



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS**  
**FACULDADE DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS**  
**CURSO DE DIREITO - FADIR**

**LUCAS HENRIQUE GARCIA ORTEGA**

**O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO  
TOCANTE À SAÚDE**

**Dourados-MS**

**2019**

**LUCAS HENRIQUE GARCIA ORTEGA**

**O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO  
TOCANTE À SAÚDE**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à Banca Examinadora  
da Universidade Federal da Grande  
Dourados, como pré-requisito para  
obtenção do título de Bacharel em  
Direito, sob a orientação do Prof. Me  
Antônio Zeferino da Silva Júnior.

**Dourados-MS**

**2019**

## Metadados da submissão

### EDITAR METADADOS

#### Autores

Nome Lucas Ortega 

Instituição/Afiliação —

País —

Resumo da

Biografia —

Contato principal para correspondência.

#### Título e Resumo

Título O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no tocante à saúde

#### Resumo

Este presente artigo busca evidenciar a legitimidade do controle de constitucionalidade no Brasil em relação às políticas públicas, mais especificamente as políticas de acesso à saúde. Considerando ser um direito fundamental o Estado deve agir de forma positiva, conforme estabelecido na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, no rol dos direitos sociais, materializado como mais relevante exemplo o Sistema Único de Saúde. Assim, relacionar-se-á como o Judiciário intervém nessa área visando sempre a não violação de direitos, e esclarecendo até que ponto a linha de tripartição de poderes estaria sendo violada, diferenciando assim o ativismo judicial do protagonismo judicial, e as consequências dessa dicotomia. Para analisar essas questões o artigo lança mão do método de revisão bibliográfica e documental, utilizando-se de textos acadêmicos publicados, legislação, jurisprudência e doutrinas como referencial teórico. Dessa forma o presente artigo evidencia a necessidade da atuação dos tribunais nessas políticas, haja vista o quão indiscriminadamente esses direitos(saúde) são violados, por decorrência lógica de um despreparo estatal por meio de suas instituições e agentes públicos.

#### Indexação

Área e sub-área do Conhecimento Direito

Palavras-chave Direito Público

Idioma PT

#### Agências de fomento

Agências Universidade Federal da Grande Dourados

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP).

O77c Ortega, Lucas Henrique Garcia

O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no tocante ao acesso à saúde [recurso eletrônico] /  
Lucas Henrique Garcia Ortega. -- 2019.  
Arquivo em formato pdf.

Orientador: Antônio Zeferino da Silva Júnior.

TCC (Graduação em Direito)-Universidade Federal da Grande Dourados, 2019.

Disponível no Repositório Institucional da UFGD em:

<https://portal.ufgd.edu.br/setor/biblioteca/repositorio>

1. Controle de Constitucionalidade. 2. Políticas Públicas. 3. Direito Fundamental. 4. Saúde. 5.  
Ativismo Judicial. I. Silva Júnior, Antônio Zeferino Da . II. Título.

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

©Direitos reservados. Permitido a reprodução parcial desde que citada a fonte.

# O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO TOCANTE À SAÚDE

Lucas Henrique Garcia Ortega<sup>1</sup>

## RESUMO

Este presente artigo busca evidenciar a legitimidade do controle de constitucionalidade no Brasil em relação às políticas públicas, mais especificamente as políticas de acesso à saúde. Considerando ser um direito fundamental o Estado deve agir de forma positiva, conforme estabelecido na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, no rol dos direitos sociais, materializado como mais relevante exemplo o Sistema Único de Saúde. Assim, relacionar-se-á como o Judiciário intervém nessa área visando sempre a não violação de direitos, e esclarecendo até que ponto a linha de tripartição de poderes estaria sendo violada, diferenciando assim o ativismo judicial do protagonismo judicial, e as consequências dessa dicotomia. Para analisar essas questões o artigo lança mão do método de revisão bibliográfica e documental, utilizando-se de textos acadêmicos publicados, legislação, jurisprudência e doutrinas como referencial teórico. Dessa forma o presente artigo evidencia a necessidade da atuação dos tribunais nessas políticas, haja vista o quão indiscriminadamente esses direitos(saúde) são violados, por decorrência lógica de um despreparo estatal por meio de suas instituições e agentes públicos.

**Palavras-chaves:** Controle de Constitucionalidade; Políticas Públicas; Direito Fundamental; Saúde; Ativismo Judicial.

## ABSTRACT

This article seeks to demonstrate the legitimacy of constitutionality control in Brazil in relation to public policies, more specifically health access policies. Considering that

---

<sup>1</sup> Acadêmico do Curso de Direito, 7º semestre, no Curso de Direito da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados. E-mail:

health is a fundamental right, the State must act in a positive way, as established in the Federal Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, in the role of social rights, materialized with the Unified Health System as its main example. - how the Judiciary intervenes in this area always aiming at non-violation of rights, and clarifying to what extent the line of tripartition of powers is being violated, thus differentiating judicial activism from judicial protagonism and the consequences of this dichotomy. In order to analyze these questions, the article uses bibliographic and documentary revision method, using published academic texts, legislation, jurisprudence and doctrines as theoretical reference. Thus, this article evidences the need for the courts to act in these policies, given how indiscriminately these rights (health) are violated, due to the logical consequence of a state unpreparedness through its institutions and public agents.

