



DARAH MARIANNE DE PAIVA SANTOS

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: AUMENTO PROGRESSIVO
DE PROCESSOS E INGERÊNCIA DA FUNÇÃO JURISDICIONAL
NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**LAVRAS-MG
2020**

DARAH MARIANNE DE PAIVA SANTOS

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: AUMENTO PROGRESSIVO DE PROCESSOS E
INGERÊNCIA DA FUNÇÃO JURISDICIONAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito, para a obtenção do título de Bacharel.

Prof^a. Dra. Fernanda Gomes e Souza Borges
Orientadora

**LAVRAS-MG
2020**

DARAH MARIANNE DE PAIVA SANTOS

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: AUMENTO PROGRESSIVO DE PROCESSOS E
INGERÊNCIA DA FUNÇÃO JURISDICIONAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**HEALTH JUDICIALIZATION: PROGRESSIVE INCREASE IN PROCESSES AND
INGERENCE OF THE JURISDICTIONAL FUNCTION IN PUBLIC ADMINISTRATION**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito, para a obtenção do título de Bacharel.

APROVADA em 19 de agosto de 2020.

Prof.^a. Dra. Fernanda Gomes e Souza Borges – UFLA

Prof.^a. Ms. Roberta Ferraço Scolforo – UFLA

Advogada Alexandra de Castro Borges Teodoro

Prof.^a. Dra. Fernanda Gomes e Souza Borges
Orientadora

**LAVRAS–MG
2020**

AGRADECIMENTOS

Meu primeiro agradecimento é, impreterivelmente, a Deus, por ser minha força e motivação diária, aquele que não aceita minha desistência e perpetua minha vontade de cumprir com meus deveres e responsabilidades. Agradeço também aos meus pais, Joana e Carlos, por possuírem uma confiança desmedida em mim, o que me obrigava a não frustrá-los, correspondendo às suas expectativas; à minha amada irmã, Dayse, que sempre acolheu minhas reclamações e me incentivou a superar os obstáculos, bem como, seguir adiante e também por me conceder um sobrinho tão amável, José Pedro, que consegue me trazer paz apenas com sua presença.

Agradeço imensamente à minha orientadora, Dra. Fernanda Gomes, por todas as críticas e sugestões, bem como seu empenho e excelência na orientação – foram esses os fatores responsáveis pela concretização desse trabalho. Não posso deixar de agradecer à Dra. Alexandra Teodoro, que me acolheu como estagiária na Procuradoria do Município e não só me ensinou a prática da profissão, mas também viabilizou a construção desse trabalho; então, meu agradecimento, também, à toda equipe da Procuradoria Municipal de Lavras, em especial à Dra. Patrícia Santos, Isabela, Júlia e Arthur – esse menino que não gostava de mim, mas foi obrigado a ser “meu” estagiário e descobriu que estava enganado.

Gostaria de agradecer também a todos os meus amigos que estiveram presentes nessa caminhada, alguns nomes se destacam: Sara, por estar o tempo todo ao meu lado, motivando os finais de semana de estudo, tornando os dias tristes melhores; Anne, que, mesmo de longe, é sempre minha companheira, me motiva e mostra que sou capaz. Tenho certeza de que posso considerá-las irmãs; Karine, pela paciência de aguentar minhas reclamações, por ler e corrigir onde achou necessário; Hellen, que também aguenta minhas queixas e me anima com seus melhores “memes”; e Letícia, uma das minhas maiores incentivadoras, que está sempre ali para falar “você é inteligente”, “você sempre capricha em tudo que faz”, “você consegue”. Vocês, de forma direta ou indireta, me ajudaram muito.

Sou grata, ainda, ao meu namorado, Gustavo, pela paciência de aguentar minhas crises de desespero.

E enfim, meu especial agradecimento à memória da minha amada irmã Dayanne, que de alguma forma sempre me concede forças e mostra que aguentar sua partida é o maior testemunho de que todos os problemas podem ser resolvidos.

“Tudo tem o seu tempo determinado, e há tempo para todo o propósito debaixo do céu. Há tempo de nascer, e tempo de morrer; tempo de plantar, e tempo de arrancar o que se plantou; Tempo de matar, e tempo de curar; tempo de derrubar, e tempo de edificar; Tempo de chorar, e tempo de rir; tempo de prantear, e tempo de dançar; Tempo de espalhar pedras, e tempo de ajuntar pedras; tempo de abraçar, e tempo de afastar-se de abraçar; Tempo de buscar, e tempo de perder; tempo de guardar, e tempo de lançar fora; Tempo de rasgar, e tempo de coser; tempo de estar calado, e tempo de falar; Tempo de amar, e tempo de odiar; tempo de guerra, e tempo de paz. Que proveito tem o trabalhador naquilo em que trabalha?”

(Eclesiastes 3:1-9)

RESUMO

O presente trabalho propõe-se à análise da saúde pública no Brasil sob o viés jurídico, a fim de avaliar como se dá a aplicação do direito social à saúde, bem como sua forma de conjuntura, limites e falhas. Assim, de forma sucinta buscou-se demonstrar o trâmite de formação e implementação da saúde pública no Brasil, hoje proporcionada pelo Sistema Único de Saúde, através do seu histórico de formação e também como o Estado Democrático de Direito no Brasil o influencia. Nesse diapasão, pretendeu-se a partir do estudo do histórico da saúde pública e sua forma de aplicação contemporânea, por intermédio de políticas públicas, identificar as possíveis causas da falta de eficácia, tendo em vista o número elevado de processos judiciais relacionados à saúde. Por conseguinte, buscou-se examinar o cenário em que a judicialização se constrói, analisando seu respaldo legal. Posto isso, passou-se à análise das judicializações afetas à saúde, e constatando que estas representam um elevado número no contexto atual, buscou-se identificar sua causa, consequências e também as principais ações judiciais já proferidas sobre o assunto. Assim sendo, verificando que hoje há uma ingerência considerável da função jurisdicional na conjuntura de aplicação do direito à saúde, analisou-se em que medida em que essa atuação não poderia ser tida como um ato de ativismo judicial, considerando que o fomento de políticas públicas, que é o meio pelo qual o direito à saúde é aplicado, constitui função executiva. Outrossim, tendo em vista a atualidade e relevância do tema, espera-se contribuir com a discussão sobre o assunto, possibilitando ainda a promoção de conteúdo para novos estudos.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Ativismo Judicial. Decisão. Função Jurisdicional. Políticas Públicas.

ABSTRACT

The present work proposes to analyze public health in Brazil through legal bias, with the objective to evaluate, how the social right to health is applied, as well as its form of conjuncture, limits and failures. Like this, succinctly sought demonstrate the pending of formation and implementation of public health in Brazil, today provided by the Unified Health System, through of your constitution history and also how the Democratic state of Brazil significant influence. In this sense, it was intended starting the study of the history of the health public, as well as its form contemporary of application, through public policies, identify possible causes the lack of effectiveness, in view of the high number of court lawsuits related health, therefore, sought examine the scenario in which judicialization is built, analyzing your legal backing, just like the democratic model that supports it. That said, passed away analysis of judicializations affect health and identifying that these represent a high number in the current context, sought identify its cause, consequences and also the main lawsuits already given on the subject. That said, checking that today there is considerable interference with the jurisdictional function in the context of the application of the right to health, analyzed to what extent this performance could not be seen as an act of judicial activism, considering that the promotion of public policies, which is the means by which the right to health is applied, constitutes an executive function. Also, in view of the actuality and relevance of the theme, expected contribute to the discussion on the subject, making possible the promotion of content for new studies.

Keywords: Right to Health. Judicial Activism. Decision. Jurisdictional Function. Public Policy.

LISTA DE SIGLAS

ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CAPs	Caixas de Aposentadoria e Pensões
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNS	Conselho Nacional de Saúde
CONITEC	Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS
FGV	Fundação Getúlio Vargas
IAPS	Institutos de Aposentadoria e Pensões
INPS	Instituto Nacional de Previdência Social
INSPER	Instituto de Pesquisa e Ensino
MESP	Ministério da Educação e da Saúde Pública
NATS	Núcleo de Avaliação de Tecnologia em Saúde
NATJUS	Núcleo de Apoio Técnico ao Judiciário
PCDT	Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas
RENAME	Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
STA	Suspensão de Tutela Antecipada
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
SUDS	Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde
SUS	Sistema Único de Saúde
TRF	Tribunal Regional Federal
UERJ	Universidade Estadual do Rio de Janeiro
UFLA	Universidade Federal de Lavras

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE.....	11
2.1	Conceito de saúde	11
2.2	Histórico.....	12
2.3	Forma federativa e o SUS	14
3	APLICAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	17
3.1	Política Pública como facilitadora.....	17
3.2	Conceito de política pública	18
3.3	Políticas públicas e a teoria da reserva do possível	11
4	JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA.....	22
4.1	Conceito de judicialização	22
4.2	Legitimidade de ação	24
4.3	Ameaça a separação de funções	25
5	JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....	30
5.1	Conceito	30
5.2	Principal causa	32
5.3	Impactos.....	35
5.4	Principais ações judiciais	38
5.4.1	Audiência Pública n.º 4/2009	38
5.4.2	Suspensão de Tutela Antecipada – STA 175	40
5.4.3	Recurso Especial 1.657.165	41
5.4.4	Recurso Extraordinário 657718	42
5.4.5	Recurso Extraordinário 566471	43
6	JUIZ NA INGERÊNCIA DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA: ANÁLISE SOBRE A ÓTICA DO ATIVISMO	45

6.1	Conceito de ativismo.....	45
6.2	Ativismo e judicialização.....	47
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	55

1 INTRODUÇÃO

Com o fulcro de analisar o elevado número de ações judiciais referentes à saúde, o presente trabalho buscou avaliar o contexto em que a saúde pública se encontra hodiernamente, com vistas a verificar as principais causas e consequências da judicialização da saúde.

Desse modo, foi realizado um estudo do histórico da saúde pública no Brasil, analisando-a desde a época colonial, podendo-se observar que quando a preocupação com a saúde adveio ela foi promovida a determinados grupos sociais, havendo uma segregação com as classes sociais inferiores e foi somente a partir de 1986 que houve de fato a preocupação com uma saúde pública eficaz e uniforme, sendo criado em 1987 o primeiro instituto que tratava da saúde.

Por conseguinte, com a promulgação da Constituição de 1988 foi criado o Sistema Único de Saúde que previa em suas diretrizes o atendimento descentralizado e integral e a participação social, foi somente a partir desse momento que a saúde pública de fato se tornou uma responsabilidade estatal, sendo consagrada pela Carta Magna como um direito social.

Ainda, consoante à diretriz do SUS que prevê um sistema descentralizado e também à forma federativa brasileira pode-se verificar que a autonomia dos entes federativos é também resguardada no que tange à saúde, ou seja, cada ente será responsável por sua federação.

Posto isso, considerando que a saúde é um direito abstrato de difícil concretização para que esta seja eficaz o Estado atualmente vale-se das políticas públicas para que estas possam promover a saúde de forma mais efetiva e democrática. Assim sendo, as políticas públicas atuam como facilitadoras, permitindo que direitos, não somente o da saúde, possam ser entregues à sociedade de forma isonômica, esquivando-se o Estado, então, de gerir um direito complexo de forma desamparada.

Desse modo, as políticas públicas surgem para auxiliar o Estado e garantir que os princípios e direitos constitucionais sejam resguardados e que os direitos sejam efetivados de forma democrática, observando o princípio da supremacia do interesse público, bem como a teoria da reserva do possível, esta prevendo que o Estado não é capaz de conceder tudo que lhe é dever, atentando-se aos recursos econômicos disponíveis, ou seja, deve ser fornecido um mínimo existencial dentro das possibilidades ofertadas.

Destarte, ante ao que foi exposto e tendo em vista a forma de concessão do direito à saúde, buscou-se estudar o elevado número de processos judiciais referentes à judicialização da saúde, para tanto, explorou-se seu respaldo legal e contexto fático, considerando que esta é

uma conquista do modelo do estado de bem estar social – *Welfare State* –, vez que esta permite que se leve à função jurisdicional falhas e lesões do Estado para com a sociedade. Ainda assim, verificou-se que uma ingerência demasiada do judiciário no fomento de políticas públicas pode causar uma confusão no que tange à separação de funções, vez que estas possuem competências constitucionais distintas.

Nesse sentido, no que se refere aos processos com pretensões fundadas no direito à saúde, a análise permeou o campo de causas e impactos das decisões proferidas nessa seara sendo possível verificar que há uma certa desproporcionalidade na distribuição de recursos para os entes e também que o impacto para os cofres públicos é claramente preocupante. Foram, inclusive, expostas algumas ações afetas à saúde que demonstram essa preocupação com o crescente número de processos judiciais concernentes à saúde, vez que nas decisões proferidas são fixados certo limites à atuação jurisdicional.

Por fim, passou-se a averiguar em qual medida a interferência do judiciário na aplicação do direito à saúde se revela como um ato de ativismo judicial, sabendo-se que o ativismo constitui uma postura discricionária do decisor, onde este irá se sobrepor às disposições legais. Entende-se que o simples ato de proferir uma decisão concedendo um medicamento ou procedimento médico não pode ser considerado ativista, não obstante, é necessário pontuar se o desconhecimento ou falta de consulta ao direito sanitário¹ e às diretrizes e protocolos do Sistema Único de Saúde – SUS, por parte da função jurisdicional, pode constituir um ato ativista.

Evidenciada a relevância de se tratar do tema, pretendeu-se nesse trabalho ratificá-la demonstrando que a precariedade de recursos estatais, bem como o desconhecimento dos procedimentos e direitos concernentes ao SUS vem tornando crescente o número de processos judiciais envolvendo à saúde.

¹ Ramo do direito que preocupa-se com a saúde pública, tendo o papel de controlador de bens, produtos e serviços de atividades que possam colocar em risco a saúde pública. É um conjunto de normas esparso e complexo, envolvendo normas federais, estaduais e municipais.

2 DIREITO CONSTITUCIONAL E SAÚDE

Neste capítulo será abordado como se instituiu o direito constitucional à saúde, ou seja, seu contexto de formação, histórico no ordenamento brasileiro e ainda conceitos que permitirão adentrar no assunto de forma mais concisa. Ademais, tendo em vista que a efetivação da saúde depende do dispêndio de recursos será traçada uma breve noção de como se dá a aplicação destes nas áreas atreladas à saúde pública. O capítulo terá como base principal o livro *Financiamento da Saúde Pública* de Ricart César Coelho dos Santos (2016).

2.1 Conceito de saúde

Primordialmente o conceito de saúde é tratado como o gozo das plenas condições físicas, ou seja, a ausência de qualquer tipo de enfermidade, contudo este é um conceito simples e insuficiente para os estudos que serão tratados a seguir.

