Norte de Ilha. Florianópolis, 24 de outubro de 2016.
- GRANJA, Cícero Alexandre. *O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052>. Acesso em: 10 mai. 2017.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito*, v. 7, n. 7, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WATANABE, Kazuo. *PL sobre controle jurisdicional de políticas públicas é constitucional*. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-23/pl-controle-jurisdicional-politica-publica-constitucional>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

LÓPEZ, Gerusa e Silva Castro. *O processo coletivo e o ativismo judicial sob a ótica do neoprocessualismo: instrumentos a favor da concretização dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15188&revista_caderno=21>. Acesso em: 10 mai. 2017.

LYRIO, Elton. “Decisões judiciais custam R\$ 7 bilhões para a saúde do país”: Ministro Ricardo Barros diz que valor é referente a União, Estados e municípios. *Gazeta: Online*. São Paulo, p. 0-0. 24 ago. 2016. Disponível em: <http://www.gazetaonline.com.br/_conteudo/2016/08/noticias/cidades/3969491-decisoes-judiciais-custam-r-7-bilhoes-para-a-saude-do-pais.html>. Acesso em: 10 mai. 2017.

MAMELUK, Lethícia Andrade. *Consequências da judicialização do direito à saúde*. 2015. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,consequencias-da-judicializacao-do-direito-a-saude,37535.html#_ftn5>. Acesso em: 10 mai. 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle judicial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

NEIVA, Gerivaldo. *O normativismo tomou as ruas e engoliu o Direito*. 2011. Disponível em: <<http://www.gerivaldoneiva.com/2011/04/o-normativismo-tomou-as-ruas-e-engoliu.html>>. Acesso em: 10 mai. 2017.

NUNES, Ana Luisa Tarter; COUTINHO, Nilton Carlos; LAZARI, Rafael José Nadim de. Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015. p. 208-222.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Palestra de abertura: XIX Congresso Internacional de Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público*. Brasília, 26 de outubro de 2016. Conferência com transmissão online. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dgI-rAdsAC80>>. Acesso em: 15 mai. 2017.

ROCHA, Eduardo Braga. *A justiciabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. In. LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes*. Salvador: JusPodivm, 2012.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: _____. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113-146.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. O Rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo? *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, São Paulo, jan. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>>. Acesso em: 10 mai. 2017.