**Keywords:** constitutionality control; public policies; fundamental right; health; judicial activism

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CRFB/88) estabeleceu como seu guardião o Supremo Tribunal Federal- STF, assim se infere do art. 102, caput, onde desse modo foram criados mecanismos que levem a apreciação judicial matérias de patamar constitucional e relevante valor social, mesmo que originariamente não se tratem de competência do Poder Judiciário. Esses mecanismos são exemplificados pelas diferentes formas de controle constitucional adotados pela Constituição Federal, como o controle difuso, e ainda audiências públicas permitindo que o jurisdicionado possa ser ouvido e influenciar o processo, tendo em vista que o mesmo é o detentor do direito quando prestado, bem como quando violado.

Essa ampliação de mecanismos visando a tutela de direitos fundamentais, cada vez mais aperfeiçoado pelas construções legislativas pós Constituição de 1988, possibilitaram uma maior participação dos juízes nessa seara através do controle difuso de constitucionalidade. Com essa ampliação as apreciações do que é e do que não é

constitucional encontrou maior arena de discussão (não estando, portanto, restrita à apreciação do Supremo Tribunal Federal que exerce, por exemplo, o controle concentrado de constitucionalidade entre outras medidas). Considerando a facilidade de se submeter a matéria constitucional aos juízes singulares, aspectos de relevância social como o direito à saúde encontraram no acesso à justiça (direito de ação) uma forma de discutir as responsabilidades do Estado por outro mecanismo democrático. A questão que se coloca sempre muito problemática e complexa é se estaria o Judiciário (tanto os juízes singulares, tribunais ou tribunais superiores), que não se submete ao crivo da escolha popular (processo eleitoral), dotado de legitimidade para intervir nas decisões dos poderes constituídos democraticamente (Legislativo e, especialmente dentro da temática abordada no presente artigo, o Executivo).

A primeiro momento, o presente artigo almeja elucidar o Controle de Constitucionalidade no Brasil, sob sua perspectiva histórica e inspiração internacional, adentrando sobre o atual sistema vigente e as formas como é manifesto, de tal maneira pontuar cada espécie de controle e regulamentação própria destes<sup>2</sup>. Inclusive demonstrando que a participação do Judiciário nessas questões não se dá como uma interferência abusiva ou numa tentativa de usurpação de funções, mas como uma forma de se realizar a promessa constitucional e os direitos fundamentais previstos e garantidos pela CRFB/88.

Nesse sentido, esclarece-se como se dá o processo de políticas públicas no tocante a prestação do direito fundamental à saúde, a materialização e efetivação de direitos conforme estabelecido por nossa CRFB/88, aqui se analisando como a Administração atua, como por exemplo a impetração do SUS como prestador desse serviço fundamental.

---

<sup>22</sup> Considerando as limitações impostas ao formato de artigo, não seria possível considerar todos os pontos históricos e fundamentos a respeito do tema. Assim, o que se pretende é apresentar algumas considerações pontuais a respeito do controle de constitucionalidade, especialmente para destacar a importância do mecanismo como ferramenta de garantia da promessa constitucional em prol dos direitos fundamentais. As provocações que se seguem têm o condão, portanto, de auxiliar o leitor a melhor compreender a legitimidade da atuação Judicial por meio dessa prática (controle constitucional), observando a importância de uma melhor (re)leitura da teoria de separação dos poderes, não de forma engessada, mas que permita uma maior interação entre eles em defesa da dignidade da pessoa humana e, de forma imprescindível, da vida.

A questão que norteia a pesquisa, portanto, é: o Judiciário ao intervir, por meio do Controle Difuso de Constitucionalidade, nas políticas de acesso à saúde estaria realmente garantindo a real satisfação desses direitos? Essa intervenção seria legítima sob a lógica jurídica?

Logo, embarca-se no momento em que pela não efetivação das políticas públicas por parte da Administração Pública<sup>3</sup>, que resulta em um cidadão sendo privado de sua garantia constitucional de acesso à saúde, e o mesmo busca o Judiciário muitas vezes por demandas coletivas e até mesmo de forma individual por valia do seu direito, é o que acontece, por exemplo, quando há privação de medicamentos por parte do poder público, e assim temos uma demanda judicial a respeito.

Para responder à questão da pesquisa e promover as reflexões ora propostas, a presente análise utiliza-se do método de revisão bibliográfica para (re)visitar as produções acadêmicas pertinentes ao tema, bem como obras doutrinárias clássicas e de referência, buscando assim trazer um aporte teórico necessário à reflexão. A pesquisa também faz uso da análise documental ao se debruçar sobre a legislação aplicável ao tema, bem como aos posicionamentos judiciais (julgados) buscando construir um panorama fático dessa teoria no plano da realidade.