Por conseguinte, será adotado aqui a conceituação de Ricart César (2016, p. 46), segundo ele a saúde “é resultado da harmonia existente entre o indivíduo e o seu entorno social, cultural e religioso”, ainda, o preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da saúde – OMS dispõe que “Saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de doenças ou enfermidades”. A priori, consoante o conceito trazido pela OMS, parece que a saúde é um estado que depende do indivíduo, contudo, conforme Ricart Santos, o estado de saúde dependerá do social, cultural e religioso, ou seja, vai além da esfera individual, o que acaba por encarregar o Estado, sendo este o “tutor da sociedade”, a fomentar o desenvolvimento de medidas que promovam uma saúde pública.

Desta feita, o ambiente onde o indivíduo se encontra influencia na sua saúde, assim, no tocante ao Estado este desempenha um papel fundamental na saúde social, devendo então, promover um ambiente adequado ao bem estar físico, mental e social. No Brasil, o texto Constitucional é claro ao conferir o dever de prestação de ações e serviços públicos de saúde ao poder público (SANTOS, 2016, p. 46), “Respeito, proteção e promoção do direito à saúde são de responsabilidade exclusiva do Estado, de todas as instituições e agentes”² (VIDAL; DI FABIO, 2017, p. 02, tradução nossa).

² No original: “El respeto, protección y promoción del derecho a la salud son una responsabilidad exclusiva del Estado, del conjunto de instituciones y agentes” (VIDAL, DI FABIO, 2017, p. 02).

O Direito a saúde, então, engloba o dever do Estado de fornecer aos indivíduos, de forma coletiva condições de sustentação do bem estar, principalmente no quesito biológico e mental, o que o insere no rol de direitos sociais, para José Afonso da Silva esses direitos são:

prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (SILVA, 2016, p. 188-189).

Assim sendo, são direitos que exigem que Estado garanta da melhor forma possível as necessidades sociais, garantindo o bem estar social, outrossim, eles podem ser implementados pela prestação de serviço público, incentivos institucionais e políticas públicas, como é o caso da saúde.

2.2 Histórico

Em tempos remotos, na era de Brasil colônia, não havia qualquer preocupação com a saúde pública por parte de Coroa portuguesa, ainda o fato da ausência de conhecimentos medicinais dificultava a situação, foi somente no século XIX, ante as transformações políticas e econômicas do país houve o advento de práticas medicinais. Na época da Primeira República o movimento da Reforma Sanitária se desenvolveu, e em 1920, houve a criação do Departamento Nacional de Saúde Pública – DNSP. Foi nessa época que foram traçadas diretrizes para o nascimento de um Sistema Nacional de Saúde.

Contudo o reconhecimento da saúde como política pública ocorreu em 1923, a partir da Lei Elói Chaves, assim as Caixas de Aposentadoria e Pensões – CAPs além de garantir aposentadorias e pensões, garantia também socorros médicos. Mas este era um sistema restrito a grandes empresas, fornecendo cobertura, apenas, aos empregados e familiares.

Seguindo a linha temporal, o Governo Vargas, na década de 1930, trouxe novos impactos à saúde. As CAPs foram absorvidas e substituídas pelos Institutos de Aposentadoria e Pensões – IAPs, estas, por sua vez, abrangiam categorias profissionais.

Ademais, outro fato relevante ocorrido durante este período fora a criação do Ministério da Educação e da Saúde Pública – MESP, através do Decreto nº 19.402/1930. Assim, havia um sistema dúplice de saúde, onde um servia àqueles com vínculo de emprego e

seus familiares, estes eram atendidos pelos IAPs; e outro atendia os demais indivíduos, através do MESP.

A criação do Ministério da Saúde ocorreu em 1953, já findada a era Vargas. Ainda, no final de 1963 foi ponto de discussão, na 3ª Conferência Nacional de Saúde – CNS, a responsabilização de cada ente federativo, bem como a inserção dos serviços de saúde na esfera municipal.

No período ditatorial militar também houveram modificações na saúde, onde foi sobreposta a unificação dos IAPs no Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, em 1966. Foram concentradas as contribuições previdenciárias, aposentadorias, pensões e assistência médica dos trabalhadores urbanos formais, logo os informais, bem como os rurais estavam excluídos.

Por fim, com o final da era ditatorial aconteceu a 8ª Conferência Nacional de Saúde, ocorrida em 1986 em Brasília, onde foi marcado o movimento de democratização da saúde e foram lançados princípios da reforma sanitária.

Em 1987, anteriormente a promulgação da Constituição de 1988 houve a criação do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde – SUDS, os seus princípios básicos eram a universalidade, equidade, descentralização, regionalização, hierarquização e a participação comunitária, conforme pode-se observar alguns deles foram adotados pelo atual SUS.

A criação do atual Sistema Único de Saúde é resultado de uma das propostas apresentadas na Assembleia Nacional Constituinte e a Constituição Federal de 1988 – CF/88 trouxe a saúde como um direito social. O caput do artigo 6º do texto constitucional pondera que: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Ainda, no artigo 194 a Constituição trata a saúde como integrante da seguridade social, de forma conjunta com a previdência e assistência social: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

O artigo 196 também ira dispor sobre a saúde, sendo esta “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”.

As ações e serviços de saúde são considerados de relevância pública, consoante disposto no artigo 197 da Carta Magna, desta feita, o poder público deverá regulamentar, fiscalizar e controlar suas ações. A regulamentação será realizada mediante leis complementares, ordinárias, decretos, instruções normativas, etc. A fiscalização e controle são exercidos nos ditames da CF/88, assim através dos aspectos aduzidos pelo artigo 70, pelos órgão de controle interno e externo através da função legislativa, com a ajuda do Tribunal de Contas.

O SUS como uma instituição esta previsto no artigo 198 da Carta Magna, onde são traçadas suas diretrizes, *in verbis*:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
III - participação da comunidade. (BRASIL, 1998).

Ademais, o SUS não é um órgão dotado de personalidade jurídica própria, ou seja, ela não pode ser titular de propriedades, ou figurar no polo passivo de ações.

2.3 Forma federativa e o SUS

Para tratar do federalismo, iniciemos a discussão com um conceito do mesmo, utilizaremos o proferido por Fernando Abrucio, doutor em Ciência Política pela USP e Cibele Franzese, bacharel em Direito Pela USP; para ambos o federalismo

é uma forma de organização político-territorial baseada no compartilhamento tanto da legitimidade como das decisões coletivas entre mais de um nível de governo. Distingue-se, assim, do modelo clássico de nação, o chamado Estado unitário. Neste último, o Governo Central é anterior e superior às instâncias subnacionais, e as relações de poder obedecem a uma lógica hierárquica e piramidal. A essência da definição de federalismo aparece na própria constituição da palavra, derivada do latim *foedus*, que significa pacto (ELAZAR, 1987). Trata-se de um acordo capaz de estabelecer um compartilhamento da soberania territorial, fazendo com que coexistam, dentro de uma mesma nação, diferentes entes autônomos e cujas relações são mais contratuais do que hierárquicas. O objetivo é compatibilizar o princípio de autonomia com o de interdependência entre as partes, resultando numa divisão de funções e poderes entre os níveis de governo (ABRUCIO; FRANZESE, 2007, p. 2).

A organização do sistema político federativo brasileiro se dá por três esferas de governo – União, Estados e Municípios –, todas consideradas pela Constituição Federal como entes dotados de autonomia administrativa e ausente de vinculação hierárquica.

Tendo em vista que esta é a forma de estado adotada pelo Brasil faz-se necessário pontuar as implicações dessa forma na Saúde Pública. Inicialmente é necessário lembrar que a Constituição prevê o caráter descentralizado do SUS – característica do federalismo –, isto é, é conferido a todos os estes federativos poderes decisórios, consoante respalda o conceito supra mencionado.

A própria Constituição Federal pondera que a saúde será exercida de forma descentralizada, assim os entes federativos detém autonomia nos limites de suas competências para legislar. Essa autonomia auxilia na convivência das características diversas das populações, e ainda perpetua o estado democrático, evitando a formação de governos totalitários.

Ademais, essa partilha de poder auxilia os próprios cidadãos, vez que estes podem reivindicar melhorias aos governantes mais próximos, lembrando que o Brasil é um país continental.

A competência concorrente dos entes de tutelar a saúde encontra-se expressa no artigo 23 do Texto Constitucional, não obstante a Lei Orgânica de Saúde, Lei nº 8.080/1990, determina o que cabe a cada ente dentro do SUS. Ante o exposto:

A política pública de saúde [...] é executada de forma conjunta por todos os entes federativos. Há uma verdadeira interdependência das esferas federal, estadual e municipal. Daí a necessidade de todos agirem de forma coordenada e harmônica entre si, para que se evitem conflitos entre os entes. (SANTOS, 2016, p. 86).

Assim, deve-se aferir que em que pese o SUS tenha caráter de atendimento universal, face à descentralização do governo e a divisão de tarefas entre os entes federativos essa modalidade de saúde pública ainda não se mostra totalmente eficaz, isso porque a Constituição atribui o dever solidário entre os entes federativos, ou seja, todos, do mesmo modo devem prestar assistência no âmbito da saúde para a população. Entretanto, ocorre que a distribuição de verbas não é feita da mesma forma para todos os entes, recebendo uns mais que os outros, o que impossibilita que a prestação desse serviço seja de forma similar. Essa diferença de percepção de verbas por região é bem explicada por José Ribeiro Marcelo Moreira,

[...] o êxito do federalismo depende da combinação entre a autonomia (autodeterminação dos entes federados) e a cooperação (resolver conflitos

cotidianos de natureza vertical e horizontal). Porém, a avaliação realizada por ele do caso brasileiro sobre a autonomia fiscal vigente nos estados mostrou um forte predomínio das regiões Sudeste e Sul sobre as regiões Norte e Nordeste, e um mosaico no Centro-Oeste, porém, inferior ao observado para as regiões de melhor desempenho. Esse quadro contribuiu para reforçar as desigualdades regionais que tradicionalmente marcam o País.

Entre essas desigualdades regionais, o setor saúde é um daqueles em que esse processo de fragmentação política e a competição federativa mais se evidenciam. Há um certo consenso entre os autores nacionais em torno das possíveis vantagens da municipalização, da descentralização e da regionalização como boa política. Porém, as evidências de sucessos nessa agenda são frágeis, e diversos autores concentram suas análises em atribuir as causas das restrições do federalismo cooperativo a fatores externos ao sistema.

A literatura especializada em políticas de saúde é bastante coesa em clamar pelas vantagens de sistemas descentralizados, embora essa convergência se desfaça quando se trata de demonstrar as reais características cooperativas do federalismo no setor. (RIBEIRO; MOREIRA, 2016, p. 20).

Outrossim, um marco legal de suma importância no setor da saúde e que afetou a forma de investimento de cada ente foi a promulgação da Emenda Constitucional – EC 29/2000, anteriormente a sua implementação a União era responsável por arcar com 60% aproximadamente na saúde pública. Após a emenda, a participação da União foi reduzida, passando para 44,7% em 2011. Para aos Estados, a participação foi de 18,5% a 25,7% e dos municípios foi de 21,7% para 29,6%, durante o mesmo período.

Desta feita, houve uma redução de investimento por parte da União e aumento dos Estados e Municípios o que reflete uma “falta de exigência constitucional”, deixando que a União se acomode no dever de custear a saúde pública (SANTOS, 2016, p. 105). Ademais, através da EC 86/2015 a União foi “blindada” de qualquer meio de aumentar seus gastos no setor da saúde e como última forma de bloquear a ampliação na participação do custeio da saúde, hoje a União responde pelo nome de Desvinculação de Receita – DRU.

Podemos observar, então, os diversos esforços do poder público, em especial, federal para diminuir os gastos no setor da saúde. Assim, há um evidente desequilíbrio na federação, vez que os Estados e Municípios são os maiores encarregados, logo mostra-se necessário que esse encargo seja melhor distribuído, para que cada ente suporte um peso proporcional a seus recursos.

3 APLICAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Tendo em vista que o direito à saúde é algo abstrato, não podendo ser entregue em forma de “coisa” e que, também, deve ser fornecido de forma coletiva, a fim de viabilizar o fornecimento desse direito o ente público trabalha no fomento de políticas públicas com o fito de fornecer o serviço público de forma ampla e democrática.

Por sorte, conforme já explicitado, sendo a saúde um direito social o Estado tem o dever de fornecê-lo podendo ele se valer da melhor forma de concretizá-lo, fazendo uso de serviços públicos, implemento de políticas públicas, entre outros meios.

No caso em tela, a opção do Estado foi desenvolver uma política pública de saúde, qual seja: o Sistema Único de Saúde – SUS, conforme tratado no capítulo anterior, neste trataremos a forma como as políticas se desenvolvem, bem como atuam como facilitadoras do exercício público.

3.1 Política pública como facilitadora

Consoante ao brevemente exposto pode-se compreender que a política pública é criada a fim de viabilizar o fornecimento de serviços públicos, não somente serviços na área de saúde, mas educação, lazer, etc. Em vista disso, de acordo com Danilo Andrade (2019), o principal contexto que contribui para formulação de políticas públicas é a prática governamental centralizada e pouco transparente. Assim, com o propósito de alcançar resultados positivos em diversas áreas governamentais, os gestores públicos lançam mão das políticas públicas. Essas políticas públicas têm como desígnio alcançar o bem-estar social, com ações atreladas à saúde, educação, meio-ambiente, assistência social, lazer, segurança, entre outras, isto é, busca-se zelar pela qualidade de vida.

Sucessivamente, compreende-se que as políticas constituem um panorama de programas, ações e decisões governamentais que perseguem, com o auxílio de entes públicos e privados, a manutenção do direito à cidadania para os diversos grupos sociais, ou até mesmo para determinado grupo social, cultural, étnico ou econômico, de forma mais restrita, em suma, visa-se garantir direitos resguardados pela Constituição Federal (BRASIL, 1988).

De forma objetiva, as políticas públicas são ações do poder público que objetivam um foco específico, isto é, constituem um conjunto de diretrizes onde serão estabelecidas relações entre o Estado e a sociedade permeando a aplicação de recursos públicos a fim de atender determinada demanda social, ou determinado grupo social.

Partindo, então, da premissa que a política pública trata-se de ação governamental, se extrai que está será o campo que pretende colocar o governo em ação, busca-se um bem geral, com enfoque principal na efetivação dos direitos sociais, nos dizeres de Alexandre de Moraes:

São direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. (MORAES, 2016, p. 202).

