



**FACULDADE METROPOLITANA DA GRANDE FORTALEZA
CURSO DE DIREITO**

LUIZA RAQUEL DOS SANTOS GUERRA

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O DIÁLOGO INSTITUCIONAL

FORTALEZA

2019

LUIZA RAQUEL DOS SANTOS GUERRA

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O DIÁLOGO INSTITUCIONAL

Artigo TCC apresentado ao curso de Direito da Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza – Fametro – como requisito para a obtenção do grau de bacharel, sob a orientação da prof^a. M^a. Vanessa Gomes Leite.

FORTALEZA

2019

LUIZA RAQUEL DOS SANTOS GUERRA

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O DIÁLOGO INSTITUCIONAL

Artigo TCC apresentado no dia 13 de agosto de 2019 como requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito da Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza – Fametro –, tendo sido aprovado pela banca examinadora composta pelos professores abaixo:

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. M^a. M^a. Vanessa Gomes Leite
Orientadora – Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza

Prof^a. M^a Camile Araujo de Figueiredo
Membro - Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza

Prof. Me. Adriano Cesar Oliveira Nobrega
Membro - Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O DIÁLOGO INSTITUCIONAL

Luiza Raquel dos Santos Guerra¹

RESUMO

Na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), o direito à saúde está previsto como um direito de todos, devendo ser garantido pelo Estado, que, no entanto, não dispõe de recursos suficientes para custear esse e os demais direitos para assegurar a vida com qualidade, dentro de um ambiente saudável. A carência de recursos públicos e a necessidade de acesso à saúde da população têm resultado na judicialização desse direito, prática que vem conquistando mais força e relevância no cenário da efetivação dos direitos fundamentais, já que esses possuem aplicabilidade direta e imediata, sendo judicialmente exigíveis. Assim, os Tribunais pátrios têm garantido o acesso à saúde a quem o pleiteia. Com essa atuação, acaba o Judiciário, porém, em muitos casos, interferindo nas escolhas do Executivo e do Legislativo, colocando em xeque o princípio da separação entre os poderes e muitas vezes comprometendo o orçamento administrativo. Dessa forma, o presente trabalho tem como tema a judicialização da saúde e o diálogo institucional, a partir de um estudo qualitativo, bibliográfico e documental na doutrina, legislação e jurisprudência existente sobre a temática. E tem como objetivo descrever a saúde como direito fundamental, social e subjetivo, explicando a importância de ele ser considerado direito fundamental e por isso mesmo judicializável, buscando meios para sintonizar a tutela do direito à saúde com o diálogo institucional. Como resultado, infere-se que o diálogo institucional surge como uma alternativa para resolver os problemas relacionados à legitimidade democrática da revisão judicial das leis, combater a judicialização indiscriminada e propiciar uma maior efetivação dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Judicialização da Saúde. Diálogo Institucional.

¹ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Fаметro - Unifаметro. E-mail: luiza.raquel.guerra@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

As normas constitucionais, especialmente os direitos fundamentais, deixaram de ser apenas direitos objetivos, positivados, para assumir o papel de direitos subjetivos, ganhando aplicabilidade direta e imediata pelas Cortes de todo o País. A atuação do Judiciário brasileiro na garantia de políticas públicas a quem delas necessita, concreta e casuisticamente tem a importância de permitir o acesso da população aos programas sociais definidos pelo Poder Público Executivo. Esse papel jurisdicional assume extrema importância no caso do delicado tema da tutela específica do direito à saúde constitucionalmente consagrado, que toca, incontestavelmente, o direito à vida e o princípio da dignidade humana.

A saúde vem assegurada na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) como direito de todos e dever do Estado, a ser exercido por intermédio da implementação de políticas públicas, com a garantia do acesso universal igualitário às ações e serviços.

Porém, essa tutela jurisdicional do direito à saúde acaba invadindo a esfera de independência do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, garantida pelo princípio constitucional da separação dos poderes, analisando e interferindo, muitas vezes, no mérito administrativo, na aferição de conveniência e oportunidade sobre como executar o serviço público de saúde e nas opções legislativas, impactando o orçamento dos estados.

Assim, conforme Victor (2015), o Brasil, “por uma distorção” (grifo nosso), acaba por implementar políticas públicas que saem da órbita dos Poderes Executivo e Legislativo e migram para o âmbito do Poder Judiciário. Segundo esse autor, o número de demandas em determinado período foi tal, que levou o Supremo Tribunal Federal (STF) a realizar uma audiência pública em 2009 para discutir a judicialização da saúde, que, se por um lado prestigia o Poder Judiciário com discussões que são vitais para a sociedade, por outro lado atesta a falência na resolução dos conflitos nas esferas que lhes são próprias. O Judiciário então é sobrecarregado com inúmeras demandas, devido à excessiva litigiosidade nas disputas.

Dessa forma, segundo Limberger e Saldanha (2010), o Congresso Nacional, que deveria promover a regulamentação no tocante aos percentuais de investimento da União, Estados e Municípios, até agora não o fez. Existe somente o Projeto de Lei

Complementar (PLP) nº 306, de 12 de maio de 2008, transformado na Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012 (BRASIL, 2012), decorrente da propositura da regulamentação dos §§ 2º e 3º do art. 198 da Carta Federal de 1988 (BRASIL, 1988), introduzidos pela Emenda Constitucional (EC) nº 29, de 13 de dezembro de 2000. O Executivo, que deveria investir em percentuais, por vezes não os aplica de forma séria. Nesse mesmo diapasão continuam Limberger e Saldanha (2010, p. 107), explicando que:

[...] como causa do não funcionamento as demandas acabam no Poder Judiciário que, na maioria das vezes, oferece uma solução individualizada para o caos, em detrimento da construção de uma solução coletiva, reforçando o aspecto individual. Compreensível, em muitos casos, devido à situação aflitiva no qual se vê o juiz, diante da enfermidade de uma pessoa, sem vislumbrar o sistema como um todo. Tudo isto serve para agravar o problema, quando é concedido determinado medicamento, sem atenção ao contexto global, reforçando ainda mais o caos no sistema.

Isso demonstra que deve haver um diálogo institucional entre os três poderes, sobretudo diante da importância que assume essa iniciativa na defesa dos direitos fundamentais de cada cidadão, “[...] um diálogo institucional respeitoso e saudável [...], de modo a respeitar a constitucional previsão da independência e harmonia que se baliza no sistema de ‘freios e contrapesos’” (SILVA, 2015, p. 128).

Dessa maneira, o diálogo institucional se apresenta, no âmbito da jurisdição constitucional, como uma alternativa para resolver os problemas relacionados à legitimidade democrática da revisão judicial das leis, combater a judicialização excessiva comum na atualidade no sentido de buscar o cumprimento do direito à saúde e possibilitar o estabelecimento de um franco e honesto diálogo entre os poderes e a sociedade.

Não se questiona aqui a coisa julgada, tampouco a legitimidade do Judiciário na prolação de decisão; suscita-se, de fato, a necessidade de que, para o desempenho da atividade judicante de forma aperfeiçoada, o Judiciário evite a atuação solitária e garanta que esse diálogo entre os poderes e a sociedade aconteça.