A construção do presente artigo, assim, resulta de fases de pesquisa distintas, tendo se iniciado com a análise do material referente ao controle de constitucionalidade no Brasil (do que resultou a construção do primeiro tópico deste artigo). Posteriormente, com as concepções e elementos do controle de constitucionalidade já superados, a pesquisa passou a se dedicar a análise das políticas públicas de (acesso à) saúde no Brasil, buscando apresentar um panorama relevante para as discussões jurídicas, bem como a sua presença no rol dos direitos constitucionalmente previstos como fundamentais. Após tais análises, a pesquisa teve como principal foco analisar o controle judicial de políticas públicas relativas ao acesso à saúde, proporcionando uma visão de como a situação tem sido enfrentada pelo Judiciário, buscando identificar se os fundamentos legais e doutrinários se encontram presentes nessas apreciações. O artigo, por fim, considera as análises de forma dialética para considerar a legitimidade do Poder

---

<sup>3</sup> Termo utilizado para se referir ao aparelho estatal como um todo, seus agentes, órgãos e entidades.

Judiciário em realizar tais intervenções, visto que há uma preocupação (democrática) ainda mais latente que é a realização da Constituição, visando, por óbvio, que ela não se mostre à população como uma mera diretriz hipotética e inalcançável, mas sim uma nova proposta de Estado e de Sociedade, que prime pela dignidade da pessoa humana como núcleo norteador da prestação estatal.

## 2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

No atual Estado de Direito, é inegável a força normativa da Constituição, esta que por sua vez possui destaque e centralidade no ordenamento jurídico, é garantidora de direitos e programática no sentido de inferir diretamente na relação do governo com seus administrados, impondo condições e os objetivos a serem alcançados no decorrer do tempo.

Assim, é imperioso dizer que há a necessidade de mecanismos de defesa que possam resguardar o texto constitucional, principalmente contra atos normativos e leis que emanam do Poder Público. Temos assim o controle de constitucionalidade que possui dentre suas vertentes o Controle Político e preventivo (Modelo Francês), o Controle Jurisdicional, e o misto<sup>4</sup>.

Dentre as diversas concepções de controle, cabe destacar o Modelo Difuso que parte dos Estados Unidos da América, em que pode ser exercido por qualquer juiz em caráter incidental, que tem como marco o caso *Marburyvs Madison* (1803)<sup>5</sup>.

O modelo de controle difuso adotado pelo sistema brasileiro permite que qualquer juiz ou tribunal declare a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, não havendo restrição quanto ao tipo de processo. Tal como no modelo norte-americano, há um amplo poder conferido aos juízes para o exercício do controle da constitucionalidade dos atos do poder público (MENDES, 2014, p. 08)

---

<sup>4</sup> Considerando o enfoque estabelecido para o presente artigo, não se olvida, mas também não se aprofundará ou analisará o controle preventivo realizado pelo Poder Legislativo durante o processo legislativo. Analisar esse controle do próprio Parlamento demandaria uma reflexão apartada. Aqui, o foco é da apreciação externa feita pelo Poder Judiciário, por isso o esclarecimento.

<sup>5</sup> O referido caso é considerado emblemático por ter inaugurado o controle difuso de constitucionalidade, o qual ainda é utilizado no direito norte-americano e ainda influenciou fortemente a formação da teoria do controle de constitucionalidade brasileiro.

Cabe apenas destacar que apesar do Brasil também adotar o controle de constitucionalidade nos moldes do modelo norte-americano, é preciso considerar que se tratam de realidades diferentes e que aqui se faz uma menção histórica ao caso destacado. A construção do controle de constitucionalidade no Brasil passou por diversas transformações, ampliando seus poderes e aplicação apenas no período posterior à CRFB/88<sup>6</sup>.

Como também o modelo concentrado ou modelo austríaco em que esse controle é exercido por uma Corte Suprema Constitucional (dependendo do país podendo ser chamada de Suprema Corte ou Corte Constitucional), desta vez pela via principal, dito assim pois o mérito da questão por si só é a (in)constitucionalidade da norma abstrata. Em alguns estados essa corte, que tem o condão de ser a guardiã da Constituição, pode estar desvinculada do Poder Judiciário, atuando tanto mais como um tribunal administrativo.

No Brasil adota-se o modelo misto de controle, haja vista que o país possui desde a República o tradicional modelo difuso de constitucionalidade, inspirado fortemente no direito norte-americano. Posteriormente, já na Constituição de 1934, houve importantes alterações. Na análise desse presente artigo é salutar destacar que nesta Constituição fora expressamente proibido ao Poder Judiciário conhecer sobre questões políticas. Já o controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade foi inserido pela Emenda n. 16 de 1965, no período da ditadura militar, sendo que parte das mudanças de tal emenda já haviam sido introduzidas pelo AI-2, esta que contava somente com um legitimado para propor a ação de inconstitucionalidade, o Procurador-Geral da República. Como fora mantido por todo esse tempo o modelo difuso, temos agora um modelo misto de controle.