Ante o exposto, pode-se concluir que os direitos sociais, sob o espectro constitucional são direitos que tem como finalidade a melhoria das condições sociais e eles podem ser ofertados à sociedade por intermédio das políticas públicas, facilitando o dever do Estado e tornando-o mais eficaz.

Por derradeiro, “a efetivação do direito à saúde depende de uma série de decisões que precisam ser tomadas no sentido de construir uma política pública para atender ao constitucionalmente previsto” (GRINOVER; SICA, 2014, p. 08).

3.2 Conceito de política pública

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, as políticas públicas são:

diretrizes, estratégias, prioridades e ações que constituem as metas perseguidas pelos órgãos públicos, em resposta às demandas políticas, sociais e econômicas e para atender aos anseios das coletividades. Nesse conceito tem-se que diretrizes são os pontos básicos dos quais se originara a atuação dos órgãos; estratégias correspondem ao *modus facendi*, isto é, aos meios mais convenientes e adequados para a consecução das metas obtidas mediante processo de opção ou escolha, cuja execução antecederá à exigida para outros objetivos; e ações constituem a efetiva atuação dos órgãos públicos para alcançar seus fins; As metas constituem os objetivos a serem alcançados: decorrem na verdade, das propostas que nortearam a fixação das diretrizes. (CARVALHO FILHO, 2006, p. 34).

Destarte, consoante Danilo Andrade, o conceito de política pública pode abarcar dois sentidos diferentes, sendo o primeiro político, onde a política pública é tratada como um processo de decisão, há um conflito de interesses natural e por intermédio das políticas o governo decide atuar ou não. O segundo sentido atrela-se ao ponto de vista administrativo, onde as políticas serão um conjunto de projetos, programas e atividades realizadas pelo governo (ANDRADE, 2019).

Assim, a partir do conceito de política pública, resta cristalina a ideia de que o conceito de público, hoje, vai além apenas da gestão governamental, abarcando a esfera do interesse público que transpassa o interesse do Estado e da iniciativa privada, logo, é o princípio do interesse público que deve prevalecer, principalmente, no momento de implementação de políticas públicas.

Outrora, as políticas públicas representam em seu trâmite de formação uma forma de atuação do poder político, onde haverá distribuição e redistribuição do poder. É necessário destacar que existem fatores essenciais para a implementação de políticas, tais como: o conflito social nos processos de decisão e a distribuição de custos e benefícios sociais.

Observa-se, ainda, que as relações sociais apresentam diversidade de atores com interesses conflitantes, por isso há a necessidade de mediar essas relações para que se possa alcançar um consenso e, a partir daí, as políticas públicas podem ser legitimadas e alcançar eficácia.

Por fim, considerando que as políticas públicas são programas de governo que têm como escopo a solução de conflitos ou atenuação de diferenças sociais, resta evidente o entendimento de que sua criação depende de todo um estudo, realizado por gestores públicos, para avaliar a real necessidade de implementação, bem como a disponibilidade de recurso governamental para aplicação. Deve-se, então, associar e resguardar o princípio da supremacia do interesse público, bem como a teoria da reserva do possível, isso porque tais princípios, de forma conjunta visam atender o bem estar social nos limites dos recursos públicos disponíveis.

3.3 Políticas públicas e a teoria da reserva do possível

A prática de quaisquer atividades estatais depende do emprego de recursos e será o orçamento público que cuidará desse assunto, assim sendo é por intermédio dele que o poder público analisa suas receitas e fixa despesas. Por conseguinte, toda atividade estatal importará em reflexos na ordem financeira, devendo os orçamentos serem devidamente estudados pelos gestores estatais.

Considerando o atual cenário do país, atentando-se à escassez de recursos, resta claro que o Estado não possui condições de atender de forma plena todos os anseios sociais, devendo no momento de aplicar as políticas públicas atentar-se ao binômio necessidade/possibilidade, e sendo o desatendimento de algumas necessidades justificado pela

teoria da reserva do possível, o que significa que o poder público não pode ir além dos recursos que dispõe para concretização de suas atividades.

Ainda, o responsável por fixar o montante que será destinado às ações públicas é o legislador e não o gestor, nesse sentido Liberati defende o segundo posicionamento:

[...] no sentido de que ao estado somente poderia ser exigida a execução dos direitos sociais, se tivesse efetiva capacidade financeira para isso. Todavia, não é o Estado que fixa o montante de recursos disponíveis para a concretização das ações. Tal dever compete ao legislador, que ajusta o orçamento pretendido pelo Estado, configurando uma reserva constitucional da efetiva capacidade de prestação do Estado [...]. (LIBERATI, 2013, p. 119).

Por conseguinte, a teoria da reserva possível refere-se a este valor legalmente assegurado para os investimentos nas mais diversas áreas de atuação, não é o poder público que determina os valores a serem investidos, mas sim o texto legal.

Dessa forma, essa teoria consiste em assegurar que o Estado atue de forma a não prejudicar a prestação dos serviços públicos em sua totalidade, garantindo um mínimo existencial para toda coletividade, pode-se tomar como exemplo a construção de um hospital público, esta poderá ser balizada se for ultrapassar os recursos disponíveis, ou seja, a atuação pública não tem o dever de realizar todas as demandas existentes se estas foram ensejar em prejuízos à ordem econômica como um todo.

Consoante Luís Antônio,

Não se pode descartar que a reserva do possível seja fruto de uma situação fática, de escassez de recursos. A questão é o quanto a escassez de recursos pode vir a influir na garantia dos direitos fundamentais, ainda mais nos sociais, que dependem de prestações positivas por parte do Estado. Ao encontro do pensamento de Holmes e Sunstein, não se pode esquecer que toda e qualquer prestação do Estado depende de recursos. Ademais, a própria atividade arrecadatória depende da existência de recursos, sem os quais não poderá o Estado auferir recursos para a consecução das atividades.¹⁸³ Sem recursos financeiros não existirão direitos fundamentais de qualquer tipo, dimensão ou outra classificação que possa existir. Por esses motivos, existe a discussão sobre a ponderação¹⁸⁴ entre os recursos e os direitos, sobre a aceitação do argumento sobre o mínimo existencial. E considerados esses motivos, torna-se importante avaliar o impacto do ativismo judicial nas políticas públicas quando está em questão a reserva do possível. (CALÇADA, 2018, p.157-158).

Logo, a concretização dos direitos fundamentais, principalmente os sociais está submetida às possibilidades econômicas dos cofres públicos, e uma vez que os recursos são escassos resta evidente que eles não estão disponíveis para suprir as demandas sociais em sua totalidade. Assim, é necessário determinar as políticas públicas a serem implantadas, tendo

como base a teoria da reserva do possível, logo, não é razoável que se exija do ente estatal o impossível (SAKAI; SELOW, 2015).

Não obstante, sobre esse assunto a reserva do possível possui dois lados, sendo que um se refere à técnica e outra ao financeiro. O primeiro consiste na demonstração científica do fármaco solicitado, onde pode-se evidenciar uma alternativa técnica duvidosa que pode inviabilizar a ação. A segunda atrela-se à disponibilidade dos recursos e como estes devem ser gerenciados para viabilizar a promoção da política pública, bem como a distribuição do serviço de saúde. De forma sucinta, o orçamento público é incapaz de arcar com os planejamos já previstos, bem como com as demandas judiciais, imediatamente exige-se sua limitação, vez que o direito à saúde é coletivo e deve ser preservado (COSTA; SILVA; OGATA, 2020).

4 JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA

Neste capítulo serão delineados estudos acerca da judicialização de políticas públicas, isso porque, tendo em vista que as mesmas são fruto de uma atividade governamental é necessário identificar como se dá a inserção destas na seara judiciária. Por isso, é fundamental analisar o que pode vir a incidir na necessidade de levar ao judiciário demandas sociais que já deveriam estar à disposição.

4.1 Conceito de judicialização

De maneira clara e simples, o que se entende por judicialização é a transposição para o judiciário de alguma questão litigiosa que não tem resultado aparente fora dessa esfera. Será utilizado aqui o conceito do assessor jurídico do Ministério Público de Contas da Bahia Frederico Magalhães Costa, em seus termos:

A judicialização da política refere-se à transferência de questões tradicionalmente deixadas aos poderes representativos para o Poder Judiciário. Ou seja, sem que o Judiciário assim deseje, por imposição constitucional, tais matérias acabam por passar a lhe dizer respeito. Esse conceito encontra suas justificativas também nas exigências de efetividade dos direitos sociais que, no Brasil, tem relação direta com a força normativa extraída da Constituição de 1988. (DIAS, 2015, p. 3).

Assim, o que ocorre é uma transferência de atribuições das funções legislativa e executiva para o judiciário. Necessário aqui realizar uma breve nota acerca da teoria da separação de funções, isso porque, consoante Ronaldo Brêtas o poder do estado é uno, não podendo ser dividido, o que na realidade ocorre é uma repartição de funções, nas palavras do ex Ministro Eros Grau, em seu voto no agravo regimental 2.944, “o poder é uno e, quando ele se divide, deixa de ser poder”.

Assim cada função se responsabiliza por determinadas tarefas, no caso em tela, resta à função jurisdicional a resolução de litígios e a judicialização de políticas públicas é um deles, sendo que esta pode ser compreendida como controle de constitucionalidade de política pública. Ademais, ainda em conformidade com Brêtas a prestação jurisdicional é tida como um direito fundamental dentro do processo constitucional, ele defende que

[...] no Estado Democrático de Direito, a jurisdição é direito fundamental das pessoas naturais e jurídicas, sejam estas de direito público ou de direito privado, porque positivado ou expresso no texto da Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, inciso XXXV). Exatamente por isso, se é direito fundamental do povo, em contrapartida, é atividade-dever do Estado, prestada pelos seus órgãos competentes, indicados no texto da própria

Constituição , somente possível de ser exercida sob petição daquele que a invoca (direito de ação) e mediante indispensável garantia fundamental do devido processo constitucional (artigo 5º, incisos LIII, LIV e LV). (DIAS, 2018, p. 92).

Logo, sob a perspectiva do garantismo processual entende-se que a judicialização constitui um direito constitucional da sociedade de intervir contra o poder estatal quando este for contra à vontade e direitos da comunidade. “O garantismo reforça a importância do devido processo legal – da categoria fundamental processo, portanto – como legitimador do produto da tutela jurisdicional” (RAMOS, 2009, p. 14). Ou seja, o garantismo irá atuar como mantenedor da devida prestação jurisdicional, evitando que arbitrariedades ou lesões possam ser consubstanciadas.

Não obstante, o garantismo não só irá zelar pelo direito do cidadão de ir a juízo, mas também pelos limites a serem perseguidos pelos órgãos julgadores, vez que estes deverão atuar dentro de seus limites constitucionais, prevenindo que o decisionismo seja implantando, bem como a discricionariedade.

Por sua vez, a judicialização, como direito, tem seu respaldo inserto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, cujo dispõe que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Desta feita, compreende-se que judicializar significa levar a juízo causas de lesão, ou ameaça de lesão direitos que devam ser assegurados.

Ainda, consoante Luís Roberto Barroso,

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. (BARROSO, 2012, p. 24).

Assim, compreende-se que judicializar simboliza a transferência para à função jurisdicional de demandas atípicas, uma vez que elas já deveriam estar sendo concedidas de forma espontânea pelo Estado. Consoante Glauco Gumerato Ramos,

O processo judicial é a grande e máxima garantia que a Constituição estabelece para a defesa dos direitos individuais desrespeitados por qualquer pessoa – a começar pela própria liberdade – e, mais particularmente, pela própria autoridade, com a qual o indivíduo só pode se igualar juridicamente através do processo, já que ali há terceiros que lhe conferem um trato absolutamente igualitário a partir de sua própria imparcialidade. Por isso o

nome de garantista ou libertária (aqui, em oposição a totalitária). (RAMOS, 2019, p. 52).

Assim, essa possibilidade de judicializar constitui uma conquista do estado democrático de direito, garantindo que os direitos constitucionais sejam resguardados, conquista esta que se deu principalmente com o advento do Estado de Bem-Estar Social – *Welfare State* – no século XIX. Como consequência desse novo modelo de estado, consoante Lenio Streck (2009) o novo texto constitucional veio para superar o antigo modelo de direito e Estado, e publicizou espaços que antes eram reservados a interesses privados. Assim o direito seria um transformador de realidade, aumentando o foco de tensão sobre a jurisdição constitucional, que seria a garantia dos direitos fundamentais e simultaneamente da democracia no Estado Democrático de Direito.

Logo, judicializar é uma prerrogativa que assegura à sociedade a possibilidade de levar a juízo direitos que não estão sendo devidamente assegurados por parte do Estado.

4.2 Legitimidade de ação

Consoante o que já fora mencionado, o SUS não é um ente dotado de personalidade jurídica, por isso este não pode ser levado a juízo por quaisquer demandas, desta feita, em caso de alguma ação contra algum ato do SUS quem responderá serão os entes federados, isso porque, eles são os responsáveis pelas diligências atreladas ao SUS, tais como, manutenção financeira, organização, entre outras.

Dessa forma, em caso de negligência com o direito a saúde a ser fornecido, o interessado deverá ajuizar a ação em face de algum dos entes, de acordo com a competência de cada um, ou até em mesmo em face de todos, haja vista a responsabilidade solidária. Ou seja, a legitimidade passiva em caso de ações da saúde é do Estado, sendo quaisquer dos entes legítimos a ocupar o polo passivo da relação processual.

Outrora, no que concerne à legitimidade ativa dessas ações, podem promovê-las qualquer cidadão que tenha o seu direito à saúde lesado, isto é, a negativa de algum procedimento médico ou fornecimento de algum medicamento ou insumo, pois ainda que não seja um procedimento ou medicamento fornecido do SUS insertos nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT³, que são os protocolos fornecidos pelo SUS, como é dever

³ Os PCDT são elaborados por um consenso técnico científico e são formulados dentro de um processo rigoroso, observando parâmetros de qualidade e precisão.

do Estado garantir a saúde, este pode ser compelido ao fornecimento de pedidos que extrapolem sua esfera de atuação.

Esse dever é ratificado pelo Enunciado nº 4 aprovado na 1ª Jornada de Saúde do CNJ:

Enunciado nº 4 - Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêutica, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, III, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, do fármaco não protocolizado. (CNJ, 2014).

4.3 Ameaça à separação de funções

Ante o exposto, entende-se que a judicialização consiste no fato do judiciário poder intervir e julgar questões de cunho social, na referida modalidade de transferência de funções, realizando um controle constitucional de política pública. Contudo, faz-se vital mencionar que uma das bases do Estado Democrático de Direito é a separação de funções, ainda que o poder do Estado seja uno, essa separação garante a prevenção de um Estado autoritário.