Nesse cenário, o presente trabalho estabelece como objetivo geral descrever a saúde como direito fundamental, social e subjetivo, explicando a importância de ele ser considerado direito fundamental e por isso mesmo judicializável, buscando meios para sintonizar a tutela do direito à saúde com o diálogo institucional. Referido objetivo se desdobra nos seguintes objetivos específicos: descrever a saúde como direito

fundamental, social e subjetivo, explicando a importância de ele ser considerado como tal a partir da Constituição Federal de 1988; expor a saúde como direito judicializável, apresentando seus pressupostos e limites na garantia do direito à saúde; e ainda analisar o diálogo institucional na promoção do direito à saúde.

Metodologicamente, esta investigação extrai os dados de que necessita de diversas fontes – livros, revistas jurídicas, artigos e leis -, que abordem e reflitam sobre a tutela do direito à saúde sob o prisma do diálogo institucional. O trabalho utiliza as pesquisas bibliográfica e documental para expor o tema abordado sob a visão de vários autores, apresentando opiniões no mesmo sentido ou contrárias a respeito do diálogo institucional no direito à saúde.

Na realização da pesquisa, utiliza-se o método dedutivo de abordagem, partindo-se das leis e teorias para explicar o problema. Desenvolve-se uma pesquisa do tipo explicativa, na qual se analisa e reflete sobre o objeto estudado. Com relação à aplicação dos resultados, optou-se por uma pesquisa pura, de natureza qualitativa, pois se restringe a estudar os fatos sociais apenas buscando a sua compreensão, sem que intencione modificar a realidade estudada.

No tocante à forma de distribuição dos dados, já devidamente sistematizados, obtidos neste artigo, o segundo capítulo, que sucede esta introdução, numerada como primeiro capítulo, aborda o direito constitucional à saúde e o dever do Estado, pontuando a saúde como direito fundamental, social e subjetivo e apresentando o novo conceito de saúde e as suas peculiaridades. O terceiro capítulo discorre sobre a saúde como direito judicializável, valendo-se de argumentos contrários e argumentos favoráveis à judicialização da saúde. Continuando, o quarto capítulo aborda o diálogo institucional na promoção do direito à saúde, explicando o conceito e a importância dessa iniciativa, apontando soluções que promovam o diálogo entre as instituições. Por derradeiro, o quinto capítulo apresenta os aspectos conclusivos extraídos da investigação, reunidos sob a denominação de considerações finais.

2 O DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE E O DEVER DO ESTADO

Neste segundo capítulo, discorre-se inicialmente acerca do direito à saúde constitucionalmente assegurado e o conseqüente dever do Estado de garantir o seu exercício a todos, para em seguida se descrever a saúde como direito fundamental, social e subjetivo, e apresentar o novo conceito de saúde e as suas peculiaridades.

2.1 A saúde como direito fundamental social e subjetivo

O direito à saúde foi inserido na Constituição Federal de 1988 no título destinado à ordem social, que tem como objetivo o alcance do bem-estar e a promoção da justiça social. Nessa perspectiva, a Constituição Federal de 1988, no seu art. 6º, estabelece como direitos sociais fundamentais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância (BRASIL, 1988).

Em seguida, no art. 196, a Constituição Federal de 1988 reconhece a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Com efeito, segundo Sarlet e Figueiredo (2008, p.133),

[...] é no âmbito do direito à saúde que se manifesta de forma mais contundente a vinculação do seu respectivo objeto (no caso da dimensão positiva trata-se de prestações materiais na esfera da assistência médica, hospitalar etc.)

Entre os direitos sociais, o direito à saúde foi eleito pelo constituinte como de peculiar importância, já que, de acordo com Silva (2015), o reconhecimento da saúde como direito fundamental social foi inovação da Constituição Federal de 1988, inexistindo em constituições anteriores a previsão de acesso aos serviços de saúde de forma universal e igualitária. Dessa forma, as Constituições de 1824 e 1891 foram omissas no tocante ao direito à saúde e as Constituições Federais de 1934, 1937, 1946 e 1967, por sua vez, apenas delimitavam as competências legislativas dos entes federativos. Assim, percebe-se que a forma como foi tratada, em capítulo próprio, demonstra o cuidado que se teve com esse bem jurídico. Com efeito, o direito à saúde, por estar intimamente atrelado ao direito à vida, manifesta a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana.

A saúde, consagrada na Constituição Federal de 1988 como direito social fundamental, recebe, desse modo, proteção jurídica diferenciada na ordem jurídico-constitucional brasileira. Assim conforme Sarlet (2009, p. 54):

[...] fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e, ao menos na Constituição pátria, desdobra-se em três elementos:

a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também a saúde) situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de norma de superior hierarquia; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (as assim denominadas "cláusulas pétreas") da reforma constitucional; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o artigo 5, parágrafo 1, da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares. [...]. Já no que diz com a fundamentalidade em sentido material, esta encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, o que - dada a inquestionável importância da saúde para a vida (e vida com dignidade) humana - parece-nos ser ponto que dispensa maiores comentários.

Ao reconhecer a saúde como direito social fundamental, conforme Silva (2015), o Estado obrigou-se à realização de prestações positivas, e, por conseguinte, à formulação de políticas públicas sociais e econômicas destinadas à promoção, à proteção e à recuperação da saúde. Diante disso,

[...] observa-se que a proteção dada ao direito à saúde é um complexo e multidimensional [arsenal] de posições jurídicas destinadas a assegurar uma vida com dignidade visando a busca do pleno bem-estar físico e mental do indivíduo, possibilitando melhores condições de vida aos mais fracos, visando corrigir situações materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, direito que se realiza mediante políticas públicas que objetivam ao amparo e à proteção daqueles que não possuem recursos para viver dignamente (SILVA, 2015, p. 49).

É esse direito de exigir prestações estatais para proteção e promoção da saúde que a revela como um direito subjetivo. Não obstante, conforme a Organização Mundial de Saúde (OMS), a proteção constitucional à saúde seguiu a trilha do Direito Internacional, abrangendo a perspectiva promocional, preventiva e curativa da saúde, impondo ao Estado o dever de tornar possível e acessível à população o tratamento que garanta, se não a cura da doença, ao menos uma melhor qualidade de vida.

1.2 O novo conceito de saúde e as suas peculiaridades

O conceito de saúde evoluiu e hoje não mais é considerado como ausência de doença, mas como o completo bem-estar físico, mental e social do homem. Contudo, o debate sobre o direito à saúde ainda segue no sentido do combate às enfermidades e conseqüentemente do acesso aos medicamentos. Em última análise, há de se concordar com as palavras de Schwartz (2003), para quem o escopo do direito sanitário é a libertação de doenças.

A importância de delimitar o tema surge quando se tem em vista que a Constituição Federal, no art. 196, adotou o conceito amplo de saúde ao incumbir o Estado do dever de elaborar políticas sociais e econômicas que permitam o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde (BRASIL, 1988).

Ao assegurar o direito à saúde, a Constituição Federal de 1988 “[...] não delimitou objeto desse direito fundamental” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008), não especificando se o direito à saúde como direito a prestações abrange todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde humana.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) definiu saúde como “[...] não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade [...], [mas como] um estado de completo bem-estar físico, mental e social” (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2002, p. 30). Segundo Santos (2010), essa definição da OMS teve (e tem) o mérito de ser um conceito guia, uma matriz para estimular as nações a esgotar os meios para a promoção e a garantia dos serviços de saúde, que no Brasil foram atribuídas ao Serviço Único de Saúde (SUS).