Chega-se, assim, a Constituição da República Federativa do Brasil, esta que por sua vez amplia de modo exponencial os mecanismos de proteção judicial de direitos e

---

<sup>6</sup> Não se fará um aprofundamento histórico do controle de constitucionalidade no Brasil. Uma análise nesse sentido demandaria uma abordagem pormenorizada e criteriosa, o que poderia desviar o principal enfoque desse artigo. Para um maior aprofundamento histórico sugere-se a leitura de “O Controle de Constitucionalidade no Brasil”, Gilmar Ferreira Mendes. A referida sugestão foi analisada para a construção do presente artigo.

garantias, em especial o controle de constitucionalidade. Nos termos do artigo 103, CRFB/88, nota-se um grande avanço quanto aos legitimados para a propositura no plano do controle abstrato, visto a conjuntura da época, são estes agora, o Presidente da República, a mesa do Senado Federal, a mesa da Câmara dos Deputados, a mesa de uma Assembleia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. Além, é claro, do controle difuso de constitucionalidade que foi mantido. Nesse sentido:

As modernas compreensões sobre democracia e cidadania, no entanto, vêm consolidando uma maior participação popular em assunto outrora restritos ao meio jurídico, o que fortalece a tese segundo a qual “todo aquele que vive uma constituição é seu autentico intérprete” (LIMA; GOMES; SANTOS, 2018, p.19).

Tal aspecto é imensamente relevante: através do controle difuso de constitucionalidade (e até, em certa medida, do controle concentrado), a participação democrática se faz presente. Obviamente, não se está diante dos mecanismos oficiais tradicionais de participação popular (que muitos entendem ser apenas o processo eleitoral ou a participação em conselhos públicos), mas há participação popular. Grupos organizados ou mesmo indivíduos isoladamente podem apresentar suas demandas democráticas para apreciação estatal por meio do direito de ação. O que alguns enxergam como uma usurpação de arena (considerando que matérias políticas deveriam se limitar aos debates do parlamento) é, na verdade, uma ampliação de meios de realização democrática. O povo, isolado ou coletivamente, pode apresentar ao Estado (Juiz) a apreciação de direitos fundamentais. A apreciação judicial não é um limitador da democracia, é antes um ampliador.

Nesse sentido, é importante que se entenda que toda a atenção que a Constituição/88, deu para que a mesma fosse guardada e mantida, principalmente contra atos da própria administração pública, fez com que o Judiciário acabasse por ganhar sobremaneira um grande destaque, afinal o mesmo é traduzido como guardião da constituição, não apenas contra atos que forem contra o texto constitucional, mas também quando há uma omissão por parte do Executivo em implementar aquilo que lhe

fora atribuído. Logo, tem-se um grande impasse pois por mais que a CF amplie o rol de atuação do Judiciário, ela também no seu artigo segundo, adota o sistema tripartite dos poderes, desde logo é notório que há uma grande e tênue linha a qual o judiciário faz aquilo que lhe é cabido para a parte em atua desrespeitando o mandamento constitucional, e acaba atuando na esfera pertencente ao Poder Executivo.

No Brasil o sistema de controle constitucional não tem precedentes na constituição do Império de 1824, haja vista que o mesmo só foi implantado quando instaurado o regime republicano na Constituição de 1891, prevista expressamente nos artigos (59 e 60) percebe-se nesta forte inspiração no direito norte-americano prevista tão somente na forma de controle difuso e incidental. Tal informação permite inferir que, na realidade brasileira, o controle de constitucionalidade é um mecanismo nascido em seio democrático.

No decorrer da história brasileira o modelo permaneceu de forma parecida até as grandes mudanças com a CF/88, com ressalva à Constituição de 1934 que introduziu a representação interventiva de competência do Supremo Tribunal Federal (STF), provocada pelo Procurador-Geral da República, em casos que lei ou ato normativo federal atentasse a princípios constitucionais.

Há de se destacar também que com a Emenda Constitucional n. 16 de 1965 foi previsto o controle genérico de constitucionalidade em que o supremo poderia declarar uma lei ou ato federal inconstitucional após representação do Procurador-Geral da República, assemelhando-se assim às cortes européias instaurando o controle concentrado por via principal, já na constituição de 1969 (Emenda Constitucional n. 1, de 17-10-1969) foi prevista a ação direta em âmbito estadual, no entanto, limitou a ação estatal no tocante aos municípios.

A Constituição de 1967 não trouxe modificações importantes ao sistema de controle de constitucionalidade, tendo deixado de reiterar a previsão da ação genérica estadual, contida na EC n. 16/65. A Constituição de 1969 (Emenda Constitucional n. 1, de 17-10-1969), por sua vez, previu a ação direta em âmbito estadual, mas limitada à hipótese de intervenção do Estado em Município<sup>15</sup>. Por fim, a Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977,

pôs termo à controvérsia acerca do cabimento de liminar em representação de inconstitucionalidade, reconhecendo expressamente a competência do Supremo para deferi-la (art. 119, I, p). Além disso, por seu intermédio foi instituída a “representação para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual”, por via da qual o STF, mediante representação do Procurador-Geral da República, poderia fixar, em tese e com caráter vinculante, o sentido de uma norma. A Constituição de 1988 suprimiu a medida. (BARROSO, 2016, p. 87)

Por fim chega-se ao Controle de Constitucionalidade vigente na nossa atual Constituição, é inegável o quão imensurável foi a alteração com o advento da CRFB/88, segundo Mendes (2014, p. 08) “embora o novo texto constitucional tenha preservado o modelo tradicional de controle de constitucionalidade ‘incidental’ ou ‘difuso’, é certo que a adoção de outros instrumentos”, o autor mencionado como exemplos “o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de segurança coletivo e, sobretudo, a ação direta de inconstitucionalidade” esta última é destacada por ele por conferir “um novo perfil ao nosso sistema de controle de constitucionalidade”.