Essa separação refere-se a algo superior a somente a organização do Estado, esta constitui-se também como uma garantia político-institucional, voltada à proteção da sociedade contra arbitrariedades do poder público (ANDRADE; SILVA; SAEGGER, 2015).

Ademais, as funções supramencionadas recebem funções originárias, que são as atribuições típicas definidas em razão da natureza política de cada uma das funções, contudo, estas recebem outras atribuições, pertencentes a outras funções, associadas ao seu escopo, contudo essenciais à manutenção da harmonia e independência entre os poderes, são as denominadas funções atípicas, cujas irão compor o sistema de “freios e contrapesos”.

Consoante Ronaldo Brêtas:

Como já definido em doutrina secular, três são as funções jurídicas essenciais ou fundamentais do Estado, a legislativa, a governamental ou administrativa e a jurisdicional, todas exercidas por intermédio de órgãos criados pela estruturação jurídico constitucional e nos limites das normas que compõe a ordem jurídica instituída.

Em linhas gerais, acerca das referidas funções e sob o pálio de boa doutrina, entendemos juridicamente possível a enumeração das seguintes ideias básicas:

- a) a função legislativa consiste na edição de normas obrigatórias de caráter geral e abstrato, as quais compõe o ordenamento jurídico vigente, criando o Estado, assim, o direito positivo, com o objetivo de disciplinar as suas próprias atividades e as condutas de pessoas na vida em sociedade;
- b) a função governamental, administrativa ou executiva compreende todas as manifestações concretas das diversas atividades desenvolvidas pelo Estado que visem à concretização dos interesses e negócios públicos

correspondentes às necessidades coletivas prescritas no ordenamento jurídico vigente;

c) a função jurisdicional permite ao Estado, quando provocado, pronunciar o direito de forma imperativa e em posição imparcial, tendo por base um processo legal e previamente organizado, segundo o ordenamento jurídico constituído pelas normas constitucionais e infraconstitucionais que o Estado edita, nas situações concretas da vida social em que essas normas são descumpridas. (DIAS, 2018, p. 27-28).

Não é raro que haja a interferência de uma função nas atribuições de outra, contudo esta não pode acontecer de forma discricionária e ilimitada, o que as funções podem é de forma comedida auxiliar na melhor manutenção do estado, garantido o bem estar social. Deste modo, não pode existir uma interferência discricionária da função jurisdicional nas atribuições que não lhe compete, principalmente no que tange a implementação/efetivação de políticas públicas, uma vez que exige-se um estudo prévio, por parte dos gestores, para que elas sejam aplicadas, respeitando binômio necessidade e possibilidade. (SILVA; ANDRADE; SAEGER, 2015).

Consoante Erick Miranda, Tabira de Souza e Márcia Medeiros,

Em relação às políticas públicas, sua elaboração, implantação e execução são atividades inegavelmente ligadas às funções típicas do Poder Executivo e do Poder Legislativo, haja vista a forte influência política que permeia as respectivas ações e programas. Ao Legislativo, como poder representante do povo, cabe receber as demandas sociais (necessidades coletivas), sintetizá-las, e consubstanciá-las em leis, dando origem a direitos públicos subjetivos, cuja titularidade pertence, justamente, a toda sociedade. Já ao Poder Executivo, detentor da função precípua de administrar e gerir a “coisa pública”, compete, tomando como fundamento e orientação as leis elaboradas pelo Parlamento, efetivar, em sentido material, os direitos nelas previstos. (SILVA; ANDRADE; SAEGER, 2015, p. 83).

Desse modo, sendo legítimas as funções executivas e legislativas para promoção de políticas públicas, em derivação do contexto político que as engloba, constitui-se o paradigma da não ingerência da função jurisdicional na efetivação de tais direitos. Assim, não poderia o judiciário, desconhecendo dos recursos públicos disponíveis, bem como das necessidades sociais indicar qual a política pública que deveria ser desenvolvida (SILVA; ANDRADE; SAEGER, 2015).

O que pretende-se pontuar não é que a função judiciária se afaste totalmente das decisões concernentes à saúde, mas que esta observe-se parâmetros que possam guiar na tomada de decisões, um ponto importante que às vezes é negligenciado é a decisão com fulcro na medicina baseada em evidências, ou seja, analisar se o que está sendo requisitado é o mais

adequado para o caso, ela é realizada com base em estudos complexos e ensaios químicos, ou seja, são altamente qualificadas para embasar decisões.

[...] a medicina baseada em evidência seria usar, servir-se, conscientemente, da melhor evidência atual para a tomada de decisões sobre o cuidado do paciente, seria traduzido em: a) usar tratamentos mais efetivos e menos danosos; b) substituir tratamentos; c) estabelecer padrões metodológicos; d) avaliar tecnologias em saúde; e) fomentar profissionais a manter a prática; e f) estimular o aumento de qualidade. (TAVARES, 2019, p. 181).

Outro ponto que merece ser considerado é que a judicialização acaba favorecendo quem possui mais condições financeiras e culturais, vez que não são todos que a conhecem. Assim, caso o decisor determine, por exemplo, que um órgão deva ser fornecido ao autor da demanda, uma das pessoas que estava na fila ficará sem o mesmo, podendo esta, inclusive, estar em situação pior de saúde, logo, como ela não solicitou pela via judicial pode vir a óbito em detrimento daquela que requisitou.

Um exemplo evidente e atual pode ser observado no cenário da pandemia do Covid-19, isso porque, existem demandas de requisição de respiradores e outros insumos necessários a manutenção de pacientes infectados, assim, na análise do caso concreto, ao determinar que um hospital priorize aquele que solicitou pela via judicial, devido ao relato apresentando pelo autor, bem como a situação de sensibilidade, algum outro contaminado poderá morrer em detrimento dele. Ou seja, o que se pretende ponderar é que o judiciário ainda não é detentor de conhecimento suficiente para fornecer todo e aquele procedimento, medicamento ou insumo requisitado. Sendo que a fixação de distribuição desses serviços perpassa pela instituição da função legislativa que contará com a executiva para a promoção e execução do que dispõe o texto legal, mas recordando que os recursos públicos são muito escassos e dependem de um estudo criterioso dos gestores.

Por conseguinte, na seara de política pública, a judicialização acaba por significar a transferência de decisões, tanto do campo parlamentar, quanto executivo, para os tribunais, ademais, como característica principal, a judicialização tem a grande interferência do judiciário nas decisões políticas.

De acordo com Cláudio Ari Mello:

A doutrina que se preocupa em limitar o papel e as funções da jurisdição constitucional, por entender que o exercício do judicial *review* importa sempre em uma afronta à vontade da maioria, representada pelo Parlamento, é conhecida como doutrina da self-restraint ou doutrina da autocontenção judicial. (2004, p. 205 apud BARBOSA; KOZICKI, 2012, p. 09).

Ante o exposto compreende-se que os juízes devem se autolimitar à decisão de questões jurisdicionais e evitar ou, até mesmo negar, decidir acerca de questões políticas. Ademais, outro ponto que justifica essa limitação da função jurisdicional é o fato de que suas decisões só produzem eficácia no caso concreto, *inter partes*, diferentemente das leis e políticas públicas que são pensadas e aplicadas para toda sociedade, tendo um efeito *erga omnes*.

Por derradeiro, ainda que o controle judicial de políticas públicas represente uma prerrogativa de assecuração de direitos sociais, não se pode negar que esse controle pode vir e vem extrapolando a esfera do controle propriamente dito, invadindo a esfera de promoção de políticas, ou seja, os magistrados vêm atuando como gestores, competência que não lhes cabe, vez que há ausência de capacidade técnica e principalmente prerrogativa constitucional para tal ato. De forma similar ao que fora dito Andrade propõe três limites a serem observados atrelados a intervenção da função jurisdicional na seara de políticas públicas:

Surge como primeiro limite à intervenção do judiciário nas políticas públicas a garantia do mínimo existencial, considerado um direito às condições mínimas de existência humana digna que exige prestações positivas por parte do Estado; o segundo limite é a razoabilidade, que mede-se pela aplicação do princípio da proporcionalidade, que significa a busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados; e o terceiro limite é a reserva do possível, conhecida como disponibilidade financeira, que deverá ser comprovada pela administração, aplicando, inclusive, a inversão do ônus da prova e, sendo comprovada a falta de previsão orçamentária, o Poder Judiciário faz constar, na próxima proposta orçamentária, verba necessária à implementação da política pública. (ANDRADE, 2016, p. 145-146).

Logo, em que pese a judicialização de políticas públicas tenha surgido em detrimento da necessidade de resolver demandas atreladas aos direitos sociais, deve-se analisar que a efetividade desses direitos é condicionada às possibilidades dos cofres públicos e também à razoabilidade.

Embora seja indiscutível que cabe ao administrador público atender a todas essas necessidades e muitas outras, sendo esse o objetivo visado por todo ato administrativo, ou seja, o interesse público primário, que é o bem comum, não se pode ignorar que o Tesouro não tem condições de suportar o ônus que a satisfação desses direitos ocasiona ao Erário.

E essa é a realidade. Portanto, não se pode olvidar que deve haver um equilíbrio entre a obrigação constitucional de atendimento a um direito fundamental social e a previsão orçamentária, disciplinada no Artigo 167, incisos I, II e V da CF., in verbis:

Art. 167. São vedados:

I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;
V - a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes. (BRASIL, 1988).

Apesar de os direitos preconizados pela Carta Magna, com referência à educação, saúde, moradia, entre outros, serem indisponíveis, a própria norma constitucional deixa claro que se trata de um direito perfeitamente vinculado ao acesso universal igualitário às ações, serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (SAKAI; SELOW, 2015, p. 432).

Resta claro, então, que ainda que o Estado tenha o dever de fornecer todos os direitos dispostos na Constituição esse fornecimento pode ser “freado” de acordo com as disponibilidades do tesouro público. E esse “freio” somente pode ser exercido pelas funções em trabalho conjunto, não sendo capaz, por exemplo, o judiciário de mensurar possíveis impactos de suas decisões no orçamento público.

Por fim, a interferência nas funções alheias deve ser comedida e respeitando os limites constitucionais de cada uma, para que não se crie um Estado arbitrário.

5 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Conforme já exposto a judicialização consiste no fenômeno de transferência para o judiciário de questões em que o Estado foi insuficiente ou omissivo. Ela pode ocorrer com os mais variados tipos de direitos, como moradia, educação, entre outros. No caso será tratado de forma mais minuciosa do direito à saúde, uma vez que o número de processos onde há judicialização nesta seara vem aumentando de forma significativa, impactando não somente no número de processos, mas também no orçamento público.

5.1 Conceito

Antes de adentrar no tema e para que este seja melhor exemplificado faz-se necessário trazer dois conceitos importantes, quais sejam o de justiça distributiva e comutativa, a justiça distributiva consiste em assegurar que as tarefas do governo e das pessoas sejam distribuídas e o também o equilíbrio de distribuição de recursos, cargos, entre outros; por sua vez, a comutativa visa corrigir conflitos entre pessoas e também regular as relações entre elas, como uma compra e venda, por exemplo, aqui as pessoas são tratadas como iguais, no sentido estrito da palavra (STACCIARINI, 2007). O que se espera no esteio da saúde pública é notoriamente a justiça distributiva, uma vez que deve-se buscar o melhor equilíbrio na repartição de recursos públicos.

O direito à saúde é resguardado pela Constituição Federal como um direito fundamental e social de forma expressa pelo artigo 6º (BRASIL, 1988)⁴, e ainda no texto constitucional no artigo 196⁵ é determinado que esse direito será efetivado através da implementação de políticas sociais e econômicas pelo ente estatal, conforme já fora explicitado nos capítulos anteriores.

Então, pode-se compreender que as políticas públicas no âmbito da saúde existem para que a prestação do direito constitucional à saúde se efetive, considerando as necessidades da população, de forma racionalizada, promovendo a justiça distributiva, cuja é inerente aos direitos sociais. Nesse sentido, de acordo com Silvia Badim:

⁴ São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁵ .“A saúde é 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”.

Como o Poder Judiciário atua sob a perspectiva da justiça comutativa ou, como denomina Amaral, sob o âmbito da microjustiça do caso concreto, o desafio de incorporar a política pública de saúde em suas decisões revela-se indispensável para o avanço da jurisprudência, no sentido de compatibilizar a justiça comutativa, dentro de cada processo, com a justiça distributiva, representada pela decisão coletiva formulada e formalizada por meio dos diversos atos normativos que compõem a política de assistência à saúde, emanados dos poderes legislativo e executivo do Estado. (MARQUES, 2008, p. 66).

A judicialização da saúde decorre do já referido direito constitucional de inafastabilidade da jurisdição⁶, deste modo quando o direito à saúde é violado tem-se o direito de recorrer à função jurisdicional, nesse interim ele acaba por ampliar sua atuação, tomando para si a função típica da função executiva, atuando no fomento de políticas públicas na área da saúde, o que na verdade pode ser concebido como um controle constitucional de política pública (CALSAVARA, 2017).

Então, entende-se por judicialização “[...] o acesso às tecnologias de saúde pelos cidadãos através de instrumentos legais, para contestar através do judiciário em caso de violação do direito à saúde, devido à falta de acesso a tratamento médico ou farmacológico no sistema público de saúde [...]”⁷ (VIDAL, DI FABIO, 2017 p. 01, tradução nossa). Ainda, em conformidade com o proferido pelo Conselho Nacional de Justiça em pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa e Ensino – INSPER:

A judicialização da saúde é também um fenômeno de elevada complexidade. A literatura científica, por exemplo, diverge sobre quem procura o Judiciário requerendo serviços e produtos de saúde (pobres ou ricos?), diverge sobre o que requerem (medicamentos e serviços que são parte das listas, protocolos e contratos ou fora destes?) ou ainda diverge sobre os efeitos dessas ações judiciais sobre a política geral de saúde pública e privada (qual a magnitude dos distúrbios causados?). Ademais, a divergência perpassa, inclusive, os próprios pressupostos normativos do conflito, ou seja, sobre quais devem ser os parâmetros de justiça e de quem é a competência para decidir. (CNJ, 2019, p.14).

Dessa forma, pode-se depreender que a judicialização da saúde não constitui um simples fato de acesso à justiça, mas algo mais complexo, pois há o envolvimento de diversos fatores, predominantemente o econômico, isso referente às capacidades de quem propõe a ação e também ao impacto no orçamento público. Isto é, é um evento que apresenta um

⁶ Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

⁷ No original: “[...] judicialización del acceso a tecnologías sanitarias a la utilización por parte de la ciudadanía de instrumentos legales de participación para interpelar al estamento judicial en caso de violación percibida de su derecho a la salud, debido a la falta de acceso a tratamiento médico o farmacológico en el sistema público de salud [...]” (VIDAL, DI FABIO, 2017, p. 01).

dilema, vez que de um lado constitui meio para garantir a cidadania e direitos sociais, bem como pode mediar deficiências na gestão do SUS, podendo induzir políticas públicas ao demonstrar necessidades comuns, por outro, ele ratifica ponderações acerca dos efeitos negativos em virtude de sua ocorrência, principalmente no refere-se a sua oneração (COSTA; SILVA; OGATA, 2020).