Para Diniz (1998), mesmo para os operadores do Direito, a concepção de saúde não é inequívoca, posto que podem ser apontados conceitos desse objeto em relação à:

[...] medicina legal (noção ligada à normalidade de funções orgânicas, ao estado de pessoa sadia e ao bem-estar biopsicossocial nos termos preconizados pela Organização Mundial de Saúde), ao direito constitucional (concepção de estar físico, psíquico, econômico e social), e ao direito previdenciário (em síntese, um direito de redução de riscos de doenças e outros agravos, mediante políticas públicas) (DINIZ, 1998, p. 252).

Segundo o entendimento de Dallari (1992), a saúde é a condição para que o indivíduo possa gozar de todos os demais direitos humanos. Tal assertiva é lógica, uma vez que o indivíduo doente não tem condições de usufruir de seus direitos, tampouco de cumprir com seus deveres.

A mesma ideia sobre a conceituação de direito à saúde se verifica na leitura de diversos autores, segundo refere Humenhuk (2004), que em artigo sobre o tema ensina que a:

[...] moderna doutrina jurídica desperta na sua mais pura hermenêutica, bem como, nas legislações atuais, que o direito à saúde está interligado com vários outros direitos como, por exemplo, direito ao saneamento, direito à moradia, direito à educação, direito ao bem-estar social, direito da seguridade

social, direito à assistência social, direito de acesso aos serviços médicos e saúde física e psíquica. E todos estes direitos inseridos ao meio ambiente equilibrado (HUMENHUK, 2004, p. 53).

Assim deve-se compreender que a saúde não se resume à mera ausência de doença, mas se trata de um conceito multidimensional, que engloba determinantes de natureza ambiental, social, econômica e cultural importantes.

Discute-se se o Estado, em seu dever de prestação dos serviços de saúde, obriga-se a disponibilizar o atendimento médico-hospitalar e odontológico, o fornecimento de todo tipo de medicamento indicado para o tratamento de saúde, a realização de exames médicos de qualquer natureza, o fornecimento de aparelhos dentários, próteses, óculos, entre outras possibilidades.

Para Limberger e Saldanha (2010), é o legislador federal, estadual e municipal, a depender da competência legislativa prevista na própria Constituição, quem concretizará o direito à saúde, assim, nenhum dos entes federativos está isento de atribuições. Nas palavras dos autores,

[...] isto apresenta dupla crítica no sentido de que a todos incumbem tarefas, mas, por outro lado, quando a responsabilidade é tão partilhada entre todos, fica mais difícil cobrar a atribuição de cada um (LIMBERGER; SALDANHA, 2010, p. 109).

Nesse contexto, deve o Poder Judiciário, quando acionado, interpretar as normas da Constituição e as normas infraconstitucionais que a concretizarem (SARLET, 2009). Com a indefinição do que seria o objeto do direito à saúde, o legislador foi incumbido do dever de elaborar normas em consonância com a Constituição Federal de 1988.

Sabe-se que a aplicação da norma constitucional depende intrinsecamente de procedimentos a serem executados pelo Estado, bem como da criação de estruturas organizacionais para o cumprimento do escopo constitucional de promover, preservar e recuperar a saúde e a própria vida humana.

Há, portanto, um claro dever do Estado de criar e fomentar a criação de órgãos aptos a atuarem na tutela dos direitos e procedimentos adequados à proteção e promoção dos direitos. Nesse esteio, Sarlet (2009) afirma que, se os direitos fundamentais são, sempre e de certa forma, dependentes da organização e do procedimento, sobre esses também exercem uma influência que, entre outros aspectos, manifesta-se na medida em que os direitos fundamentais podem ser

considerados como parâmetro para a formatação das estruturas organizatórias e dos procedimentos, servindo, para além disso, como diretrizes para a aplicação e interpretação das “normas procedimentais”.

Dessa forma, de acordo com Limberger e Saldanha (2010), ao mesmo tempo que os deveres de proteção do Estado devem concretizar-se mediante normas administrativas e com a criação de órgãos destinados ao cumprimento da tutela e promoção de direitos, a extensão e limites dessas normas e órgãos são impostos pela própria Constituição.

Assim, é direito do cidadão obter do Estado prestações positivas, as quais, pela importância que detêm, devem, conforme Paulo e Alexandrino (2015), ultrapassar o campo da discricionariedade administrativa para uma inafastável vinculação de índole e força constitucionais, de modo que as pautas de atuação governamentais, estabelecidas no próprio seio da Constituição, jamais poderão ser relegadas a conceitos de oportunidade ou conveniência do agente público, eis que não podem transformar-se em mero jogo de palavras, pois são indispensáveis à manutenção do “status” de dignidade da pessoa humana.

No que toca ao direito à saúde, foram inseridos, no próprio texto constitucional, relevantes matizes da dimensão organizatória e procedimental. A Constituição Federal de 1988, nos arts. 198 a 200, atribuiu ao Sistema Único de Saúde a coordenação e a execução das políticas para proteção e promoção da saúde no Brasil.

Enfim, conforme Limberger e Saldanha (2010), a Constituição Federal de 1988 não se limitou a prever a criação de uma estrutura organizacional para garantir o direito à saúde, indicou, ainda, como seria a atuação desse órgão administrativo e os objetivos que deveria perseguir, conferindo o esboço do que seria o Sistema Único de Saúde. Mesmo com a previsão constitucional, os procedimentos para o adequado funcionamento do SUS, bem como as atribuições específicas dos órgãos, só puderam ser concretizadas a partir da elaboração das Leis específicas da Saúde.

O SUS se propõe a ser uma estrutura descentralizada, com direção única em cada esfera do governo, oferecendo atendimento integral e contando com a participação da comunidade. Para assegurar os princípios constitucionais foram elaboradas as Leis nºs. 8.080, de 13 de setembro de 1990 (BRASIL, 1990a), e 8.142, de 28 de dezembro de 1990 (BRASIL, 1990b), conhecidas como Leis Orgânicas da Saúde (LOS), de abrangência nacional, com caráter de norma geral, contemplando as diretrizes e os limites que devem ser respeitados pela União, pelos Estados e pelos

Municípios ao elaborarem suas próprias normas para garantir o direito à saúde para a população brasileira.

3 A SAÚDE COMO DIREITO JUDICIALIZÁVEL

Como já foi anteriormente dito, os direitos à vida e à saúde foram universalmente reconhecidos como direitos subjetivos fundamentais inerentes a toda e qualquer pessoa. Dessa maneira, entende-se que sua tutela é exercida por intermédio da prestação de serviços de assistência desenvolvidos tanto pelo Poder Público quanto por entidades privadas, mas, seja pelo Estado ou pelo setor privado, essa relação envolve diversos impasses, oriundos, em sua maioria, da incompatibilidade entre a carência de recursos financeiros e as necessidades específicas de pacientes.

A possibilidade de o cidadão ingressar com ações judiciais para buscar medicamentos e serviços que lhe são necessários vem proporcionando um aumento dessas demandas, mas, se por um lado elas garantem o atendimento do cidadão, por outro fortalecem o desencontro entre o orçamento e a prestação do serviço, gerando um círculo vicioso. Dessa forma, a expansão de ações judiciais torna-se a marca fundamental das sociedades democráticas contemporâneas.