Salutar destacar que utilizamos um modelo misto, inspirado em diversas Constituições e na realidade e transformações sociais que inspiraram tais modelos, como o nosso Controle Difuso, que diverso de outros países, adotou mais de um mecanismo de proteção a direitos e garantias fundamentais, “ao contrário de outros modelos do direito comparado, o sistema brasileiro não reserva a um único tipo de ação ou de recurso a função primordial de proteção de direitos fundamentais” com destaque para as “ações constitucionais do habeas corpus, o habeas data, o mandado de segurança, o mandado de injunção, a ação civil pública e a ação popular”(MENDES, 2014, p. 04).

No tocante ao modelo abstrato ou modelo concentrado de constitucionalidade, além de todos os mecanismos de defesa de direitos concernentes ao modelo difuso, traz uma também uma gama muito grande de dispositivos, lembrando que neste, o mérito da questão é a própria constitucionalidade ou não da norma em abstrato, enquanto que no difuso, se resguarda um direito na via principal, e de modo incidental há a possibilidade de inconstitucionalidade da norma violadora.

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê em seu art. 103, sendo ações próprias de controle concentrado de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Superadas as análises pontuais a respeito do controle de constitucionalidade, cabe aprofundar a questão para as políticas públicas de saúde e sua importância como vetor de provocação judicial em prol de garantias constitucionais.

### **3. DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE**

A primeiro momento pode-se conceituar as políticas públicas como a materialização (efetivação) dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, por parte do Estado, vale acentuar que uma das características marcantes em nossa Constituição Cidadã<sup>7</sup> é o fato de grande parte do seu texto ser programático, logo impõe obrigações constitucionais ao Estado perante seus jurisdicionados.

Assim estas obrigações são vistas de tal modo como a elaboração de normas pelo legislativo, e relativo ao tema do presente artigo a efetivação das políticas públicas por parte do Executivo, Políticas públicas são aqui entendidas como o “Estado em ação” (GOBERT, MULLER, 1987); é o Estado implantando um projeto de governo, através de programas, de ações voltadas para setores específicos da sociedade.

Estado não pode ser reduzido à burocracia pública, aos organismos estatais que conceberiam e implementariam as políticas públicas. As políticas públicas são aqui compreendidas como as de responsabilidade do Estado – quanto à implementação e manutenção a partir de um processo de tomada de decisões que envolve órgãos públicos e diferentes organismos e agentes da sociedade relacionados à política implementada. Neste sentido, políticas públicas não podem ser reduzidas a políticas estatais (HOFLING, 2001, p.04).

---

<sup>7</sup>Termo utilizado para se referir a nossa Constituição Democrática de 1988, visto sua amplitude no que concerne aos direitos inerentes aos cidadãos, causando uma ruptura, com o movimento político anterior, qual seja grande violador dos direitos de primeira geração.

Com relação a implementação dessas políticas no Estado brasileiro, podemos dizer que sua institucionalização passou por um processo, até 1930, a atuação do governo se pautava no saneamento básico e no controle de endemias, após foi criado o Ministério da Educação e Saúde, em que se passa a dar mais ênfase na assistência médica com foco uno no indivíduo, não se pensando até então em uma política de caráter coletivo.

Após a CRFB/88, houve um grande salto nas políticas de acesso à saúde, sendo agora positivado como direito social, previsto no artigo 6º da CRFB, e a partir daí surgiu a lei que incorpora e estrutura o Sistema Único de Saúde, sendo esta a lei 8080/90.

A Constituição Federal<sup>21</sup> de 1988 deu nova forma à saúde no Brasil, estabelecendo-a como direito universal. A saúde passou a ser dever constitucional de todas as esferas de governo sendo que antes era apenas da União e relativo ao trabalhador segurado. O conceito de saúde foi ampliado e vinculado às políticas sociais e econômicas. A assistência é concebida de forma integral (preventiva e curativa). Definiu-se a gestão participativa como importante inovação, assim como comando e fundos financeiros únicos para cada esfera de governo (JUNIOR; JUNIOR; 2006, p.17).

O SUS (Sistema Único de Saúde) é um marco no desenvolvimento de políticas públicas concernentes ao processo de acesso ao direito à saúde, não apenas no Brasil como também no mundo, a CRFB/88, trouxe o conceito de direito universal, o que é muito bem posto com a implementação desse sistema que atende de tal maneira um quantitativo exorbitante de cidadãos.

É clarividente que políticas nesse sentido, não se põe somente no que se refere ao SUS, mas a própria urbanização e promoção e qualidade de vida é papel de atuação do Estado como garantidor desse direito.

De modo utilitarista, o foco em implementação de políticas de saúde relativas a prevenção, acarretariam gastos em menor proporção ao erário de tal maneira lógica que quanto melhor a qualidade de vida proporcionada, menos a população recorria ao atual sistema único de saúde.