Ante o exposto, então, a judicialização da saúde pode ser compreendida como um fenômeno que transfere para a função jurisdicional o dever de fornecer o acesso à saúde, seja através do fornecimento de medicamentos ou procedimentos médicos. Dessa forma, ela deverá realizar a análise casuística, identificando se os autores das demandas são ou não detentores dos direito que pleiteiam, além de fundamentar as decisões na medicina baseada em evidências, ou seja, avaliando se o pleiteado no caso é de fato o mais eficaz. Em suma, judicializar é buscar por intermédio do judiciário aquilo que não está sendo devidamente fornecido pelo Estado.

5.2 Principal causa

É evidente que o elevado número de processos pertinentes a judicialização da saúde refere-se a incapacidade do Estado de fornecer uma saúde de qualidade à sociedade, uma vez que há uma escassez de recursos disponíveis para tanto, assim, aqueles que detém urgência de tratamento valem-se de meios judiciais para que esse direito seja efetivado.

Uma das causas, mas que não será muito explorada aqui, o tema encontra-se melhor tratado nos primeiros capítulos, atrela-se a baixa participação da União, sendo este o ente detentor de maior capacidade financeira na política pública de saúde. Por derradeiro observa-se uma má organização e distribuição dos recursos disponíveis, lembrando que o SUS é mantido por seus gestores conforme a disponibilidade.

Outrora, outro ponto que merece destaque, agora tratando mais especificamente das ações destinadas à aquisição de medicamentos, é a questão dos medicamentos solicitados pelos autores das demandas muitas vezes possuem alternativas terapêuticas que são fornecidas pelo Sistema Único de Saúde. É cristalina a concepção que há uma negligência por parte dos decisores que ignoram a medicina baseada em evidências, isso porque ela demonstra se o solicitado é mais adequado para o caso, bem como pondera se há alguma política pública já disponibilizada pelo SUS que pode ser utilizada pela enfermidade que acomete o autor da demanda.

Para tratar melhor desse assunto foi criado o Sistema E-NAT-JUS, que, é um serviço que se dispõe a avaliar as consequências clínicas, econômicas e sociais da utilização de tecnologias em saúde, ou seja, é um banco de dados nacional que abarca pareceres técnicos-científicos e notas técnicas formuladas com embasamento em evidências científicas que serão emitidas pelos NATJUS que são os Núcleos de Apoio Técnico ao Judiciário e também pelos NATS, que são Núcleos de Avaliação de Tecnologias em Saúde. O fito desse instituto, que é uma plataforma online de fácil acesso, é dirimir a anuência de decisões conflitantes acerca de medicamentos e tratamentos, centrando em um banco de dados único esse material que propiciará a aquisição de dados estáticos e técnicos por médicos, juízes, advogados, etc. O manuseio desse sistema pode precaver a judicialização da saúde, uma vez que estarão disponíveis pareceres e notas técnicas sobre diversos assuntos, o que pode evitar a consagração de pedidos onde o tratamento não é o recomendado (CNJ).

É importante mencionar, ainda, que a incorporação de novas tecnologias em saúde na listagem onde constam os medicamentos fornecidos pelo SUS, a qual é denominada Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME, sujeita-se a avaliação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC, que foi criada através da Lei nº 12.401/2011. Esta dispõe acerca da assistência terapêutica e da incorporação de tecnologias em saúde no âmbito do SUS.

A CONITEC é um órgão colegiado, de caráter permanente, integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, e tem por objetivo auxiliar o Ministério nas questões atinentes à incorporação, exclusão ou alteração pelo SUS de tecnologias em saúde, bem como na sua constituição ou alteração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas.

Nesse sentido a Lei supramencionada inseriu alguns dispositivos importantes na Lei de Saúde, em especial o artigo 19-Q, o qual assegura a aplicação das diretrizes terapêuticas do SUS face outros tratamentos, é o dispositivo:

Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS

§ 1º. A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, cuja composição e regimento são definidos em regulamento, contará com a participação de 1 (um) representante indicado pelo Conselho Nacional de Saúde e de 1 (um) representante, especialista na área, indicado pelo Conselho Federal de Medicina.

§ 2º. O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente:

I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo,

acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;
II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível. (BRASIL, 1990).

Ainda, conforme assentado pelo Ministro Gilmar Mendes da Suspensão de Tutela Antecipada – STA 175, em seu voto, fora proferido que:

o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da medicina com base em evidências, com a conclusão de que a política pública deverá privilegiar o tratamento do SUS sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. (MENDES, 2010).

O que pretende-se sustentar não é o não dever do Estado de fornecer medicamentos não listados na RENAME, mas sim a possibilidade de analisar se o medicamento solicitado possui alguma alternativa terapêutica que seja dispensada pelo SUS, o que ensejaria em uma menor onerosidade não só do Estado, mas também do solicitante que não precisará sofrer pelo desgaste de um processo judicial. Foi nesse sentido que foram editados Enunciados consensuais na I, II e III Jornada de Direito da Saúde do CNJ, com o intuito de auxiliar os magistrados no momento de tomada de decisões, importante destacar que na III Jornada o Ministro Dias Toffoli (2019), ainda ponderou que “os juízes não têm o direito de administrar o orçamento das empresas de saúde”.

Assim, entende-se que a principal causa no crescente número de processo de judicialização é de fato a incapacidade do Estado de fornecer uma saúde pública de qualidade, não ignorando que há uma elevada escassez de recursos, bem como má distribuição dos mesmos. Ademais, há ainda um certo desconhecimento no que tange a dispensação de medicamentos e procedimentos isso porque não são inexistentes às vezes em que se pleiteia por algum fármaco que possui uma alternativa terapêutica fornecida pelo Sistema Único de Saúde.

Desta feita, observando o exposto, é evidente que a judicialização pode causar um impacto negativo no orçamento público, isso porque

O orçamento não previsto exige que o gestor realoque recursos que seriam destinados a áreas estratégicas de cuidado e assistência às necessidades coletivas, para atender, geralmente, uma pequena parcela da população. Resulta-se, portanto, no desrespeito aos princípios do SUS como igualdade, equidade e integralidade, tornando mais evidente as iniquidades sociais. Nesse sentido, a judicialização tem sido associada como maximizado acesso desigual em saúde, uma vez que é um meio desconhecido ou inviável por grande parte da população. Portanto, figura-se como estratégia excludente, usufruída por indivíduos que possuem maiores instruções e informações sobre o assunto, na sua

maioria, pertencentes a elevados níveis socioeconômicos. (COSTA; SILVA; OGATA, 2020, p. 157).

Ou seja, o efeito que tem se obtido vem sendo contrário ao que deveria ser, qual seja o de acesso à saúde, uma vez que acaba ocorrendo uma realocação de recursos que prejudica as demais necessidades e direitos sociais.

Outro fator que enseja no elevado número de processos judiciais sobre à saúde é a baixa utilização do jurisdicional dos mecanismos de auxílio na tomada de decisões, não somente a plataforma do NATJUS já mencionada, mas também as Resoluções editadas pelo CNJ, e as orientações do Fórum Nacional de Saúde, criado pelo mesmo órgão, apoiando-se em Ribeiro e Queiroz:

O que se viu, na prática, país afora, foi a baixa adesão dos julgadores aos instrumentos de auxílio disponibilizados, prevalecendo o enfrentando o tema sem a necessária a especialização, até que chega, aos Tribunais Superiores, a análise dos representativos de controvérsias de demandas repetitivas de fornecimento de medicamentos fora dos protocolos, sem registro na Anvisa e tratamentos experimentais. (RIBEIRO, QUEIROZ, 2019, p. 106).

5.3 Impactos

Considerando que os recursos públicos são finitos

o fornecimento de determinado medicamento, principalmente se for não padronizado, para um indivíduo pode representar a falta de outros para o restante da coletividade; contribui assim, para violação ao princípio da isonomia, previsto no Artigo 5º, caput, da Constituição Federal, como também para acentuar as iniquidades dentro do sistema de saúde. Na gestão do SUS a crescente Judicialização da Saúde desorganiza totalmente a gestão, visto que a descentralização - um dos princípios do SUS e um dos eixos da Política Nacional de Medicamentos - não é reconhecida pelo Poder Judiciário, assim todos os entes federados são igualmente responsável no processo, seja qual for o medicamento. Como as decisões sobre medicamentos, são verdadeiras alocações de recursos, o limite das violação da separação dos poderes fica ameaçado. (BRASIL, 1988; BORGES, 2010). No judiciário, o ingresso de ações judiciais é uma das formas que os cidadãos encontraram para garantir seus direitos, porém o aumento excessivo das ações, traz sobrecarga de processos e um desvio da porta de entrada do SUS, tendo em vista o alto percentual de receitas médicas particulares nas pesquisas revisadas. Também temos as dificuldades, nas decisões judiciais no julgamento dos dilemas conceituais. Entre estes o clássico duelo: o princípio do mínimo existencial versus o princípio da reserva do possível. (MONTEIRO, CASTRO, 2012, p. 08).

Resta evidente que a concessão indiscriminada de requisições no âmbito da saúde afeta não só a estrutura do SUS, mas também princípios constitucionais que não podem ser

ignorados, como o da isonomia, por consequência a judicialização da saúde não prejudica somente os cofres públicos de saúde, mas à sociedade como um todo, vez que o uso demasiado de recursos na saúde, por conta das ações judiciais, pode vir a interferir nas demais prestações estatais. Tomemos como exemplo o cenário pandêmico atual do Covid-19, o elevado número de ações pode vir e irá lesar a população que depende da saúde pública e estão nas filas do SUS aguardando atendimento, os processos demandaram dispêndios públicos não orçados e prejudicará de forma significativa aos que aguardam por tratamento.

De acordo com Silvia Badim, a judicialização da saúde representa

[...] um ponto de tensão perante os elaboradores e executores da política no Brasil, que passam a atender um número cada vez maior de ordens judiciais, garantindo as mais diversas prestações do Estado. Prestações estas que representam gastos públicos e ocasionam impactos significativos na gestão pública da saúde no país. (MARQUES, 2008, p. 65).

Dessa forma, o impacto financeiro dessas ações tocantes à política pública de saúde merece ser considerado, isso porque, somente assim poderá ser evidenciado os benefícios e prejuízos dessa atuação judicial na efetivação do direito à saúde. O que os entes públicos devem buscar é o atendimento de uma saúde pública integral e universal, buscando-se a necessária equidade, garantindo desta forma o mínimo existencial, que é um fundamento que veda a insuficiência, ou seja, os direitos sociais não podem ser diminuídos a patamares mínimos de existência, devendo os gestores públicos os manterem da forma mais adequada possível.

Além disso, conforme dados levantados em pesquisa realizada para o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, “o aumento de demandas judiciais vinculadas à saúde foi de 130% em dez anos, ou seja, um número expressivo. Os dados foram levantados entre os anos de 2008 e 2017 na pesquisa “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução”, elaborada pelo Instituto de Ensino e Pesquisa e foram divulgados na III Jornada de Direito da Saúde em São Paulo. Relativo à atual pandemia do “Coronavírus” os dados de demandas judiciais são expressivos, o Supremo Tribunal Federal – STF tem atualizado o denominado “Painel de Ações Covid-19”, com o número de ações atreladas ao vírus, até a data de 29 de julho de 2020, o número de processos já era 4.060, e de decisões 3.997, ainda que os assuntos sejam diversos, em suma tratam-se de litígios afetos à doença, ou seja, são a respeito da saúde. Ou seja, se a maior parte das requisições forem julgadas procedentes haverá um enorme desfalque aos cofres públicos. Em pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, na análise de acórdãos do Tribunal de São Paulo, concluíram que 632 deles foram julgados contrariamente ao Estado, priorizando os interesses

individuais, sendo que somente em 22 dos casos o Poder Público foi vencedor, ou seja, é evidente que esse número prejudica a gestão pública.

O Tribunal Regional Federal – TRF da 2ª Região, por intermédio do Comitê Estadual de Saúde do Rio de Janeiro se manifestou no seguinte sentido:

Os gastos do Ministério da Saúde com a judicialização cresceram 4.600% de 2007 a 2018. Em 2016, esse Ministério despendeu R\$ 1.157.375.425,35 para atender apenas 1.262 pacientes. Estima-se que, em 2018, ele tenha gasto R\$ 1,3 bilhão para cumprir as decisões judiciais. Os Estados e os Municípios vêm sendo ainda mais atingidos.

Diante disso, percebe-se que se faz necessário estabelecer um norte ao Poder Judiciário para que haja um mínimo de homogeneidade nas decisões proferidas nas ações que envolvem pedidos de saúde. Também se deve fixar limites à concessão de tecnologias em saúde por decisão judicial, baseando-se nos critérios de custo-efetividade, amplamente utilizados nos processos de incorporação de tecnologias das várias agências existentes em países com sistema de saúde semelhante ao brasileiro.

Com o estabelecimento de bases sólidas para a apreciação dos pedidos deduzidos em juízo, é possível evitar a ingerência excessiva do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde, ingerência essa que muitas vezes passa ao largo da análise de questões de orçamento público, bem como dos impactos que uma decisão que concede um tratamento milionário pode gerar nas políticas públicas de saúde já fixadas.

Gastos da Saúde com decisões judiciais subiram 4600% de 2007 a 2018, ano em que somaram R\$ 1,3 bilhão.

É compreensível que um médico, baseado nas melhores evidências, prescreva o medicamento de alto custo, assim como o é que o paciente venha a solicitar judicialmente a referida droga ao SUS. Todavia, cabe questionar o que leva um juiz a deferir tratamento milionário, que, na maioria das vezes, não poderá ser concedido a todos os pacientes acometidos pela mesma doença. (TRF, 2019).

Observa-se, então, que o número de decisões vêm impactando de forma significativa aos cofres públicos, o que acaba por precarizar ainda mais a saúde pública hoje fornecida pelo Sistema Único de Saúde. “Forçoso reconhecer que o SUS perde com a falta de financiamento adequado ao modelo de acesso universal, integral e igualitário a que se propõe e que a judicialização da saúde agrava este cenário” (AMARAL, 2019, p.126).

