

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE, ATIVISMO JUDICIAL E O
CONSEQUENTE DESEQUILÍBRIO DO ORÇAMENTO PÚBLICO.**

**LEGALIZATION OF HEALTH, JUDICIAL ACTIVISM AND THE
RESULTING IMBALANCE OF THE PUBLIC BUDGET.**

João Paulo Jucatelli¹

Juvêncio Borges Silva²

RESUMO

A judicialização e o ativismo judicial são uma realidade que permeia as relações econômicas, políticas, sociais, científicas da sociedade brasileira nos tempos atuais. São diversas as causas que lhe deram ensejo segundo diferentes autores que se dedicaram ao tema, entretanto, tendo em comum a opinião segundo a qual a Constituição é o lugar de concentração e materialização de todos estes elementos, notadamente nos documentos readequados no período pós 2ª Guerra Mundial. Trata-se de fenômenos essenciais à administração da justiça e preservação da ordem democrática Constitucional diante do déficit representacional dos poderes eletivos para com a sociedade atualmente, no entanto, em nome deste processo, tem-se observado interferências desmedidas do Poder Judiciário em face dos outros Poderes da República, lhes impondo condenações cujos custos financeiros provocam verdadeiros desarranjos nos orçamentos públicos, colocando em risco a organização e execução das políticas públicas priorizadas por estes entes estatais, reclamando, assim, que sejam fixados limites a esta prática de modo a assegurar o equilíbrio entre todos os Poderes.

¹ Graduado em 2005 em Direito pelas Faculdades COC-Ribeirão Preto. Possui curso de extensão em Direito Internacional e Direito da União Européia, ministrado pela Università Degli Studi Di Siena, na cidade de Siena, Itália. Pós-Graduado Lato Sensu em Direito Notarial e Registral.

² Possui graduação em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia de Passos (1992), graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (1997), mestrado em Sociologia pela Universidade Estadual de Campinas (2000), doutorado em Sociologia pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2005), pós-doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização. Ativismo Judicial. Orçamento Público.

ABSTRACT

Legalization and judicial activism are a reality that pervades economic relations, political, social, scientific Brazilian society nowadays. There are various causes that gave rise according to different authors who have dedicated themselves to the subject however, having in common the view that the Constitution is the place of concentration and materialization of all these elements, notably in readjustment documents in the post World War II Period. It comes to essential phenomena the administration of justice and the preservation of the Constitutional democratic order before their presentational deficit of elective power to society today, however, on behalf of this process, it has been observed unreasonable interference of the Judiciary Power in the face of other Powers of the Republic, imposing them condemnation whose financial cost causes financial true cause breakdowns in public budgets, jeopardizing the organization and implementation of policies public prioritized by these state entities, complaining how limits are set to this practice in order to ensure a balance between all Powers.

Keywords: Legalization. Judicial Activism. Public Budget.

1. INTRODUÇÃO

Tema hoje bastante recorrente nas discussões acadêmicas não só na seara jurídica como também em diversas outras disciplinas, têm sido o fenômeno da judicialização. Dado ao grau de profundidade e especialização dos estudos desenvolvidos neste campo é possível já identificar capítulos específicos dentro desta temática como judicialização da política, judicialização social, judicialização da educação, judicialização da saúde entre outras.

Uma das consequências da manifestação deste fenômeno é suportada pelo Poder Executivo na medida em que quase sempre as ordens emanadas no Poder Judiciário são a ele

direcionadas e implica, inevitavelmente, em dispêndio de recursos públicos não previstos nos cronogramas orçamentários prévios, gerando aí avassaladoras consequências no campo do orçamentário público.

2. A IDENTIFICAÇÃO DAS POSSÍVEIS CAUSAS ENSEJADORAS DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO

A(s) conjuntura(s) fático/social/política/econômica que deu ou deram ensejo a este fenômeno da judicialização, é identificada a partir de variados ângulos de vista de seus dedicados estudiosos. Impressões como de Habermas para quem o ponto inaugural da teoria coincide com o momento em que relampejos de ética social passaram a manifestar-se em cômodos antes iluminados apenas pelas luzes do direito que até então enfocavam tão somente o privado / individual³. Para outros como Maria Gloria Gohn, o histórico dos movimentos sociais e as entidades da sociedade civil organizadas, surgidos em contrapartida aos regimes políticos ditatoriais precedem as manifestações da judicialização⁴.

A democratização do acesso à justiça como evidência da presença do direito no mundo contemporâneo, viável graças, em parte, reformas introduzidas no sistema do Welfare State, também foi lembrado por Luiz Werneck Vianna⁵, nesta tarefa de identificar o gênese deste fenômeno.

Entretanto, a materialização de um amplo rol de direitos e garantias do indivíduo humano em cartas Constitucionais, sobretudo no período do pós-guerra nos anos que encerraram a primeira metade do século passado, que também marca os momentos derradeiros da filosofia do positivismo jurídico é entendimento por eles compartilhado, marcando, vez por

³ - HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia entre factilidade e validade**. Ed. Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro: 1997, vol 1.

⁴ - GOHN, Maria Gloria. **Abordagens Teóricas no Estudo dos Movimentos Sociais na América Latina**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v21n54/03.pdf>>. Acesso em 30 ago 2015.

⁵ - VIANNA, Luiz Werneck e outros. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan: setembro de 1999. 2ª edição, 2014

todas, a intercessão entre direito e política, não por outra razão Gomes Canotilho ao se referir a um papel Constitucional, o designa por “estatuto jurídico do político”⁶.