O impacto de uma intervenção de promoção à saúde em uma perspectiva ampla relacionada às práticas corporais/atividade física, certamente poderá refletir nos gastos do SUS, em relação às enfermidades e mortes evitáveis, na melhoria da qualidade de vida da população e na compreensão de que manter a saúde é uma tarefa que exige um esforço em conjunto, a mobilização do indivíduo, da comunidade, do governo, de ideias e ideais. (MORETTI, 2008, p. 03).

Destarte que uma visão preventiva de política pública poderia reverter todo um quadro que gera gastos elevadíssimos ao erário, e por conseguinte uma quebra de qualidade de vida para a população, investimentos que por vezes parecessem banais, por seus resultado não serem imediatos, podem ser a médio e longo prazo um ponto que leve a mudança do atual cenário nacional.

#### **4. O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

A primeiro momento volta-se a análise pura do Direito, este que passou por uma grande reestruturação no pós-guerra (II guerra Mundial), até então tendo como cerne o positivismo jurídico<sup>8</sup>, e que a partir das atrocidades legitimadas por um parlamento, questiona a lei como irrefutável.

Ademais, o constitucionalismo ganha força, a Constituição o epicentro do ordenamento jurídico e o conceito a ser abordada, a ampliação do conceito de norma, esta que agora não é mais sinônimo de lei, mas passa a inserir também os princípios norteadores do pensamento constitucional, com força cogente e inspiradora, na elaboração, interpretação e aplicação da lei ao fato concreto (subsunção).

---

<sup>8</sup> O positivismo jurídico ou jus positivismo é uma corrente de filosofia do Direito que busca reduzir ele a apenas aquilo que está posto positivado, como norma legal (lei).

O jurista Dworkin, forte pensador e fomentador do pós-positivismo sustenta a ideia que no sistema normativo as regras e os princípios ocupam posição de destaque, na construção da teoria, contudo, ele reconhece que, além dos princípios, existem outros padrões que também compõem o sistema normativo do direito e faz expressa remissão às políticas públicas (DIAS, 2016).

Logo, as políticas dependem, para sua realização, da adoção de um padrão jurídico que vai inocular no ambiente social um conjunto de objetivo cujos desdobramentos buscam estabelecer patamares de interação social que serão processados, a partir de então, no nível jurídico(DIAS, 2016, p.15).

Assim, é clarividente a ligação entre a Constituição e a Política, sendo de tal modo o centro da preocupação do ordenamento jurídico, haja vista, o alto teor de conteúdo político exposto na CRFB<sup>9</sup> e a própria ideia de Constitucionalismo em si, logo, perfaz-se que o enfrentamento de questões desse cunho pelo Judiciário acaba sendo consequência lógica da construção já exposta.

Há um consenso no sentido de que a assunção de novos papéis pelo Judiciário, incluindo as decisões sobre questões políticas, morais, religiosas, centrais, tanto por parte da sociedade quanto por parte dos próprios atores políticos, vem sendo aceita pela sociedade, uma vez que os próprios atores políticos veem o Judiciário como um fórum apropriado para enfrentar essas questões. (BARBOZA, 2012, p. 03)

Nesse sentido, a intervenção do judiciário mostra-se uma realidade necessária considerando o contexto social atual, outrora acaba sendo um problema, visto o excesso de poder concedido às pessoas togadas, e principalmente a falta de previsão constitucional ou legal que demonstre limitações a esses excessos.

De tal modo, na atuação do Direito em ações de cunho coletivo, o magistrado reiteradamente é levado a não apenas ser imediato ao compor a subsunção ao doto concreto, mas em realidade, praticar uma opção política, a propósito do bem jurídico ou do interesse social merece maior proteção pelo Estado e, assim, qual o outro interesse

---

<sup>9</sup> CRFB (Constituição da República Federativa do Brasil)

que deverá ser limitado para que aquele possa ser tutelado. A fluidez dos conceitos que se liga à proteção coletiva – e aos instrumentos a ela ligados, como a noção de proporcionalidade, de interesse público e de bem comum – outorga, em última análise, ao magistrado um poder semelhante àquele desempenhado pelos representantes políticos da sociedade, impondo ao juiz uma nova forma de pensar as questões a ele sujeitas. (ARENHART, 2009)

É certo que a aplicação dessas políticas de acesso a direito e garantias fundamentais, em especial relacionadas à saúde, por parte do executivo, demandam recursos financeiros, apesar de muitas vezes ser realmente inviável por parte da Administração Pública (reserva do possível<sup>10</sup>) outras tantas acaba por ser adotado esse princípio como “escape” pelo malgerenciamento do recurso estatal.

No entanto, sendo direitos e garantias fundamentais, o uso desse argumento acarrearía que com crises ou dificuldades econômicas estes direitos fossem prejudicados, logo aí está a grande importância do judiciário em resguardar essa prestação.

Com efeito, ainda que se considere que mesmo estes direitos mínimos possuem reflexo financeiro para o Estado (especialmente quando são muitos os que exigem a sua satisfação), isto não é suficiente para negar existência (e força vinculante) para tais direitos fundamentais. Se estes postulados foram fixados pelo constituinte, como garantias fundamentais, o critério financeiro do Estado deve assumir importância secundária, sob pena de fazer vã a intenção jus fundamental. Não fosse assim, como explica Alexy, em tempos de crise econômica seria perfeitamente justificável o aniquilamento de direitos fundamentais, justamente sob o pressuposto de que os interesses financeiros do Estado deveriam ser postos em primeiro lugar, o que, obviamente, não é verdade (ARENHART, 2009, p.13).