Em recente publicação o TFF 2ª Região demonstrou que um único medicamento custou ao SUS 2,44 bilhões de reais em 11 anos. O dado foi alcançado através de uma pesquisa realizada pelo Instituto de Medicina Social da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, que fora publicada na Revista de Saúde Pública. As compras eram realizadas sem o devido processo licitatório, vez que as demandas judiciais tinham que ser cumpridas, o que corrobora como que esse tipo de decisão causa impacto no sistema público de saúde. De acordo com os pesquisadores o valor dispendido no tratamento para um único paciente durante um ano ultrapassa 800 mil reais, ou seja, um valor excessivamente alto para ser

utilizado com somente uma pessoa e que evidentemente prejudica outros que dependem da saúde pública.

Ademais, deve-se considerar que o SUS é uma instituição jurídica fundamental para a promoção do direito à saúde da sociedade, isso porque, ele é “um sistema integrado por uma rede pública regionalizada e hierarquizada que é dirigida, de forma única por cada esfera do governo, que visa ao atendimento integral (preventivo, curativo e assistencial), com a participação da comunidade” (CALSAVARA, 2017).

Desse modo, não se pode negligenciar que o orçamento público é escasso e insuficiente para as demandas atuais, então, o que deve ser pensando é em garantir um mínimo existencial à toda sociedade, evitando priorizar este ou aquele em face de uma requisição judicial com o simples fundamento de dever de tutela do Estado, isso porque, a reserva do possível, bem como a medicina baseada em evidências são fatores que não podem ser desprezados na tomada de decisões. Não obstante, “[...] é essencial declarar que o direito a saúde fomentado na Constituição de 1988 é apresentado como um direito coletivo, garantido mediante políticas públicas e não individual” (COSTA, SILVA, OGATA, 2020, p. 158).

5.4 Principais ações judiciais

Sobre a judicialização da saúde pública os tribunais já proferiram decisões a fim de melhorar o procedimento nas ações judiciais. Neste capítulo serão expostas algumas que se tornaram fundamentais para o cenário atual e que demonstrarão como a judicialização da saúde vem sendo tratada no Brasil e suas possíveis limitações.

5.4.1 Audiência Pública nº 4/2009

Ante ao crescente número de pedidos de suspensão de segurança, suspensão de liminar e suspensão de tutela antecipada o Ministro Gilmar Mendes convocou a Audiência Pública nº 4, intitulada de “Judicialização do Direito à Saúde”, a fim de clarear questões afetas a prestação de saúde (CASTRO; MONTEIRO, 2012).

Foram discutidos diversos pontos e entre eles a obrigação do Estado de fornecimento de medicamento não lícito e ausente na RENAME ou tratamentos não registrados ainda na ANVISA. Dentre os questionamentos referentes às decisões judiciais, o direito à saúde e o equilíbrio da intervenção do judiciário a decisão foi proferida baseada no mínimo existencial, afastando-se tratamentos experimentais e dando prioridade aos medicamentos brasileiros.

Discutiram acerca da responsabilidade dos entes, e ficou definida a responsabilidade solidária, sob o modelo de cooperação e coordenação de ações conjuntas dos entes federativos.

Um ponto levantado na Audiência de bastante importância refere-se aos pedidos genéricos, isto é, pedidos no sentido de tutela até que a enfermidade se cure. Os pedidos em genéricos criam decisões genéricas e consequentemente títulos executivos em aberto, uma vez que o autor da demanda poderá requerer qualquer medicamento ao longo do tratamento, evidentemente este terá mais direito que todos os outros cidadãos (CARVALHO, 2014).

Ainda, foi definido que se o medicamento pleiteado for incluso na política de saúde pública o direito subjetivo é inquestionável, mas se não for incluso deve-se priorizar o coletivo, mas ainda assim a análise deve ser realizada caso a caso, a mera não inclusão na RENAME não constitui causa de indeferimento do pedido.

Como consequência da referida Audiência Pública, o Presidente do CNJ editou a Recomendação nº 31 de 2010, com o objetivo de dar mais eficácia nas demandas judiciais de saúde pública, orientando os magistrados a evitar o fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA; a procurar instruir as ações judiciais; celebrar convênios de apoio técnico; incluir o direito sanitário como matéria dos concursos de ingresso na magistratura, permitir vistas do judiciário aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, entre outras (BRASIL, 2010).

Ainda, o CNJ editou a Resolução nº 107 que institui o Fórum Nacional do Judiciário, a fim de acompanhar as demandas de assistência à Saúde, sendo conhecido também como Fórum da Saúde, este “é coordenado por um Comitê Executivo Nacional – Portaria nº 8 de 2016 – e constituído por comitês estaduais”. A Resolução nº 107 instituiu um sistema eletrônico para acompanhar processos judiciais envolvendo a assistência à saúde, denominado Sistema Resolução 107 (CNJ).

Observa-se, então, que a partir dessa Audiência foi ratificado o dever de fornecimento da saúde por parte do Estado, seja por intermédio das políticas públicas, ou pela via judicial quando ele for omissor.

5.4.2 Suspensão de Tutela Antecipada – STA 175

A STA 175 foi uma das primeiras ações judiciais após a Audiência Pública nº 4, ela foi interposta pela União em face do acórdão proferido pela 1ª Turma do TRF-5, a decisão

que pretendia-se suspender era do dever do fornecimento do medicamento Zavesca a paciente portadora de *Niemann-Pick* Tipo C, o julgamento foi realizado no dia 17 de março de 2010.

Na STA a União argumentava pela não concessão de medicamento a interessada, alegando não haver registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária do fármaco pleiteado, à época da interposição ação, sendo que tardiamente o medicamento foi registrado, ou seja, o posicionamento já não prosperava. A União sustentou, ainda, que a administração não tem o dever de fornecimento de medicamento de alto custo, bem como que não houve a demonstração de que o fármaco era o mais eficaz para o caso.

Sendo assim no julgamento do Agravo da STA 175, o relator, Ministro Gilmar Mendes, argumentou que em que pese o medicamento solicitado não pertença aos Protocolos Clínicos do SUS e tenha um alto custo, estes não são elementos suficientes para a negativa de fornecimento,

o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento, visto que a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis. (MENDES, 2010, p. 3).

Por conseguinte, foi mantida a antecipação de tutela recursal, determinando que a União, Estado do Ceará e Município de Fortaleza fornecessem o medicamento pleiteado. Assim sendo, ainda que a decisão tenha sido proferida nesse sentido, o Ministro relator realizou importantes ponderações que norteiam a atuação jurisdicional para esse tipo de demanda. Uma delas foi que:

esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. (MENDES, 2010, p. 10).

Nesse mesmo sentido, o Ministro pontuou que caso o SUS forneça um tratamento alternativo ao pleiteado que seja considerado eficaz, o mesmo deve ser priorizado.

Assim sendo, o que se extrai da decisão em epígrafe é que ainda que o poder público possa ser compelido ao fornecimento de medicamentos e procedimentos médicos pela via judicial, tal ato deve ser devidamente fundamentado, observando o caso concreto, bem como os protocolos já existentes, ou seja, a medicina baseada em evidências não pode ser desconsiderada.

5.4.3 Recurso Especial 1.657.165

Tem-se também o Recurso Especial 1.657.165, julgado no dia 25 de abril de 2018, em sede de recurso repetitivo, relatado pelo Ministro Benedito Gonçalves, nele foram fixados requisitos para que o poder judiciário determine o fornecimento de medicamentos que estão fora da listagem do SUS, segue a ementa que mostra de forma clara os requisitos exigidos:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO.

1. caso dos autos: a ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e-stj), é portadora de glaucoma crônico bilateral (cid 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo sistema único de saúde - sus. a corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos.

2. alegações da recorrente: destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os protocolos clínicos incorporados ao sus ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos. subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados.

3. tese afetada: obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do sus (tema 106). trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso i do art. 19-m da lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas.

4. tese para fins do art. 1.036 do cpc/2015 a concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do sus exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

(i) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo sus;

(ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;

(iii) existência de registro na anvisa do medicamento.

5. recurso especial do estado do rio de janeiro não provido. acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do cpc/2015. (Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1657165/RJ. Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Data de julgamento: 25/04/2018, s1 – primeira seção, Data de publicação: DJe 04/05/2018).

Ante o exposto, entende-se que os critérios devem ser seguidos, consoante o Código de Processo Civil – CPC de 2015 em seus artigos 1.036 a 1.041, considerando que pode haver o julgamento por amostragem, uma vez que existirem controvérsias idênticas, ainda de acordo

com o artigo 121-A do Regimento Interno do STJ e 927 do CPC a tese definida pelo STJ servirá de orientação às instâncias ordinárias de Justiça, abarcando os juizados especiais.

Deste modo o julgado supramencionado deverá ser utilizado como padrão decisório para as futuras ações relativas à saúde e uma vez que ele impõe certos limites à concessão de medicamentos pode ser que seja um redutor dos elevados casos de judicializações.

5.4.4 Recurso Extraordinário 657718

O Recurso Extraordinário 657718 foi julgado em 22 de maio de 2019, tendo como relator o Ministro Marco Aurélio:

SAÚDE – MEDICAMENTO – FALTA DE REGISTRO NA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – AUSÊNCIA DO DIREITO ASSENTADA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL – CONFIGURAÇÃO. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. (Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 657718/MG. Relator(a): Ministro Marco Aurélio, julgado em 17/11/2011, DJe: 12/03/2012).

No relatório observa-se que trata do julgamento da Apelação Cível nº 1.0145.09.567017-3/002, onde foi estabelecido que o direito à saúde, ainda que previsto na Constituição Federal não pode ser utilizado como argumento para compelir o Estado ao fornecimento de medicamento sem registro na ANVISA. Além disso, foi destacado que inexistente direito absoluto, vez que o interesse coletivo deve ser priorizado, assim como os preceitos estabelecidos no artigo 37 da CF/88, não obstante destacou-se a relevância do administrador público para gerenciar de maneira ponderada os recursos disponíveis.

Em sede de Recurso Extraordinário foi argumentado que o Estado detém o dever de fornecimento do direito à saúde e, ainda que a vedação de fornecimento de medicamento não registrado na ANVISA difere-se da importação do fármaco. Não obstante foi asseverado que a teoria da reserva do possível não pode ser utilizada para afastar o administrador de cumprir os deveres estabelecidos na Carta Magna, em face do exposto, pleiteou pela concessão da tutela antecipada em virtude do estado precário de saúde.

Assim, tendo em vista a importância econômica e social do tema em epígrafe, uma vez que o Tribunal trata da análise de direito fundamental, sustentou-se a repercussão geral.

Em sede de julgamento do Recurso o Ministro Relator advertiu que

o registro ou cadastro mostra-se condição para que a Agência fiscalizadora possa monitorar a segurança, a eficácia e a qualidade terapêutica do produto.

Não havendo o registro, a inadequação é presumida. Nesse caso, o medicamento tem a comercialização proibida, por lei, no País. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019).

Ou seja, sustentou-se a impossibilidade de concessão de fármaco com ausência de registro na ANVISA, nesse sentido foi proposto para fins de fixação sob a forma de repercussão geral : “o registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa é condição inafastável, visando concluir pela obrigação do Estado ao fornecimento” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019).

5.4.5 Recurso Extraordinário 566471

Outra decisão que merece relevo foi proferida no dia 11 de março de 2020, onde o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo requisitados judicialmente não constante da listagem do SUS, decisão munida, inclusive, de repercussão geral. Um dos votos proferidos aludiu ao número excessivo de processos acerca da judicialização da saúde. Segue ementa do julgado:

SAÚDE - ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO - FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controversa sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. (Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566471/RN. Relator(a): Ministro Marco Aurélio, julgado em 15/11/2007).

Ainda, o Ministro Alexandre suscitou que: “Não há mágica orçamentária e não há nenhum país do mundo que garanta acesso a todos os medicamentos e tratamentos de forma generalizada”. Ou seja, mesmo que seja dever do Estado garantir a saúde pública não há recursos suficientes para atender a todos de forma plena, o que os entes públicos devem buscar é o melhor atendimento de forma equilibrada evitando desfalques para o atendimento da coletividade.

Consoante já mencionado é permitido o julgamento por amostragem, a referida decisão tem repercussão geral de também pode ser utilizada na fundamentação de futuras decisões.

6 JUIZ NA INGERÊNCIA DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA: ANÁLISE SOB A ÓTICA DO ATIVISMO

6.1 Conceito de ativismo

A intervenção jurisdicional no Sistema Único de Saúde é um fenômeno crescente no Brasil, sendo assim é preciso estudar a postura adotada por essa função no momento de proferir decisões correlacionadas ao assunto. “[...] a interferência do Judiciário no SUS não se limita a garantir acesso a medicamentos. Na verdade, é muito mais ampla e abrange todos os serviços do sistema [...], inclusive atos administrativos, como processos de licitação para aquisição de bens e serviços (PAULA; SILVA; BITTAR, 2019).

Sendo assim, uma vez que o ativismo refere-se à decisões judiciais e conforme o exposto não há dúvidas que essas decisões acabam por invadir uma esfera não pertencente ao judiciário, qual seja a de gestão pública, é necessário avaliar se esse extravio de competência poderia ser considerada como um caso de ativismo judicial.

O ativismo judicial é tido como uma atuação mais contundente por parte do judiciário, isto é, os órgãos julgadores adotam uma postura mais ativa e vão para além da interpretação legal para resolução dos casos. O que importa ressaltar aqui é que linha entre o ativismo e uma atuação discricionária do judiciário é tênue, isso porque não há um parâmetro que possa limitar essa atuação. A corrente neoinstitucional critica a atuação proativa judicial, ela sustenta que a função jurisdicional deveria garantir a previsibilidade e o ativismo acarretaria no aumento dos custos de transação, o que distanciaria o desenvolvimento econômico, logo, essa corrente defende que deve haver uma ponderação por parte do juiz, analisando as consequências econômicas das decisões, ressaltando os dilemas acerca da alocação de recursos precários (GRINOVER; SICA, 2014).

Importante ressaltar que um dos cenários que contribui para formação do ativismo é a visão da sociedade do judiciário como órgão resolutivo em caso de não efetivação de direitos e benefícios, no modelo de Estado social-democrático, de acordo com Elival Ramos:

Ao Poder Judiciário deveria caber, nesse modelo, o controle jurídico da atividade intervencionista dos demais Poderes. No entanto, sobre também recaem expectativas e pressões da sociedade no sentido da mais célere possível consecução dos fins traçados na Constituição, incluindo a imediata fruição de direitos sociais ou a extensão de benefícios, da universalização progressiva, concedidos a determinadas categorias ou regiões com exclusão de outras. É nesse sentido que se pode dizer que o próprio modelo de Estado-providência constitui força impulsionadora de ativismo judicial, levando juízes e tribunais a relevar, em algumas situações, a existência de limites

impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhe incumbe, na ilusão de poderem “queimar” etapas, concretizando, no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente. (RAMOS, 2015, p. 286).