No Brasil, aduz Rios (2013), não poderia ser de outra forma, porquanto também se opera uma ampliação do controle normativo do Poder Judiciário, favorecido especialmente pela Constituição de 1988, que, ao estabelecer princípios e fundamentos do Estado Democrático de Direito e ao incorporar direitos e princípios fundamentais, possibilita uma ação judicial no sentido de viabilizar tais aspirações sociais. Assim,

O Poder Judiciário passa, então, a participar da configuração dos assuntos públicos, fazendo perceber que a lei não é mais o único instrumento útil para a regulação do sistema social da saúde no país, embora seja um instrumento insubstituível e indispensável para assegurar, em sociedades pluralistas e complexas um dos valores fundamentais do direito: a segurança jurídica. (RIOS, 2013, p. 4).

Nesse cenário, a insuficiência da lei em uma sociedade que, em muitas vezes, ameaça a dignidade humana mediante o constante descaso no trato da saúde pública no país, se refletirá na necessidade da ampliação do papel do Judiciário.

Dessa forma, de acordo com Rios (2013), a judicialização deve ser compreendida como um importante fenômeno no processo de efetivação do direito fundamental à saúde, podendo, no entanto, ser utilizada dentro do discurso daqueles que não concordam com o posicionamento do Poder Jurisdicional em face das questões que acabam chegando no âmbito judiciário.

Entretanto, é importante ressaltar que esse fenômeno possibilita reflexões no sentido de gerar um diagnóstico do exercício jurisdicional no tema da efetivação do direito à saúde, além de fomentar o debate acerca de uma possível ofensa à teoria da Separação de Poderes, especialmente no que se refere às funções típicas do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

Barroso (2006 *apud* RIOS, 2013) afirma que a judicialização da saúde “significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário”. Trata-se, portanto, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais – o Legislativo e o Executivo.

Conforme Leite (2017), entre os principais argumentos contrários à judicialização da saúde se encontram o princípio da separação dos poderes e a intervenção no âmbito da liberdade própria dos poderes Legislativo e Executivo, a ausência de legitimidade dos juízes e a questão orçamentária.

Quanto à ingerência do Judiciário nas funções dos poderes Executivo e Legislativo, entende-se, como ressalta Silva (2008), que o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário são expressões com duplo sentido, que exprimem, por um lado, as funções legislativa, executiva e jurisdicional e, por outro, indicam os respectivos órgãos, conforme descrição e discriminação estabelecidas no título Organização dos poderes da Carta Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Dessa forma, cada um dos poderes possui uma função predominante, que o caracteriza como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras previstas no texto constitucional. São funções típicas e atípicas. As funções típicas são as inerentes ao Poder, porém, como já estabelecido por Montesquieu, os poderes não são totalmente absolutos, havendo controles recíprocos entre eles.

Os órgãos que exercem as funções estatais, para gozarem de independência, conseguindo frear uns aos outros, necessitam de certas garantias e prerrogativas constitucionais, sendo tais garantias invioláveis e impostergáveis, sob pena de ocorrer desequilíbrio e desestabilização do governo, pois quando o desequilíbrio agiganta o

Executivo, “[...] instala-se o despotismo [...], como afirmava Montesquieu sobre a necessidade de existência de imunidades e prerrogativas entre os poderes” (MORAES, 2007, p. 396).

Assim, a efetivação do direito à saúde pelo Judiciário, passa, incontornavelmente, pela separação dos poderes. Ao tutelar tais direitos, a função jurisdicional invade, em muitos casos, a esfera administrativa dos Poderes Executivo ou Legislativo, interferindo em suas escolhas.

As decisões judiciais, ao garantir o acesso ao direito à saúde, não conseguem se furtar à análise do mérito administrativo, averiguando a conveniência e oportunidade das ações estatais, quais sejam tratamentos e medicamentos disponibilizados à população (RIOS, 2013).

Por outro lado, a invasão entre esferas do poder torna-se estritamente necessária, tendo em vista que, por diversas vezes, o descaso do Poder Executivo ou do Poder Legislativo e a ineficiência da máquina pública para a promoção de políticas que atendam à saúde da população são evidentes. Nesse sentido, Furtado e Cavalcante (2009 *apud* LEITE, 2017, p. 131) aduzem que:

[...] não apenas a pluralidade desordenada da leis, mas também a inatividade do legislativo, abrem espaços que tendem a ser supridos pelo judiciário, que, não podendo se eximir de julgar, decide questões cada vez mais políticas, extrapolando o modelo de lide interindividual.

Dessa forma, o Judiciário tutelando direitos fundamentais da pessoa humana, garantindo-os, especialmente o da saúde, tenta promover justamente o bem-estar de pessoas doentes, que, muitas vezes, não podem esperar indefinidamente por um tratamento ou um medicamento.

Quanto à afetação do orçamento, Mazza e Mendes (2014) entendem que, apesar de a interferência do Poder Judiciário para concretizar certos direitos constitucionalmente garantidos, em específico o direito à saúde, ser perfeitamente coerente, muitas vezes o Judiciário não observa as políticas que envolvem o direito à saúde, tampouco se ocupa do planejamento orçamentário para que ocorra a responsabilidade na gestão fiscal conforme a exigência legal da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

Se, por um lado, busca-se a satisfação do direito à saúde, do direito à vida garantido constitucionalmente, por outro, há que se falar em equilíbrio e respeito às normas orçamentárias, em especial à LRF. Nesse passo, alegam que as decisões

judiciais são prolatadas sem apontar fontes de custeio para seu cumprimento, o que configura irresponsabilidade fiscal, causando também ofensa à legislação infraconstitucional como mencionado anteriormente, a qual estão obrigados os administradores públicos, a Lei de Responsabilidade Fiscal, geradora de responsabilidade nas esferas cível e criminal. A consequência disso é que a possível não observação dessas normas por parte do STF em suas decisões, pode inviabilizar a sustentabilidade financeira da política de saúde, imprescindível para a concretização de tal direito (MAZZA; MENDES, 2014).

As leis orçamentárias são normas que condicionam o planejamento estatal como um todo, estabelecendo as despesas e receitas necessárias ao funcionamento do Estado e também a promoção de direitos que acabam por envolver as mais diversas formas de política pública (SILVA, 2015). Nesse sentido,

[...] o orçamento é peça chave ao Estado. Nele restam concretizadas, em números, as escolhas políticas que pretendem a consecução da vontade popular, ao atendimento às diversas necessidades sociais, com a finalidade de promover os objetivos de uma Constituição vasta e minuciosa. O processo e organização orçamentários como um todo, entre outras coisas, importa na concretização dos interesses sociais, políticos e econômicos, individuais ou coletivos. Nesse aspecto, a elaboração e previsão orçamentárias podem ser consideradas mais do que mera relação de receitas e despesas, pois se determinam as prioridades e as necessidades públicas a serem supridas ou suprimidas (MAZZA; MENDES, 2014, p. 55).