De tal modo, o Supremo Tribunal Federal já decidiu sobre a questão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45-9/DF (DJU 04.05.04, p. 12),<sup>53</sup> ainda que em decisão monocrática, o relator, Ministro Celso de Mello, ponderou

---

<sup>10</sup> O princípio da reserva do possível diz que a efetivação dos direitos sociais está vinculada às possibilidades financeiras do Estado.

que, muito embora não caiba ao Poder Judiciário a implementação regular de políticas públicas, excepcionalmente este papel lhe é conferido “se e quando os órgãos estatais competentes”no descumprimento dos “encargos político-jurídicos que sobre eles incidem”, de alguma forma comprometam “a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático”. Existindo este papel do Poder Judiciário, prossegue o Ministro, há que se considerar, na determinação da implementação da política pública, a “reserva do possível”, mas apenas na estrita medida em que esta reserva se mostre, efetivamente, existente.

Ainda que reconheça a necessária vinculação da implementação dos direitos sociais aos limites financeiros do Estado, ressalta a decisão que isto não implica a liberdade plena do Estado em, a seu talante, concretizar ou não a norma garantidora do direito fundamental. A “reserva do possível” não poderá, portanto, ser invocada sem qualquer critério, somente com o intuito de exonerar o Poder Público de cumprir com sua função constitucional de implementar os direitos fundamentais. (ARENHART, 2009, p.15)

Como ressalta o Min. Celso de Mello, “Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.”

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”.

Diante de todo esse contexto, fica salutar destacar que atualmente há uma grande demanda no judiciário por pessoas que sentiram seu direito fundamental à saúde

violado, por ser um dever estatal a exorbitante parte dessa demanda o Estado atua como o polo passivo.

A alta intensidade da demanda judicial no âmbito da saúde reflete essa busca de aproximação, ou melhor, de efetividade de um aspecto desse direito, que é o acesso aos meios materiais para seu alcance. No caso do Brasil, o Estado é o principal responsável e cumula deveres legais de proteção da saúde, no âmbito individual e coletivo, e de prover os meios para o cuidado de todos os cidadãos (VENTURA, 2010, p.03).

A título de ilustração e para maior compreensão da apreciação judicial e exemplificando a gravidade (e importância) da demanda, se faz necessário apresentar alguns julgados em que o tema é analisado. Destaca-se a importância de observar o comportamento dos tribunais sobre tais temas, buscando encontrar se os fundamentos constitucionais, o direito à saúde e a separação dos poderes são temas de destaque<sup>11</sup>.

PROCESSUAL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E LEITO EM UTI. ANÁLISE SEGUNDO OS PARÂMETROS DEFINIDOS PELO STF. 1. Na hipótese dos autos, não se configura a ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado, manifestando-se de forma clara sobre a responsabilidade solidária dos entes federados. 2. Extrai-se do acórdão vergastado que o entendimento do Tribunal de origem está em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça de que o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária dos entes federados, de forma que qualquer deles tem legitimidade para figurar no polo passivo de demanda que objetive o acesso a meios e medicamentos para tratamento de saúde. 3. Outrossim, nota-se que foi debatida matéria com fundamento eminentemente constitucional, envolvendo especialmente a garantia

---

<sup>11</sup> Para as análises utilizou-se a escolha de ementas. Considerando que se busca evidenciar o destaque dado pelos juízes e tribunais ao assunto, adota-se como premissa que sua relevância estaria destacada já na ementa (que serve como um resumo que sumariza a decisão). Por essa razão não se faz uma análise dos votos em específico.

constitucional de direito à saúde, sendo a sua apreciação de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme abstrai-se dos arts. 102 e 105 da CF. 4. No que se refere aos honorários, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.108.013/RJ (Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe de 22/6/2009) e do REsp 1.199.715/RJ (Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 12/4/2011), ambos sob o rito do art. 543-C do CPC/1973, firmou o entendimento de não serem devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública, quando ela atua contra pessoa jurídica de direito público à qual pertença ou que integre a mesma Fazenda Pública. 5. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.(STJ - REsp: 1771111 CE 2018/0258119-0, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 05/02/2019, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/03/2019)

O julgado exposto evidencia a preocupação no cumprimento do texto constitucional relativo a prestação do direito à saúde, trazendo a baila questões relativas a responsabilização solidária entre os entes federados.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. INADEQUAÇÃO DO WRIT. SÚMULA 7 DO STJ. 1. O mandado de segurança constitui ação constitucional de rito especial que visa proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, contra ilegalidade ou abuso de poder emanados de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. 2. Hipótese em que o Tribunal de origem não evidenciou a presença de tais requisitos, diante da insuficiência de elementos para se aferir que o medicamento pleiteado é o único eficaz para a enfermidade indicada na inicial, a ponto de não poder ser substituído por outros constantes nas portarias do Ministério da Saúde. 3. Concluiu a instância de origem que "o meio adequado para a discussão do presente embate seria a ação de conhecimento, sendo facultado à parte que necessitar da medida de urgência, utilizar-se do instituto previsto no art. 273 do Código de Processo Civil". 4. A inversão do julgado, nos termos pretendidos, demandaria a análise do conjunto fático-probatório, o que é inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7 do STJ. 5. Agravo interno a que se nega provimento.