Nesse sentido, partindo da premissa de que a atuação jurisdicional na esfera de aplicação de políticas públicas acaba por ensejar no papel do judiciário como gestor, algo que vai além de sua prerrogativa constitucionalmente garantida, é necessário que se realize um contorno acerca dessa postura, analisando a possibilidade de surgimento de discricionariedade nas decisões.

A priori faz-se essencial conceituar o fenômeno do ativismo, utilizara-se aqui a conceituação de Georges Abboud, segundo o autor

O ativismo deve ser compreendido como atuação dos juízes a partir de um desapego da legalidade vigente (CF + leis) para fazer prevalecer, por meio da decisão, sua própria subjetividade (viés ideológico, político, religioso etc). Por conseguinte, o ativismo judicial, em aspectos funcionais, caracteriza atuação insidiosa do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes, principalmente, o Legislativo, uma vez que, decisão ativista suplanta a lei e a própria Constituição. (ABBOUD, 2018, p. 1176).

Desta feita, resta evidente que o ativismo consiste na decisão proferida sem o devido respaldo legal, onde os magistrados distanciam-se da normatividade e atuam com base em critérios subjetivos e podendo, inclusive, desconsiderar até a Constituição.

Ao se fazer a menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sem da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes. (RAMOS, 2015, p. 119).

Assim, sendo, um dos principais pontos de questionamento trazidos aqui é a questão da separação de funções e o risco que o ativismo judicial pode trazer à democracia, isto é, qual o limite de atuação do poder judiciário frente as demais funções, uma vez que um juiz ativista acaba por desempenhar tanto funções executivas, quanto legislativas.

[...] o financiamento insuficiente do SUS sofre pressões importantes do mercado farmacêutico e a judicialização da saúde é o instrumento pelo qual as indústrias do setor pressionam os governos para a incorporação de novas tecnologias. Nesse contexto, o poder judiciário se torna o ordenador dos recursos do SUS proferindo decisões judiciais sem considerar os Limites à

Judicialização da Saúde Pública no Direito Brasileiro. (AMARAL, 2019, p. 127).

Analisar a separação funções consiste na manutenção da atuação jurisdicional dentro dos limites de sua função que lhe é conferida (RAMOS, 2015). Desta feita, ante o conceito trazido, entende-se que o ativismo é um fenômeno negativo onde o judiciário não só extrapola sua esfera de atuação, mas também se sobrepõe aos textos legais.

Portanto, apesar de o Judiciário decidir com base nas leis e na Constituição, a força criativa do juiz está em expansão no que se refere à intervenção no SUS – ele conta com o suporte das leis e novas teorias para lidar com a precariedade da atual saúde pública brasileira. Dessa forma, o Judiciário assume mais prerrogativas e posturas interventivas, sem limites para inovar e criar teses e fundamentos que possam resolver situações práticas envolvendo o SUS. (PAULA; SILVA; BITTAR, 2019).

Ou seja, no âmbito da saúde pública a função jurisdicional acaba (in)gerenciando uma atribuição alheia, sendo que são os gestores, devidamente representados pela função executiva que detém a capacidade técnica para tanto. Dessa forma, o que acaba por ocorrer não é um simples controle de política pública, mas sim sua implementação, e como as decisões são individuais, acaba-se por criar uma política individualizada, priorizando apenas a parte envolvida. Esse fato acaba por elevar a precariedade da saúde pública como um todo, vez que há o dispêndio de recursos e ainda coloca em risco os demais direitos sociais que devem ser disponibilizados pelo governo.

6.2 Ativismo e judicialização

Tendo em vista que não se pode aludir ao ativismo de forma genérica, para que isso não seja feito, no assunto em epígrafe faz-se necessário distinguir o ativismo judicial da judicialização, consoante já proferido este primeiro refere-se a atuação da função jurisdicional discricionária, ou seja, ela vai além de sua competência e se sobrepõe aos textos legais. Por sua vez, a judicialização consiste no direito constitucional de se levar a juízo alguma demanda tocante a direito que deva ser assegurado, mas na verdade vem sendo lesado ou negligenciado.

Ou seja, o simples fato de judicializar não viabiliza uma decisão considerada como ato de ativismo, o que precisa ser analisado no caso é se essa possível ingerência na esfera gestacional por parte do judiciário não pode ser considerada como tal ato, isto é, se as decisões proferidas em sede de judicialização da saúde podem ser ativistas.

Um ponto que merece ser levantado é que a implementação da saúde pública não constitui um ato de simples entrega de direito, isso porque é um direito complexo, que engloba multi deveres estatais, desta forma, a melhor maneira encontrada para aplica-lo foi com a implementação de políticas públicas. Conforme proferido pelo CNJ em pesquisa⁸ realizada:

A efetivação do Direito à Saúde passa necessariamente pela normatização de políticas públicas, que estabelecem as ações e serviços públicos à disposição do Estado para atender à população, sempre a partir dos princípios constitucionais da universalidade, da equidade e da integralidade. [...] Além disso, as políticas aprovadas devem ser formuladas democraticamente, conforme o princípio constitucional da participação comunitária (art. 197, III) e almejam aumentar a eficiência do sistema público de saúde. (CNJ, 2019, p. 144).

Conforme já explicitado o estudo e futura implantação de políticas públicas depende de um criterioso estudo por parte dos gestores para a avaliar a possibilidades e necessidades, assim, evidentemente o judiciário não possui capacidade técnica de analisar a promoção dessas políticas. Ressalta-se que não se pretende aqui defender a não judicialização da saúde, mas conforme os dados analisados, bem como os impactos observados resta cristalino que a saúde pública como um todo é prejudicada com as demasiadas demandas individuais.

Nesse ínterim, tendo em vista que o ativismo representa uma desagregação do judiciário com o texto legal mostra-se necessário analisar se nas decisões comumente proferidas há essa desconexão. Por essa razão, tratando-se de políticas públicas, sendo que elas são implementadas de forma legal é necessário que sejam observadas as normativas que as regulam na tomada de decisões. Conforme CNJ,

A pesquisa realizada identificou considerável desconexão entre as políticas públicas de saúde formuladas nas instâncias competentes e as decisões judiciais exaradas, como, por exemplo, decisões que concedem medicamentos de forma desarticulada aos Protocolos Clínicos e às Diretrizes Terapêuticas do Ministério da Saúde. (CNJ, 2019, p. 144).

Ante o exposto, já foram identificadas decisões que não seguem os PTCD, desta feita, o que importa nas decisões atinentes à saúde é se os magistrados seguem as normas que regem o SUS e ordenamento jurídico sanitário. Ainda conforme o CNJ,

[...] é de se esperar que eventualmente magistrados possam ser afetados em seu juízo no momento de decidir, [...]. A alta sensibilidade social e emocional das demandas de saúde pode levar o magistrado a tomar decisões precipitadas e que não representam a melhor solução do conflito

⁸ Pesquisa realizada pelo INSPER.

necessariamente, o que pode vir a caracterizar uma situação-problema. [...]. Certamente muitas das demandas em saúde são urgentes e é dever do Estado atendê-las em tempo hábil, devendo o Poder Judiciário intervir com tutelas de urgência quando observada uma omissão. [...]. Os magistrados devem ser capazes de identificar quais ações demandam antecipação de tutela e concedê-las quando for necessário. Essa capacidade demanda um conhecimento técnico não jurídico, por exemplo, de avaliar que uma ação para um medicamento para uma doença crônica não é necessariamente urgente, ou que demandas por cirurgias eletivas podem ser decididas em tempo mais elástico, por exemplo. Por tal razão, é importante que o magistrado adquira competências e habilidades para compreender a gravidade da demanda que lhe é submetida e saiba ponderar se há ou não tempo hábil para consultar os instrumentos a que tem acesso, como os NATs ou as próprias políticas públicas disponibilizadas pelo SUS. (CNJ, 2019, p.149).

Observa-se, então que a ausência de conhecimentos técnicos associada à sensibilidade dos casos pode influenciar de forma negativa nas decisões, ademais, o CNJ ainda levantou outro problema existente, sendo ele a complexidade do ordenamento jurídico sanitário, responsável por uma melindrosa para estrutura para formular, implementar e avaliar as políticas públicas de saúde, seguindo como norte os princípios constitucionais. Assim,

É importante que se tenha em mente que adoção do ordenamento sanitário como fundamento das decisões judiciais não pode significar que o Poder Judiciário se omita em relação a faltas do Poder Executivo na realização do Direito à Saúde. O próprio princípio da integralidade não permite que um indivíduo com uma questão de saúde não receba nenhum tipo de resposta do Estado. Contudo, ainda que o Poder Executivo seja omissivo, existem caminhos que devem ser seguidos dentro da estrutura do SUS para qualquer decisão judicial em saúde. Para trilhá-los, o magistrado deve ter sólido conhecimento dos atores institucionais envolvidos e das políticas públicas aplicáveis.

[...]

Dentro do ordenamento jurídico sanitário, as políticas públicas de saúde normatizadas devem cumprir um papel central em decisões judiciais em matéria de saúde. São elas que estabelecem de forma mais concreta como o Estado deve atuar para satisfazer o Direito à Saúde. O magistrado deve ter em mente com total clareza quais são essas políticas, quem as define e que informação deve buscar em cada a depender do caso concreto.

Em demandas por medicamentos, por exemplo, é fundamental que se considere a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), os Protocolos Clínicos e as Diretrizes Terapêuticas do Ministério da Saúde (PCDT), a Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras, a Política Nacional de Assistência Farmacêutica e as normas de registro sanitário da ANVISA. (CNJ, 2019, p. 146-148).

Nesse sentido, seguindo o conceito de ativismo, a não observância dessas normas do ordenamento jurídico sanitário pode ser que se enquadre num caso de ativismo. Aqui começa-se a observar a relação entre ele e a judicialização.

Para exemplificar a atuação jurisdicional o CNJ (2019) utilizou uma ação de medicamentos, neste caso primeiro deveria se identificar qual o procedimento administrativo que autor deveria ter realizado, qual o ente federativo responsável pela demanda, tendo como base a jurisprudência e a Política Nacional da Assistência Farmacêutica, sabendo distinguir os componentes da Assistência Farmacêutica – Básico, Estratégico e Especializado –, ademais, deve-se verificar se o medicamento é fornecido pelo SUS e em caso negativo, se há estudo realizado pela CONITEC sobre a mesma enfermidade e por fim se o medicamento é registro na ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Findando este processo o judiciário terá noção do caso e deverá notificar os entes responsáveis para a resolução de falhas estruturais.

Desta feita, observa-se que o foco do problema consiste na falta de informações e a dificuldade de trabalhar em cima desse conjunto complexo de informações. Tendo em vista esse cenário o CNJ criou em 2010 o Fórum Nacional do Judiciário para Saúde para monitorar e formular propostas nas questões de judicialização da saúde. A partir do Fórum duas Jornadas de Direito da Saúde destacam e elas aprovaram enunciados que serviriam como parâmetros para interpretar decisões judiciais e ajudar o judiciário na resolução de conflitos. A não utilização ou até mesmo o desconhecimento do jurisdicional desses enunciados demonstra o baixo uso das ferramentas existentes (CNJ, 2019).

O problema levantado então refere-se ao desconhecimento e inaplicabilidade direito sanitário nas demandas afetas à saúde, pois a judicialização da saúde constitui um elemento fundamental à democracia sanitária brasileira,

O que a judicialização da saúde nos mostra é que, por mais que as Políticas Públicas estejam bem desenhadas e implementadas pelas leis e pelo Poder Executivo, sempre poderá haver uma necessidade de saúde específica a demandar uma ação estatal que não se encontra, ainda, devidamente regulada em termos coletivos por meio de leis, normas ou serviços específicos. A saúde do cidadão e da sociedade, bem como o fornecimento de serviços públicos adequados às suas necessidades de saúde, são os grandes objetivos do Estado para a garantia do direito à saúde. (CNJ, 2019, p. 160)

Consoante os conflitos levantados o CNJ apresentou através da pesquisa realizada pelo INSPER uma proposta de curso para uma melhor formação dos magistrados em direito sanitário, foi considerado que o direito sanitário constitui um emaranhado complexo e recente do ordenamento jurídico, sendo ele composto por particularidades próprias, bem como de extensa constitucionalidade, legal e infralegal, dessa forma, uma política necessária seria a

que considerasse a conexão entre a legislação sanitária com as informações fundamentais sobre as políticas de saúde pública (CNJ, 2019).

Outra proposta apresentada é a criação por parte dos entes federados de órgãos que solucionem as demandas de saúde pela via extrajudicial, para que a demanda seja judicial só no caso da impossibilidade de negociação. E por fim, também, a criação de varas especializadas em saúde, conforme já existe no TRF4, tal ato permitiria um saneamento mais preciso e eficaz para esses tipos de processos.

Vê-se então que o que acaba por ensejar na confusão entre ativismo e judicialização é essa interferência da função jurisdicional na promoção de políticas públicas, nesse sentido consoante Frederico Azevedo, é necessário estabelecer um equilíbrio, deixando para o judiciário a análise e fiscalização de resultados, de forma que o Executivo detenha a iniciativa de decisões afetas à implementação das políticas públicas, nos limites de suas competências.

De acordo com Luiz Moreira:

a judicialização no Brasil alcançou patamares alarmantes. Segundo esse jurista, o Judiciário passou a interferir em políticas públicas, entrando no mérito do ato administrativo, fugindo de suas competências e envolvendo-se em assuntos que violam a autonomia dos poderes políticos. (MOREIRA, 2013, p. 01 - 04).

Ainda, Luiz Roberto Barroso (2010), em seu artigo intitulado “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”, apontou três oposições ao fenômeno da judicialização, sendo elas: risco para a legitimidade democrática, risco de politização da justiça e limites da capacidade institucional do Judiciário.

Na primeira objeção Barroso aduz que os membros do judiciário não são agentes públicos eleitos pela vontade popular, mas estes desempenham um papel político, principalmente no que tange a invalidação de atos dos outros dois poderes. Tal prerrogativa decorre do fato de que a própria Constituição a concede, contudo, deve-se verificar que os magistrados não detêm vontade política própria, o que eles devem é aplicar a Constituição e as leis, e, ao realizarem tal ato, estarão concretizando decisões já tomadas pelo constituinte ou legislador, ou melhor, pelos representantes do povo.

Assim, a jurisdição quando exercida de maneira conforme à Constituição garante a democracia, logo permitir que o judiciário invada esferas que não lhe compete acabaria trazendo um risco a mesma. O judiciário deve atuar como intérprete máximo da Constituição, não pode trazer para si competência alheia, vez que colocaria em risco o bom funcionamento da justiça.