Assim, segundo Carvalho (2016), o Executivo e o Legislativo, respectivamente, ao elaborar e aprovar um plano de governo, fazem-no por intermédio de leis orçamentárias, criadas para vigorar durante um tempo determinado, que deve abarcar todas as receitas e despesas daquele período, sem que estas superem aquelas. Já durante a administração dessas finanças, os gestores públicos estão adstritos às políticas públicas postas no orçamento, sendo-lhes vedada a possibilidade de efetuar gastos sem previsão orçamentária, nos termos do art. 167, II, da CF/88, sob pena de incursão em Crime de Responsabilidade, previsto pelo art. 85, VI, da CF/88. Já ao Judiciário cabe, por sua vez, controlar as ações administrativas no que concerne ao orçamento, resguardando a legalidade.

Dessa forma, não há controvérsias quanto ao controle judicial no que diz respeito aos limites formais impostos na Constituição.

Acontece que, ao assegurar por via judicial tratamentos, medicamentos e internações, o Poder Judiciário executa e até cria políticas públicas, surgindo polêmicas quanto aos limites materiais postos aos magistrados na criação e

implantação dessas políticas, posto não participarem da construção do orçamento ou se submeterem aos limites impostos pelos princípios que regem as finanças públicas (CARVALHO, 2016).

Desse modo, entende Carvalho (2016) que, independentemente do mérito administrativo, no âmbito do qual as escolhas de alocação de recursos são exclusivas da Administração Pública, é inegável que compete ao Judiciário o controle das políticas governamentais. A jurisprudência e a maioria da doutrina prescrevem que no caso não há revogação, mas sim controle de legalidade, posto que os direitos fundamentais são protegidos constitucionalmente. Assim,

[...] políticas públicas e orçamento são conceitos que na atualidade encontram-se umbilicalmente ligados. Implantar recursos em planos não previstos nas dotações orçamentárias implica, portanto, em faltar dinheiro para algum programa que a administração já havia aprovado, tendo em conta que a rubrica será sempre a mesma, independente das decisões judiciais. Por isso, a problemática da questão não envolve a intervenção nas políticas públicas pelo Judiciário, atitude salutar para a democracia e para o desenvolvimento social, mas fazê-lo sem nenhum compromisso com o orçamento público e os princípios que o regem [...] (CARVALHO, 2016, p. 5).

Porém, uma parcela da doutrina entende que a intervenção do Judiciário na execução de políticas públicas é resultado da incapacidade dos Poderes Executivo e Legislativo de elaborar meios legais e constituir garantias de acesso suficientes à tutela dos direitos sociais previstos na Constituição (AGUIAR, 2014).

Cappelletti (1999 *apud* AGUIAR, 2014, p. 4), em sua obra “Juízes Legisladores?”, afirma que é legítima a intervenção do Poder Judiciário, e ainda vai mais além, afirmando que tal intervenção deveria ser obrigatória para assegurar garantias de acesso aos direitos sociais, de modo que a Constituição Federal não se transforme em letra morta.

Nesse mesmo diapasão continua Dworkin (1997 *apud* AGUIAR, 2014, p. 4), que entende que o controle judicial sobre os atos do Poder Legislativo “não é um modelo perfeito de exercício democrático do poder”, porém um instrumento viável e que se tem mostrado eficiente na realidade norte-americana. Dessa forma, trata-se de um arranjo para garantir a democracia, que estabelece um controle judicial sobre o que o Legislativo majoritariamente decide, garantindo os direitos individuais.

Por outro lado, a complexidade da área da saúde necessita de conhecimentos técnicos e específicos, que orientam o emprego

[...] da discricionariedade técnica dos órgãos decisórios responsáveis pelo desenho e implementação das políticas públicas para o acesso integral, universal e igualitário à saúde, tal como previsto pelo art. 196 da CF./88. [...] (SILVA, 2015, p. 223).

Pois, ao se isolar o caso concreto de todos os aspectos das questões envolvidas, pode-se, descuidadamente, proferir uma sentença em que todos perdem: o demandante ao lhe ter sido provido um tratamento que não é o mais adequado, o Poder Público que será obrigado a provê-lo e a sociedade, que verá diminuído o orçamento da saúde. Desse modo,

[...] as diretrizes da saúde reúnem uma rede de indicações médicas, critérios demográficos, orçamentos limitados, dados estatísticos, etc., em regra, encontram dificuldades para serem manejados no contexto binário procedente/improcedente da sentença judicial, ainda que em um devido processo legal. [...] (SILVA, 2015, p. 223).

Entretanto, não se trata de retirar do Judiciário a capacidade para tomar certas decisões, mas de obrigá-lo a reconhecer que as deliberações de algumas resoluções reclamam a integração de outros atores mais capazes para o processo de escolha.

Por tudo isso, a judicialização das questões da saúde exige a interação especial entre diversos atores e novas alternativas para a efetiva concretização do direito à saúde.

4 DIÁLOGO INSTITUCIONAL NA PROMOÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Hübner (2008 *apud* SOUZA, 2011) afirma que a palavra diálogo “[...] carrega uma carga semântica que denota igualdade, respeito, não subordinação e reciprocidade”, configurando-se em algo que ilustra e justifica as relações entre os sujeitos que detêm e exercem o poder e os responsáveis pelas tomadas de decisões coletivas. Assim,

Indivíduos dialogam em ambientes formais ou informais na política. No interior das instituições, decisões não costumam ser tomadas sem uma prática mínima de diálogo. Mas a grande questão que resta aberta é se seria possível que instituições dialoguem entre si? E, ainda que isso fosse possível, se tal prática contribuiria para a efetividade do direito à saúde? (SOUZA, 2011, p. 223).

Conforme Victor (2015), por diálogo institucional se entende, em um primeiro momento, apenas como um conceito descritivo, a existência de uma interação entre

Cortes Constitucionais e Parlamento na atividade de interpretar e dar sentido à Constituição.

A institucionalização desse conceito por meio da Carta de Direitos e Liberdades de 1982 no Canadá, representou a primeira afirmação formal da existência de um diálogo institucional entre Corte Constitucional e Parlamento, o que ocorreu com a introdução da cláusula denominada “não obstante”, prevista no art. 332, que autoriza que o Parlamento ou a legislatura provincial (o equivalente às Assembleias Legislativas brasileiras) reedite uma lei declarada inconstitucional pela Corte Constitucional Canadense pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sendo que essa reedição da lei inconstitucional poderá ser renovada sempre por até 5 (cinco) anos, indefinidamente (VICTOR, 2015). E foi nesse contexto, segundo Victor (2015), que Hogg e Bushell cunharam a expressão “diálogo institucional”, que, de certa maneira, incorporou-se ao debate acadêmico.

Farias (2018) explana que atualmente se reconhece, pelo menos no aspecto descritivo, a existência de diálogo institucional em outros sistemas jurídicos, como, por exemplo, o americano e o brasileiro, nos quais as decisões das Cortes Constitucionais são superadas, geralmente, por emendas constitucionais.

Entretanto, o fato de o diálogo institucional ter assumido uma feição normativa no Canadá relaciona-se com a tentativa de acomodação da inserção de um sistema de judicial review (teoria originada nos EUA na qual a importância atribuída às decisões judiciais exigiu, para a funcionalidade do sistema, a adoção do efeito vinculante aos precedentes judiciais) em um país de tradição de soberania do parlamento, típico dos países da Commonwealth.