(STJ - AgInt no AREsp: 735518 RO 2015/0154343-3, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 22/08/2017, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/10/2017)

Logo, a necessidade de demanda do Judiciário de forma indiscriminada deixa cristalino a falha do Estado em cumprir seu dever, dessa forma, é imperioso ao jurisdicionado pleitear seu direito conforme o princípio da inafastabilidade do Poder judiciário, artigo 5º, inciso XXXV<sup>12</sup>.

“o ativismo judicial, até aqui, 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 cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.” (BARROSO, Luís Roberto, 1999)

Por fim a solução hoje se encontra por meio das ações judiciais, e o controle de constitucionalidade como mecanismo de resposta estatal, no entanto, a solução vindoura passa por uma reforma política e que claramente ainda está distante dentro da nossa democracia.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

De tal modo, a influência e atuação do Poder Judiciário por intermédio do Controle Jurisdicional de Constitucionalidade se perfaz hoje uma necessidade, para que direitos não sejam deixados de lado, e o administrado tenha mesmo que minimamente sua prestação estatal concedida (por muitas vezes de forma precária), uma realidade enquanto as intuições e agentes públicos não prestarem com clareza o que lhes foi designado pelo texto maior.

Logo, é indiscutível a relevância das vias jurisdicionais, por intermédio precípua do controle de constitucionalidade no que tange precipuamente ao direito à saúde, talvez um dos direitos mais básicos, e que deve ser pensado não como um direito individual,

---

<sup>12</sup> A lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito.

mas coletivo (social), dada a sua importância a possibilidade dentro dos limites constitucionais da intervenção do judiciário, quando provocado, tem sido primordial em nosso atual contexto social.

Ficou evidente o quão necessário foi a constitucionalização do direito à saúde, por ora, sempre violado no contexto histórico, na CRFB positivado como mandamento constitucional, e direito fundamental social, e como se vê hoje pela alta quantidade de demandas judiciais que fora de grande valia esse posicionamento, pelo alto custo ao Erário e a necessidade de uma gerência estatal competente se faz este um tema por muitas vezes abordado em análise nos tribunais pátrios.

É clarividente conforme demonstrado neste artigo a problemática relativa a usurpação de competência pelo Judiciário, no entanto, este atua como garantidor de direitos daqueles que se sintam violados e busquem pelo direito de ação a solução por esta via um último escape para seu direito fundamental.

No decorrer da pesquisa muito fora abordado, no entanto, é necessário um maior aprofundamento para destrinchar todo o conteúdo de Controle de Constitucionalidade, aqui indico a obra de *Luís Roberto Barroso “Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro”* como também adentrar o mérito relativo às políticas públicas, campo muito estudado dentro da Ciência Política.

O controle jurisdicional de políticas públicas no tocante ao acesso à saúde é por si só um tema com um emaranhado de informações e pesquisas a respeito, seja essa a principal dificuldade do tema, de ponderar um conteúdo de qualidade e referência, portanto, este não se esgota por aqui, mas fomenta ainda mais o anseio pela pesquisa visto que a finalidade não é concluir o tema, sendo na verdade apresentar e propor a discussão e o melhor entendimento dele. Vale ressaltar que a principal preocupação foi revistar a teoria a partir do paradigma da legitimidade e como o controle de constitucionalidade visa tutelar o texto constitucional no que se refere a garantias e direitos, por fim, que o artigo possibilite novos debates e discussões sobre a importância deste controle, com o fim de cumprir o mandamento constitucional, como também, assegurar a sociedade como um todo a proteção de seu direito levando ao fim de

proteger a dignidade da pessoa humana, fundamento da república, estabelecido no texto constitucional.

## REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário. **Custos Legis – Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**. Ano I, nº 1, p. 1-20, 2009.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS, **Revista Direito GV -15**, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, 7ª Edição, 2016.

BARROSO, Luís Roberto, JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA, (SYN)THESIS v.5 n. 1, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) Acesso dia 23 de novembro de 2018.

DIAS, Jean Carlos, O Controle Judicial de Políticas Públicas, **São Paulo: Método**, 2016

HOFLING, Eloisa de Mattos, O Estado e Políticas (Públicas) Sociais, **Cadernos Cedes**, 2001.

JUNIOR, Paulus Aylton; JUNIOR, Luiz Cordoni, POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL, **LC Júnior - Revista Espaço para a Saúde** 2006.

LIMA, A. R. A.; GOMES, A. Q; SANTOS, I. G. Democracia e Jurisdição: Aspectos Político-Jurídicos dos Legitimados a Propor Ações de Inconstitucionalidade Junto ao Supremo Tribunal Federal. **Revista Latino-Americana de Estudos em Cultura e Sociedade**, v. 4, p. 1, 2018. p. 01-21.

MENDES, Gilmar Ferreira, O Controle de Constitucionalidade no Brasil, 2014.

VENTURA, Miriam, Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde, **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, 2010.