Na segunda oposição sustenta que

cabe reavivar que o juiz: a) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; b) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; c) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (isto é, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia. (BARROSO, 2012, p. 29-30).

E, por fim, na última objeção é trazida a questão das capacidades institucionais e efeitos sistêmicos. A capacidade institucional refere-se às habilidades que cada poder está mais apto a exercer, o risco de efeitos sistêmicos (imprevisíveis, indesejados), pode sugerir uma postura cautelar por parte do judiciário. Em regra, o juiz está preparado para efetivar a justiça no caso concreto, contudo, nem sempre ele detém informações suficientes para avaliar o impacto das decisões proferidas, bem como não é passível de responsabilização política por escolhas aparentemente equivocadas.

Resta claro, então, que o ato de judicializar é transferir parte da função executiva e legislativa para o judiciário e este por si só não constitui ativismo, contudo, na medida em que tal ato se dá quando há sobreposição ou ignorância do magistrado acerca da legislação, o ativismo existe. Dessa forma, considerando-se que o desconhecimento ou não uso das normas de direito sanitário, bem como dos protocolos e diretrizes do SUS, constituem sobreposição ou afastamento do direito a ser posto, as decisões proferidas no âmbito da judicialização da saúde podem estar eivadas de ativismo. Conforme já apresentado existem mecanismos a fim de modificar esse cenário, concedendo aos magistrados o conhecimento necessário para aplicar a legislação no caso concreto.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Defronte ao elucidado, resta evidente que o direito à saúde vem sendo negligenciado, não somente em face das ausências estatais, mas também do desconhecimento dos protocolos e diretrizes utilizadas pelo SUS, sendo que o número elevado de processos judiciais tem revelado à necessidade de se levar ao judiciário um direito que deveria estar posto.

O que se pode observar é que o crescente número de processos judiciais atrelados à saúde está intrinsecamente subordinado à ausência de conhecimento dos procedimentos e medicamentos fornecidos pelo SUS, vez que os tratamentos requisitados pela via judicial muitas vezes possuem alternativas terapêuticas fornecidas pela administração pública.

Não obstante, o fundo de saúde vem sendo prejudicado em face das demandas judiciais, visto que o montante gasto para cumprir as decisões saem da verba destinada à saúde, ainda, deve-se atentar ao fato de que as demandas sociais são infinitas e de difícil cumprimento integral, devendo-se, então, observar o binômio necessidade/possibilidade, bem como a teoria da reserva do possível.

Necessário apontar, ainda, que as políticas públicas, atuantes como facilitadoras de entrega de direitos, são formadas através de um estudo e consenso pelos gestores que irão avaliar a real necessidade de implementação, sua forma de atuação e seu funcionamento no geral, ou seja, é necessário uma avaliação técnica por agentes especializados. Por este ângulo não seria permitido que a função jurisdicional pudesse interferir nesse assunto, destacando sua incapacidade técnica. Contudo, a judicialização possui o devido respaldo normativo, mostrando-se completamente legítima. Apesar disso, é necessário que essa ingerência seja comedida, para que não haja um desequilíbrio elevado na aplicação de direitos, lembrando que o Estado deve atender à toda sociedade e não todos os casos isolados existentes, vez que não há recursos disponíveis para tanto, ou seja, deve-se prezar pelo mínimo existencial.

Nesse viés, verificou-se que o principal problema da judicialização da saúde refere-se ao fato de desconhecimento do funcionamento do SUS, não somente por parte da sociedade, mas principalmente do judiciário, na medida em que existe um direito que irá reger o direito à saúde, suas diretrizes e protocolos, qual seja, o sanitário.

Nessa perspectiva identificando um fenômeno judicial atual e que vem habitualmente ocorrendo, o ativismo judicial, isto é, a atuação judiciária com a inobservância legal, buscou-se analisar se há a ocorrência do mesmo nos casos de judicialização. Não restam dúvidas que o direito à saúde é uma garantia constitucional e deve ser concedido, o que se faz necessário é a observação das minúcias que este direito apresenta. Então, para que se possa ter um

arcabouço jurídico capaz de enfrentar questões litigiosas afetas à saúde é imprescindível que as regras do direito sanitário e os protocolos e diretrizes do SUS sejam observadas, destaca-se que é um direito com normas esparsas e de difícil compreensão, por esse motivo, há inclusive uma proposta pelo Conselho Nacional de Justiça de inclusão no curso de magistrados o direito sanitário.

Conclui-se, portanto, que a judicialização da saúde representa uma conquista do estado de bem estar social, contudo, considerando a complexidade do direito sanitário entende-se que é necessário que os estudos sobre o mesmo, por parte do judiciário sejam ampliados, com vistas a propiciar melhores soluções para o caso concreto, auxiliando na redução do número de processos que hoje se mostra expressivo e ainda evitando que a saúde pública se torne ainda mais deficitária. Ainda, é vital que a função jurisdicional observe as Resoluções e propostas do Conselho Nacional de Justiça, utilizando também os julgados já existentes como parâmetro, observando os limites de atuação já fixados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

AMARAL, Tarsila Costa do. Direito à saúde: Dilemas do fenômeno da judicialização da saúde. **Caderno Ibero-americano de Direito Sanitário**, Brasília, 8(2): 1-132, abr./jun., 2019

ANDRADE, Danilo. **Políticas Públicas: o que são e para que existem**. Politize!, 2016. Disponível em: < <https://www.politize.com.br/politicas-publicas/>>. Acesso em 03 de dez. 2019.

ANDRADE, Diogo de Calasans Melo. Políticas públicas, mínimo existencial e Poder Judiciário: a questão do direito à moradia. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 6, n. 1, p. 150-165, 2016.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito FGV**, São Paulo 8 (1). p. 059-086. jan./jun, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BRASIL. **Lei n.º 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 31/2010**. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atosnormativos?documento=877>>. Acesso em 20 março 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1988.

BRASIL. **Lei n.º 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, Brasília, DF, 1990.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1657165/RJ**. Administrativo. Recurso Especial representativo de controvérsia. Tema 106. Julgamento sob o rito do art. 1.036 do CPC/2015. Fornecimento de medicamentos não constantes dos atos normativos do SUS. Possibilidade. Caráter excepcional. Requisitos cumulativos para o fornecimento. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Fatima Theresa Esteves dos Santos Oliveira. Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Data de julgamento: 25/04/2018, s1 – primeira seção, Data de publicação: DJe 04/05/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574252474/recurso-especial-resp-1657156-rj-2017-0025629-7/inteiro-teor-574252509>>. Acesso em: 15 abril 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 657.718/MG**. Saúde – Medicamento – Falta de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Ausência do

direito assentada na origem – Recurso Extraordinário – Repercussão Geral – Configuração. possui repercussão geral a controvérsia acerca da obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Reclamante: Alcirene De Oliveira. Reclamado: Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Marco Aurélio, Data de julgamento: 22/05/2019, Data de publicação: DJe 04/06/2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE657718.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175**. Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 30/04/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 10 abril 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 566471/RN**. Saúde - Assistência - Medicamento De Alto Custo - Fornecimento. Possui repercussão geral controvérsia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. Reclamante: Estado do Rio Grande do Norte. Reclamado: Carmelita Anunciada de Souza. Relator(a): Ministro Marco Aurélio, julgado em 15/11/2007, DJe-157. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>>. Acesso em: 05 de fev. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (2ª Região). **Judicialização da saúde – Valor Econômico – 12/6/19**. Disponível em: <<https://www10.trf2.jus.br/comite-estadual-de-saude-rj/judicializacao-da-saude-valor-economico-12619/>>. Acesso em 04 de abril 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (2ª. Região). **Um único remédio custou ao SUS R\$ 2,44 bilhões em 11 anos, revela estudo – Folha de São Paulo – 02-03-2020**. Disponível em: <<https://www10.trf2.jus.br/comite-estadual-de-saude-rj/um-unico-remedio-custou-ao-sus-r-244-bilhoes-em-11-anos-revela-estudo-folha-de-sao-paulo-02-03-2020/>>. Acesso em 27 de jul. 2020.

CALÇADA, Luís Antonio Zanotta. **Ativismo judicial e políticas públicas: Relações Complementares ou Tensionais**. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público. Porto Alegre, 2018.

CALSAVARA, Márcia Valéria. **Jurisprudência mineira acerca da judicialização da saúde pública**. Dissertação (Mestrado Acadêmico) – Universidade Federal de Lavras, Lavras, 2017.

CAPELLA, Ana Cláudia Niedhardt. **Formulação de Políticas**. Enap: Brasília, 2018.

CARVALHO, Flávia Wanzeler. **Judicialização do direito à saúde: aspectos relevantes da Audiência Pública n. 04/2009**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40164/judicializa>>

cao-do-direito-a-saude-aspectosrelevantes-da-audiencia-publica-n-04-2009 >. Acesso em 22 de março 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO FILHO. **Políticas Públicas e pretensões judiciais determinativas**. In: FORTINI, Cristina; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Org.). **Políticas Públicas: Possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Instituto de Ensino e Pesquisa. Justiça Pesquisa. **Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Brasília, 2019. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2019/03/relatoriojudicializacao-saude-Inspcr-CNJ.pdf>>. Acesso em 05 de abril 2019.

COSTA, Frederico Magalhães. **Judicialização da política e ativismo judicial à luz do procedimentalismo e do substancialismo**. Conteúdo Jurídico.

COSTA, Kemily Benini; SILVA, Lia Mota; OGATA, Marcia Niituma. A judicialização da saúde e o Sistema Único de Saúde: revisão integrativa. **Caderno Ibero-americano de Direito Sanitário**, Brasília, 9(2): abr./jun., 2020.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas Públicas**. Princípios, Propósitos e Processos. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. 4. ed, rev., atual. e ampl., Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: JusPodivm, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FRANZESE, Cibele; ABRUCIO, Fernando Luiz. **Federalismo e Políticas Públicas: O impacto das relações intergovernamentais no Brasil**, 2007. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/242213262_Federalismo_e_politicas_publicas_o_impacto_das_relacoes_intergovernamentais_no_Brasil>. Acesso em 03 de abril 2020.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões – MAD. **Univ. JUS**. Brasília, n. 21, p 1-17, jul./dez, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; SICA, Ligia Paula Pinto. (Coord.). **Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde**. Relatório de pesquisa. Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2014.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no estado constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

MARQUES, Silvia Badin. Judicialização do direito à saúde. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 65-72., jul./out, 2008.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Responsabilidade dos entes**. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/index.php/sistema-unico-de-saude/responsabilidade-dos-entes>>. Acesso em 19 de abril 2019.

MONTEIRO, Andréa Souto Martins; CASTRO, Larissa de Paula Gonzaga. **Judicialização da saúde: causas e consequências**. Dissertação (Programa de pós-graduação em vigilância sanitária). Pontifícia Universidade Católica de Goiás – PUCGO, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

MOREIRA, Luiz. Judicialização da política no Brasil. **Le Monde Diplomatique Brasil**. 01/02/2013. Disponível em: < <https://diplomatique.org.br/judicializacao-da-politica-no-brasil/> >. Acesso em 7 de maio 2020.

PAULA, Carlos Eduardo Artiaga; SILVA, Ana Paula da; BITTAR, Cléria Maria Lôbo. Expansão do poder judicial no Sistema Único de Saúde. **Revista de Bioética**, v. 27, n. 1, Brasília, DF, Jan./Mar. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422019000100111>. Acesso em 02 de março 2020.

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

RAMOS. Glauco Gumerato. Matéria Especial: Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. **MPMG Jurídico**, out./nov./dez., 2019.

RAMOS. Glauco Gumerato. O garantismo processual. **Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo, v. 1, n. 2, jul./dez., 2019.

RIBEIRO, Catarina de Sá Guimarães; QUEIROZ, Cristina Câmara Wanderley. Breve panorama da judicialização da saúde no Brasil e os reflexos dos julgamentos dos recursos repetitivos pelos Tribunais Superiores. **Caderno Ibero-americano de Direito Sanitário**, Brasília, v. 8, n. 3, jul./set., 2019

RIBEIRO, José Mendes; MOREIRA, Marcelo Rasga. A crise do federalismo cooperativo nas políticas de saúde no Brasil. **Saúde Debate**, Rio de Janeiro, v. 40, n. especial, p. 14-24, dez 2016. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/sdeb/v40nspe/0103-1104-sdeb-40-spe-0014.pdf> >. Acesso em 02 de abril 2019.

SAKAI, Mariana Katsue; SELOW, Marcela Lima Cardoso. Uma análise da judicialização das políticas públicas em face da teoria da reserva do possível e do princípio da igualdade. **Vitrine Produção Acadêmica**, Curitiba, v.3, n.2, p.300-650, jul./dez., 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 39. ed., rev. e atual., até a Emenda Constitucional n. 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, Erick Miranda; ANDRADE, Tabira de Souza; SAEGER, Márcia Maria de Medeiros Travassos. Judicialização de políticas públicas: uma análise da intervenção do Poder Judiciário na elaboração, implantação e execução de políticas públicas à luz da jurisprudência do STF e do STJ. **Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas**, vol. 16, n. 109, jul./dez., 2015.

SOLIMANI, Carlos Henrique; SILVA, Juvencio Borges. A Judicialização das Políticas Públicas e o Ativismo Judicial como Meios de Concreção dos Direitos Individuais, Sociais e Coletivos. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 1, p. 179-203, abril, 2019.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, no 16, p. 20-45, jul./dez., 2006.

STACCIARINI, Samantha. Teoria da justiça em Aristóteles. **Revista Eletrônica Direito e Política**, v.2, n.1, Itajaí, 1º quadrimestre de 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso** – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: LÉMEN JURIS, 2009.

TAVARES, Luiz Marcelo Cabral. Comunicação breve: As tutelas de urgência na judicialização da saúde e a medicina baseada em evidências. **Caderno Ibero-americano de Direito Sanitário**, Brasília, v. 8 n. 3, jul./set., 2019.

VIDAL, Jaume, DI FABIO, José Luis. Judicialización y acceso a tecnologías sanitarias: oportunidades y riesgos. **Revista Panamericana de Salud Publica**, 2017; v. 41, n. 137, 2017.

VIEIRA, Samuel de Jesus. **A judicialização de políticas públicas no estado do bem-estar social (Welfare State):** considerações sobre a abrangência da atuação do Poder Judiciário na concretização de direitos sociais previstos no texto constitucional brasileiro. Conteúdo Jurídico, 2018. Disponível em : <<https://bit.ly/35WcLC4>>. Acesso em 03 de dez. 2019.