Já aqui no Brasil, nos debates jurídicos recentes tornou-se frequente falar em “diálogos institucionais”. Contudo, a popularidade da expressão nem sempre tem implicado compromisso com um conjunto de ideias bem determinadas.

Nesse contexto, conforme Tassinari e Lopes (2018), diálogos institucionais são tudo e são nada. Por um lado, são inflacionados como o grande ideal necessário nas relações entre poderes. Por outro, são desacreditados como método ingênuo, até impossível, alheio ao contexto empírico das democracias contemporâneas, assumindo a função de fantasia, em que se idealiza algo, justamente para mantê-lo à distância.

Segundo Tassinari e Lopes (2018), a expressão “diálogos institucionais” surgiu como colocado anteriormente, a partir do contexto canadense, e de modo geral é

usada para se referir a interações entre os poderes nas quais o Judiciário não detém a “última palavra”. Em formulações mais ambiciosas, prescreve uma interação produtiva entre poderes, na qual deverão trocar argumentos racionais, abster-se de decidir nos pontos em que outras instituições têm mais capacidade/legitimidade e tomar suas próprias decisões de modo a desenvolver as decisões já tomadas por outras instituições. O Judiciário se encontraria em boa posição para promover essa deliberação, sanando os problemas no seu fluxo e provocando soluções, evitando-se, assim, a ideia da afirmação de uma supremacia judicial.

3.1 O Diálogo entre o Executivo, o Judiciário e o Legislativo

Em decorrência do art. 2º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), os três poderes da República brasileira são independentes e harmônicos entre si, isto é, apesar da autonomia garantida na atuação do Executivo, Judiciário e o Legislativo, ela deve ser exercida de forma equilibrada.

Dessa forma, de acordo com Farias (2018), seja na realização de políticas públicas ou na concretização de direitos fundamentais pelo Executivo, semelhante conversação permite chegar a consensos, mesmo em questões controversas. Apesar disso, sempre que a comunhão de ideias não for possível, é importante, segundo Farias (2018), lembrar que a atuação desses poderes deve zelar pela não interferência na incumbência originalmente atribuída aos três. Eis a necessidade de um “Intervencionismo judicial responsável” (HABER NETO, 2013 *apud* FARIAS, 2018, p. 130), o qual possa garantir um contraditório “coparticipativo” (THEODORO JÚNIOR, (2013 *apud* FARIAS, 2018, p.130) e dialógico.

Na judicialização da saúde, Victor (2015) informa que o Poder Judiciário, em sua atuação, influencia, de modo relevante, a implementação das políticas públicas do setor, pois ao decidir sobre a efetivação de determinada medida pública, a justiça age em meio à omissão dos administradores públicos, ou mesmo os substitui, antecipando-se às decisões executivas. Dessa forma, a ausência de conhecimento sobre a realidade do outro poder:

[...] isto é, do Judiciário sobre o Executivo é mais evidente nas questões que envolvam previsão orçamentária e política públicas específicas, planejadas para período posterior ao discutido em determinado processo judicial que na maioria das vezes, é conduzido em prol de litigante individual (FARIAS, 2018, p. 131).

Assim, conforme Farias (2018), a judicialização da saúde é um dos principais fatores recentes que potencializam a iniquidade financeira entre ricos e pobres no acesso ao SUS, já que

[...] de fato, as inúmeras ações que tramitam no Judiciário restringem a liberdade dos estados e municípios para alocar recursos públicos de saúde segundo prioridades pactuadas, devido aos bloqueios judiciais realizados no orçamento das secretarias de saúde (FARIAS, 2018, p. 131).

Além disso, Farias (2018) prescreve que é importante que se estabeleça um franco e honesto diálogo institucional entre os poderes, expondo-se as particularidades do contexto em que se encontra inserta a situação da saúde em âmbito local. Segundo esse autor, deve-se conhecer as especificidades de certas localidades, especialmente dos municípios, que dependem de estruturas burocráticas compartimentadas e custeadas quase exclusivamente, por repasses federais. Como explica Farias, “A decisão Judicial, em casos críticos, pode acabar prejudicando, ainda mais, a organização de uma secretaria de saúde” (2018, p. 132).

Desse modo, é a partir do momento, conforme Farias (2018), que for possível conhecer a real conjuntura da saúde pública, em um nível aprofundado de detalhes, que se poderá aferir as medidas que, se adotadas, deixarão o diálogo entre os poderes mais célere, coerente e preciso, pois “[...] O diálogo, além de sinergias entre o Executivo e os demais órgãos e poderes, permite uma ação mais eficaz na efetivação do direito à saúde” (p. 133).

A teoria dos diálogos institucionais, conforme Víctor (2015), defende, em suma, que o Judiciário não pode, sob o ponto de vista empírico, e não deve, sob o ponto de vista normativo, deter o monopólio da interpretação constitucional, ensejando, ao menos em tese, que a decisão final deve ser construída com a participação dos demais atores, além do Judiciário, de modo a angariar representatividade e, sobretudo, legitimidade.

Víctor (2015, p. 222) ensina que o mais importante não é quem dará a palavra final, mas como se chegará a essa conclusão e que meios serão utilizados para o debate. Dessa forma,

[...] a indagação, portanto, passa a ser outra: a sociedade e as instituições criarão de forma dialógica esta decisão? Haverá a participação de outros atores nesta “elaboração”, fora o Judiciário? Se a resposta for afirmativa, o fato da palavra final partir de um ou outro poder não terá grandes repercussões malélicas ao nosso sistema democrático, pois nos afastaremos, nesta ocasião, da arbitrariedade e subjetividade solipsista.

Continuando, Victor (2015, p. 222) acrescenta que o desejável seria a

[...] perspectiva de um constitucionalismo cooperativo, integrativo comunicativamente (para mais dos órgãos estatais) entre Estados, cujo alicerce deve repousar no protagonismo da comunidade (sociedade aberta dos intérpretes).

Nesse esteio são os argumentos de Farias (2018), no sentido de haver uma “rede de reciprocidade”, projetada a partir a elaboração democrática de decisão coletiva convergente com as distintas noções de justiça de uma sociedade pluralista, de modo a se ultrapassar um “monólogo judicial em um legítimo diálogo interinstitucional” (p. 123). Ainda para o autor:

O Tribunal Constitucional não é a ressurreição de um Poder Moderador dos diálogos, alguém que vê as conversações de um local privilegiado, harmoniza os discursos e, assim, põe termo ao debate, altaneiro por saber que a fala derradeira será a sua. O diálogo não conhece encerramento obrigatoriamente no STF. Pode continuar além dele. Seja pela via institucional ou pela via social. A voz do STF é *uma voz*, certamente com decibéis mais altos que outras, mas não invariavelmente com ressonância. No diálogo, o eco é importante, uma meta. (FARIAS, 2018, p. 223).