Judicialização, assim, pode ser definida, a partir do notável e preciso poder de síntese de Luiz Roberto Barroso, como o fato segundo o qual “questões relevantes do ponto de vista político, social e moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo poder judiciário”⁷

3. ATIVISMO JUDICIAL

De mãos dadas à judicialização, porém com ela não se confundindo, há o fenômeno do ativismo judicial, expressão que identifica uma opção comportamental de conduta proativa no exercício interpretativo do texto Constitucional, que resulta em certa expansão de seu conteúdo e aplicabilidade.⁸ “Procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo invadir o campo da criação livre do direito”⁹.

4. A SAÚDE EM FOCO DA JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

E dentro deste extenso rol de garantias e direitos fundamentais da pessoa humana está, precisamente, a questão da saúde, dotada assim de um *status* de ordem Constitucional, por conseguinte, autorizada a figurar nos reclamos endereçados ao Poder Judiciário visando obter as prestações, entregas, materialização, além é claro de pautada também na seara das políticas públicas na esfera do Poder Executivo.

⁶ -CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito Constitucional Geral: uma perspectiva luso-brasileira**. São Paulo: Método, v. 3, 2007.

⁷ - BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pág. 437

⁸ - Idem, pág. 440/441. “ A locução ‘ativismo judicial’ foi utilizada, pela primeira vez, em um artigo de um historiador sobre a Suprema Corte americana no período do *New Deal*, publicado em revista de circulação ampla. V. Arthur M. Schlesinger, Jr., *The Supreme Court: 1947, Fortune*, jan. 1947, p.208, *apud* Keenan D. Kmiec, *The origin and current meanings of ‘judicial activism’*, *California Law Review* 92:1441, 2004, p. 1446.

⁹ - BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*”. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2015.

Ao configurar a saúde uma temática com tramitação nas três esferas de poder da República, inevitavelmente cria-se uma tensão quanto à iniciativa de ações voltadas a sua execução, não uma tensão pela disputa da legitimidade em primeira ordem, pois quanto a esta ao que parece não pairam dúvidas com relação a sua maior identidade com o poder executivo e legislativo tratando-se como dito de políticas públicas, mas uma tensão voltada ao poder decisório no que se refere a identificar as prioridades dentro do tema saúde.

Instala-se, nitidamente, um conflito entre dois robustos princípios Constitucionais, quais seja de um lado aquele enunciado pelo artigo 2º, CF – a independência e separação dos poderes -, de outro o esculpido no artigo 5º, XXXV, CF – a inafastabilidade do poder judiciário da apreciação de lesão ou ameaça a direito -. Contudo, a saída conhecida para conflitos entre princípios Constitucionais que é a precedência¹⁰ de um sobre o outro, sem que resulte na anulação de qualquer deles, não fornece de pronto à solução diante da consistência do embate.

5. A QUESTÃO SOB O ENFOQUE DO ORÇAMENTO PÚBLICO

O Executivo, com participação direta do Legislativo, traça todo o organograma orçamentário sob o qual irá se desenvolver a administração pública através da lei plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual¹¹. Deste modo, qualquer ação ou omissão do administrador público com relação a finanças, despesas e empenhos de recursos públicos sem que esteja mapeada nestas diretrizes normativas, lhe acarretará imputação de responsabilidade fiscal, a teor da Lei Complementar 101/2.000.

¹⁰ -“Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência.” ALEXY, Robert, “Teoria dos Direitos Fundamentais”, 2ª ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2011

¹¹ - BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 83/2014, e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo:Saraiva 2015.

O poder judiciário ao interferir neste ciclo procedimental impondo ao administrador público uma ordem de prestação, que implica em despesa financeira e por óbvio não está precedida de todas as previsões e autorizações legais acima apontadas, obriga este administrador a deslocar recursos de outros programas já previstos para acudir esta inesperada e sem qualquer previsão, despesa, sem, contudo comprometer a atividade de onde retirada esta verba, enfim, lhe obriga a dominar os talentos de um “artista malabarista”.

Esta situação adota contornos catastróficos principalmente em casos que, segundo apontado por dados estatísticos oficiais, alguns municípios brasileiros chegam a ter despesas com o cumprimento dessas ordens judiciais superiores aos próprios recursos destinados segundo o procedimento orçamentário legalmente conduzido para a manutenção de todo o programa de saúde daquela localidade.

Torna-se, portanto, nociva esta ingerência judicial na medida em que, por mais bem intencionada que seja a decisão do magistrado, ele não detém uma visão sistêmica suficientemente abrangente de modo a garantir absoluta segurança acerca das consequências desta ordem na conjuntura econômica daquele ente que deverá suportar seu ônus.

6. CONCLUSÃO

Faz-se necessário, portanto, a identificação de um ponto comum entre a atuação do judiciário e a ingerência desta no âmbito dos demais poderes. E um dos grandes passos a ser dado rumo a este ponto de equilíbrio, é que os ânimos envolvidos estejam absolutamente despidos de paixões e emoções, tendo em vista que, a eficácia social de uma decisão que nega, por exemplo, tratamento médico a uma criança de tenra idade por suposta falta de recursos, enquanto reiteradas vezes são presenciados fatos de corrupção que sugam dos cofres públicos bilhões e bilhões de dólares é bastante limitada e, também, por parte dos próprios julgadores, a exemplo do julgamento da STA-AgR 175 – Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pág. 437

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2015.

BULOS, UadiLammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 83/2014, e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva 2015.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito Constitucional Geral: uma perspectiva luso-brasileira**. São Paulo: Método, v. 3, 2007

GOHN, Maria Gloria. **Abordagens Teóricas no Estudo dos Movimentos Sociais na América Latina**. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ccrh/v21n54/03.pdf>. Acesso em 30 ago. 2015.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia entre factilidade e validade**. Ed. Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro: 1997, voll.

VIANNA, Luiz Werneck e outros. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan: setembro de 1999. 2ª edição, 2014