Os diálogos institucionais e sociais são, portanto, uma forma de se evitar essa estreita e solitária função de decidir de um único poder. Exemplos marcantes disso seriam a possibilidade de alteração da Constituição por apelo popular, por meio de projeto de emenda, referendo para aprovação de reforma Constitucional, mandatos para os ministros do STF, a realização de audiências públicas nas preparações para julgamentos paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal, a modulação de efeitos das decisões e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Já como um exemplo paradigmático na área da saúde tem-se, conforme Leite (2017), o município de Araguaína, localizado na região norte do estado do Tocantins, no qual uma magistrada do Poder Judiciário em Araguaína estabeleceu em 2011 um convênio com a prefeitura, sua Ouvidoria e a Secretaria da Saúde, juntamente com o Núcleo de Apoio Técnico (NAT), formado por equipe multidisciplinar de especialistas em saúde pública, enfermeiros, farmacêuticos e médicos. Segundo documento elaborado pelo Tribunal de Justiça de Tocantins em 2015, essa experiência produziu uma redução significativa da judicialização, resultando, em 2013, na resolutividade pela via administrativa de 72% da demanda em saúde, por intermédio da Ouvidoria da Prefeitura e da atuação do NAT em parceria com o Ministério Público e a Defensoria Pública, restando somente 28% dos casos a ser decididos pela via judicial;

em 2014, apesar de quase o dobro de pleitos demandando o direito à saúde junto à Ouvidoria, a resolução pela via administrativa alcançou 80% dos casos (REIS; PIRES, 2015). Em setembro de 2016, foi instaurado mais um NAT na capital do Tocantins, Palmas (TOCANTINS, 2016).

Existem outras experiências de interação com os NAT, como em Brasília, Rio de Janeiro e em Lages, Santa Catarina (ARAGUAINA, 2014).

Sobre a experiência de Lages, Asensi e Pinheiro (2019) a apresentam como uma experiência que também rendeu bons frutos, já que, com a assinatura de um Termo de Cooperação Técnica com o Judiciário em 2008, com o objetivo de estabelecer estratégias conjuntas para concretização da saúde, criou-se uma rotina de procedimentos judiciais referentes à prestação de saúde. Assim, em 2012, fruto desse termo, foi criado o Núcleo de Conciliação de Medicamentos, com o objetivo de proporcionar uma alternativa ao modelo adversarial da judicialização. Desde então, os atores políticos e jurídicos empreenderam diversas ações com o objetivo de definir critérios uniformes a serem aplicados na concessão de medicamentos e melhorar o gerenciamento do fornecimento dos medicamentos pela via judicial. Isso possibilitou um melhor atendimento aos usuários do SUS e ganhos operacionais aos municípios, por meio de diversas medidas implementadas de forma integrada. O resultado é a construção extrajudicial – a partir do Consórcio e do Núcleo – de diversas políticas públicas com a sinergia cotidiana entre o Executivo e o Judiciário.

Referindo-se à realização de audiências públicas na preparação para julgamentos paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal, Farias (2018, p. 133) lembra que,

[...] embora a lei e os precedentes já contenham alguma sabedoria coletiva, o julgador pode consultar a sociedade na busca de uma verdade moral, em uma profissão de fé na ideia de um direito sempre e permanente referenciado à sociedade, como realidade complexa e articulada, que nas suas múltiplas formas estruturais pode produzir direito.

Isso posto, a judicialização das questões que envolvem o direito à saúde reclama uma interação especial entre diversos atores e poderes, devendo novas alternativas serem criadas para lidar com a especificidade dessas questões.

Desse modo, quando não atendidos esses diálogos, de forma a moldar as deliberações por intermédio de legítimos processos dialéticos que legitimem as decisões, a consequência, de acordo com Farias (2018, p. 135), pode vir por meio

de *backlash* (rejeição de uma decisão pela sociedade), ou seja, uma reação da própria comunidade, contrária àquela tomada de forma solipsista ou mesmo unilateral, “[...] consagrando sua inautenticidade, obrigando o ator público, a retornar ao romance em cadeia, ou mesmo, o inverso, quando o inconformismo decorre do próprio capítulo da *novela*” (FARIAS, 2018, p. 135, grifo do autor).

Assim, conforme Farias (2018), não se questiona a coisa julgada nem a legitimidade do Judiciário na prolação de decisão; suscita-se a necessidade de que, para o desempenho da atividade judicante de forma aperfeiçoada, o Judiciário evite atuação solitária e garanta o estabelecimento de um diálogo entre os poderes e a sociedade.

Nessa mesma ideia, o ex-Procurador-Geral da República Rodrigo Janot expôs, de modo singular, a lição sobre diálogo que deve existir entre os poderes:

Dialogar não representa abrir mão de deveres institucionais, tampouco da autonomia inerente a cada Poder. O diálogo, tenho eu, é o amálgama necessário à estabilidade institucional de modo a permitir o avanço democrático. (BRASIL, [2014], p. 1).

Por fim, além do diálogo que deve existir entre os poderes e as instituições é imprescindível a fiscalização do relacionamento entre os poderes e especialmente a participação popular, já que a população interessada precisa estar consciente dos direitos que lhes foram disponibilizados na Carta de 1988 e de todos os meios disponíveis para sua concretização, isto é, os participantes devem ser capazes de ponderar as dificuldades de concretização concomitante de todos os direitos elencados pelo constituinte e de ditar os rumos que a sociedade tomará, para alcançar a realização do projeto constitucional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A previsão da saúde nos arts. 6º e 198 da Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental social impulsionou a judicialização da saúde e os diversos estudos doutrinários a respeito do fenômeno. Por se tratar de previsão constitucional genérica, em que as prestações correspondentes ao significado “saúde” não estão especificadas no texto constitucional, há uma parte da doutrina que entende ser necessária essa intervenção judicial, porém existe a outra parte que é contra essa intervenção.

À medida que a saúde passou a ser reconhecida como um direito exigível do Estado, e as prestações correspondentes passaram a ser definidas e deferidas pela via judicial, chamou-se atenção para esse fenômeno, fazendo com que estudos abundassem tentando explicar as tensões causadas pela intervenção do Judiciário em questões que envolvem a distribuição de riqueza e de bens da sociedade, que deveriam ser objeto de deliberação pelos representantes democraticamente eleitos pelo povo, e também nas reservas orçamentárias que, num contexto de escassez, se viam tumultuadas pela distribuição, paralela às políticas públicas, de medicamentos e tratamentos pela via judicial.

Diante da complexidade da questão, esses aspectos isoladamente considerados não esgotam o problema da saúde, que tem várias facetas, passando por vários centros de decisão vinculados a diferentes órgãos que compõem a estrutura estatal. Por essa razão, em vez de apontar uma instituição que esteja em posição de resolver a questão da saúde, deve-se examinar as formas de interação entre os diversos órgãos que, dentro da capacidade institucional de cada um, cooperam para a otimização dos recursos que promovem o direito à saúde.

Nesse sentido, não se trata apenas de identificar a instituição mais capaz para decidir sobre a questão, mas de integrar e potencializar as diversas instituições encarregadas das diversas especificidades do problema, na medida de suas capacidades. Por isso a teoria do diálogo institucional pode justificar e explicar adequadamente o quadro vigente hoje na área da saúde. Inicialmente posto no âmbito da garantia do direito constitucional, conquistou espaço na fundamentação de decisões judiciais nas quais o Judiciário, em alguns casos, mostrou-se aberto (e necessitado) de contribuições dos órgãos técnicos envolvidos na esfera da saúde, que são as instâncias responsáveis pelos debates que implicam o conhecimento de protocolos científicos concernentes à ciência médica e farmacêutica. Desse modo, aquilo que parecia uma tendência no STF está se consolidando no plano jurídico, em que cada vez mais o Poder Judiciário reconhece a necessidade de diálogo com as demais instituições responsáveis pela efetivação da saúde.

O objetivo deste artigo consiste em demonstrar e/ou arranhar a complexidade do direito à saúde, como um direito social e subjetivo afiançável pela Constituição Cidadã e, por isso mesmo, podendo ser judicializável como direito indisponível, além disso, propor uma discussão sobre pressupostos a favor e contra essas judicializações, refletindo um pouco sobre as práticas adotadas pela administração da justiça, e indicar

que os procedimentos dialógicos começam a ser efetivamente empregados na tutela judicial do direito à saúde.

O trabalho conclui que o diálogo institucional não viola as competências dos poderes envolvidos, mas os (re)insere no sistema de freios e contrapesos em um nível não previsto por Montesquieu, concernente à interpretação da Constituição. Além disso, o diálogo institucional, ao estimular a participação dos representantes do povo nos debates constitucionais, aumenta o nível e a qualidade da democracia vivida no País. E, por fim, no sistema jurídico do Brasil, o diálogo colabora com o ideal do Estado de Direito ao permitir que as decisões sejam tomadas com a participação de todos os poderes e sociedade, com potencial, assim, para serem mais duradouras, resultando em maior segurança jurídica.

Assim, o diálogo institucional enriquece a qualidade argumentativa na democracia com a participação dos vários atores, além de otimizar a capacidade judiciária, já que, conforme Victor (2015), o processo deliberativo entre múltiplos atores na tomada de decisão se apresenta como um valor fundamental para conferir legitimidade às decisões tomadas.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Tatiana Freitas de. Judicialização do direito à saúde e o desafio da limitação orçamentária. **Jus.com.Br**. 2014. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/30113/judicializacao-do-direito-a-saude-e-o-desafio-da-limitacao-orcamentaria#_ftn42. Acesso em: 12 jul. 2019.

ARAGUAÍNA. Prefeitura municipal. **Secretaria de Saúde de Araguaína é destaque em pesquisa nacional**. 2014. Disponível em: <http://www.araguaina.to.gov.br/portal/paginas.php?p=not¬=noticias&id=390>. Acesso em: 28 jul. 2019.

ASENSI, Felipe; PINHEIRO, R. Judicialização da saúde e diálogo institucional: a experiência de Lages (SC). **Revista de Direito Sanitário**, v. 17, n. 2, p. 48-65, 2016. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v17i2p48-65>. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/122306>. Acesso em: 15 maio 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**:

seção 1, Brasília, DF, p. 18055, 20 set. 1990a. PL 3110/1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 15 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 25694, 31 dez. 1990b. PL 5995/1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm. Acesso em: 15 jul. 2019.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 5 maio 2000. PLP 18/1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 11 jan. 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. PGR destaca importância do diálogo entre os poderes em posse do presidente do Supremo. **JusBrasil**. [2014]. Disponível em: <https://mpf.jusbrasil.com.br/noticias/138671328/pgr-destaca-importancia-do-dialogo-entre-os-poderes-em-posse-do-presidente-do-supremo>. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Tocantins instala, em Palmas, terceiro núcleo de apoio técnico à saúde**. 2016. Disponível em: <http://cnj.jus.br/noticias/judiciario/83430-tocantins-instala-em-palmas-o-terceiro-nucleo-de-apoio-tecnico-a-saude>. Acesso em: 28 jul. 2019.

CARVALHO, Nara Moreira Ferrario de. A judicialização da saúde pública e os princípios orçamentários, no âmbito do STF. **Conteúdo Jurídico**. 2016. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46413/a-judicializacao-da-saude-publica-e-os-principios-orcamentarios-no-ambito-do-stf>. Acesso em: 12 jul. 2019.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **A saúde do brasileiro**. São Paulo: Moderna, 1992.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 4.

FARIAS, Rodrigo Nóbrega. **Direito à saúde & sua judicialização**. Curitiba: Juruá, 2018.

HUMENHUK, Hwerstton. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <http://jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4839>. Acesso em: 13 mar. 2019.

LEITE, Vanessa Gomes. **Saúde em Juízo: o excesso do judiciário e a escassez dos leitos de UTI no estado do Ceará**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O direito à saúde e sua efetividade: o debate democrático perante o Supremo Tribunal Federal. **Int. Públ.**, Rio Grande do Sul, ano 12, n. 64, p. 105-130, nov./dez. 2010. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/3517>. Acesso em: 19 nov. 2018.

MAZZA, Fábio Ferreira; MENDES, Áquilas Nogueira. Decisões judiciais e orçamento: um olhar sobre a saúde pública. **R. Dir. sanit.**, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 42-65, nov. 2013/ fev. 2014. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/75519/79077f>. Acesso em: 19 nov. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. Disponível em: <https://morumbidireito.files.wordpress.com/2016/04/direito-constitucional-descomplicado-14c2aa-edic3a7c3a3o-2015.pdf>. Acesso em: 17 maio 2019.

REIS, Kézia; PIRES, Luiz. Destaque nacional, atuação do Cemas/TO e Nat de Araguaína é apresentada ao presidente do TJTO. **Tribunal de Justiça do Tocantins**. 2015. Disponível em: <http://www.tjto.jus.br/index.php/listagem-noticias/3291-destaque-nacional-atuacao-do-cemas-e-nat-de-araguaina-e-apresentada-ao-presidente-do-tjto>. Acesso em: 28 jul. 2019.

RIOS, Thiago Meneses. **O conflito entre o princípio da separação dos poderes e a judicialização da saúde**. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25250/o-conflito-entre-o-principio-da-separacao-dos-poderes-e-a-judicializacao-da-saude>. Acesso em: 19 maio 2019.

SANTOS, Lenir. Direito à saúde e a responsabilidade do Estado: algumas aproximações. In: SANTOS, Lenir (org.). **Direito da Saúde no Brasil**. Campinas, SP: Saberes, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Processo**, v. 175, n. 34, p. 33-81, set. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição federal de 1988. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, ano 17, n. 67, p. 125-172, jul./set. 2008.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. A autopoiese do sistema sanitário. **Revista do Direito Sanitário**, v. 4, n. 1, mar. 2003.

SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. **Direito à Saúde**: ativismo judicial, políticas públicas e reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO; Daniel (org.). **Direitos sociais**: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599. Disponível em: http://www.teoriaedireito publico.com.br/pdf/2008-Judiciario_e_politicas_publicas.pdf. Acesso em: 30 jan. 2019.

SOUZA, Jorge Munhós de. **Diálogo Institucional e Direito à Saúde**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UERJ_1ce9c63c72dd60c723c2c9472b1461f3. Acesso em: 20 jan. 2019.

TASSINARI, Clarissa; LOPES, Ziel Ferreira. Os diálogos institucionais são o remédio para o ativismo judicial? **Revista Consultor Jurídico**. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-mai-19/diario-classe-dialogos-institucionais-sao-remedio-ativismo-judicial#_ftn1. Acesso em: 20 maio 2018.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade**: debate entre o STF e o Congresso Nacional. São Paulo: Saraiva, 2015.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **Relatório Mundial da Saúde**. Saúde mental: nova concepção, nova esperança. 2002. Disponível em: https://www.who.int/whr/2001/en/whr01_po.pdf. Acesso em: 19 abr. 2019.