

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO (UNICAP)  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS (CCJ)  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (PPGD/UNICAP)  
CURSO DE DOUTORADO EM DIREITO**

Paulo Joviniano Álvares dos Prazeres

**DO PROTAGONISMO JUDICIAL AO DIÁLOGO INSTITUCIONAL: OS MEIOS DE  
RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS COMO INSTRUMENTOS À  
DESJUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**

Recife

2022

Paulo Joviniano Álvares dos Prazeres

**DO PROTAGONISMO JUDICIAL AO DIÁLOGO INSTITUCIONAL: OS MEIOS DE  
RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS COMO INSTRUMENTOS À  
DESJUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP) como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Direito, Processo e Cidadania.

Linha de Pesquisa: Jurisdição, Cidadania e Direitos Humanos.

Orientador: Prof. Dr. Glauco Salomão Leite.

Recife

2022

P921d

Prazeres, Paulo Joviniano Álvares dos  
Do protagonismo judicial ao diálogo institucional:  
os meios de resolução alternativa de conflitos como  
instrumentos à desjudicialização da saúde. / Paulo  
Joviniano Álvares dos Prazeres, 2022.  
165 f.

Orientador: Glauco Salomão Leite  
Tese (Doutorado) - Universidade Católica de  
Pernambuco. Programa de Pós-graduação em Direito.  
Doutorado em Direito, 2022.

1. Direitos fundamentais. 2. Judicialização da saúde.  
3. Sistema Único de Saúde (Brasil). 3. Poder judiciário e  
questões políticas. I. Título.

CDU 342.7

Luciana Vidal - CRB-4/1338

Nome: Paulo Joviniano Álvares dos Prazeres

Título: Do protagonismo judicial ao diálogo institucional: os meios de resolução alternativa de conflitos como instrumentos à desjudicialização da saúde

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP) como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Aprovado em: 19/08/2022.

#### **Banca Examinadora**

Orientador/Presidente: Prof. Dr. Glauco Salomão Leite

Instituição: Universidade Católica de Pernambuco

Assinatura: 

Prof. Dra. Livia Dias Barros

Instituição: Universidade Católica de Pernambuco


Julgamento: APROVADO

Assinatura: 

Prof. Dr. Mateus Costa Pereira

Instituição: Universidade Católica de Pernambuco

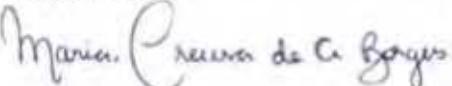
Julgamento: APROVADO

Assinatura: 

Prof. Dra. Maria Creusa de Araújo Borges

Instituição: Universidade Federal da Paraíba

Julgamento: APROVADO

Assinatura: 

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo

Instituição: Universidade Federal do Tocantins

Julgamento: APROVADO

Assinatura: *Valter Moura do Carmo*

Prof. Dr. Vinicius de Negreiro Calado

Instituição: Universidade Católica de Pernambuco

Julgamento: APROVADO

Assinatura: *Vinicius Calado*

## **DEDICATÓRIA**

Se eu fui capaz de chegar até aqui, foi graças às bênçãos de Deus e à intercessão incessante de Maria e dos santos do céu.

Contei sempre com o apoio e amor de meus pais João e Lubércia, que sempre me incentivaram a me dedicar ao estudo, desde o colégio. Vocês sempre foram minha base na vida, no estudo e no mundo. Vocês são responsáveis por me fazer crer e realizar que eu poderia chegar aonde quisesse e me dediquei especialmente para esse resultado todos os dias da minha vida. Esse doutorado é prova do amor e apoio incondicional de vocês. Certamente não chegaria até onde estou sem os pais dedicados e amorosos que tive. A vocês, meu muito obrigado! Dedico essa tese e toda minha jornada a vocês.

Dedico, ainda, este trabalho a minha irmã, pelo amor fraterno, por ser minha grande apoiadora e companheira da vida.

A Laís, te dedico pelo amor e companhia, pela travessia desse momento tão turbulento, que rogo a Deus finde em flores. Te amo!

E, por fim, dedico aos amigos de vida: Roberto Lemos, Bruno Oliveira e à grande amiga, Greyce Pires.

## AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço a Deus, pelo dom da vida e pela permissão de até aqui chegar; desejo também exprimir os meus agradecimentos a todos aqueles que, de alguma forma, permitiram que esta tese se concretizasse.

Quero agradecer, em especial, ao Prof. Dr. Glauco Salomão Leite, por ter-me incluído em sua pesquisa e orientar este trabalho; agradeço-lhe, ainda, pelo tema do trabalho, por ter partilhado as indicações bibliográficas, o que fez possível fazer ultrapassar dificuldades surgidas. Agradeço, de igual forma, ao Prof. Dr. Francisco Caetano Pereira, orientador do estágio-docência e, para além disso, sacerdote romano e meu diretor espiritual, pelas conversas que, de uma forma ou de outra, sempre deram resultados práticos e importantes.

À Prof. Dra. Marília Montenegro. Quero, de uma forma particular, expressar o meu muito obrigado por tudo, pela forma amiga e generosa com que me incentivou a seguir na pesquisa eleita; ao Prof. Dr. Roberto Wanderley, pelos debates sempre acalorados, porém respeitosos, agradeço pela acolhida e amizade; ao Prof. Raymundo Juliano, pelas parcerias em publicações e congressos; ao Professor Dr. Joao Paulo Allain, pelos conhecimentos partilhados e, de igual forma, pela partilha em publicação académica; por fim, agradeço ao Prof. Dr. Marcelo Labanca, por quem possui imensa admiração, professor que, desde a época da graduação, me fez inspirar e vocacionar a docência académica.

Agradeço à Fundação de Amparo à Ciência e Tecnologia do Estado de Pernambuco, pelo financiamento da pesquisa que permitiu a confecção do presente trabalho.

*“Porque sou eu que conheço os planos que tenho para vocês”, diz o Senhor, “planos de fazê-los prosperar e não de causar dano, planos de dar a vocês esperança e um futuro. Então vocês clamarão a mim, virão orar a mim, e eu os ouvirei. Vocês me procurarão e me acharão quando me procurarem de todo o coração”*

***Jeremias 29:11-13.***

## RESUMO

Muito embora possa se verificar uma vasta produção acadêmica acerca do fenômeno da judicialização, a temática ainda abrange inúmeras controvérsias e pende de solução. A crescente judicialização se correlaciona ao fato de que o Poder Judiciário passou a ser demandado a decidir sobre a compatibilidade dos atos comissivos e omissivos do poder estatal. Nesse sentido, o presente estudo analisará decisões de repercussão geral emanadas pelo STF e se é possível constatar a existência de parâmetros acerca da judicialização da saúde, sendo que, por meio de uma análise parcialmente comparativa, o trabalho também observará decisões emblemáticas da Corte colombiana e da África do Sul, e em como cada um desses países trata esse fenômeno. Como alternativa à crescente judicialização, o trabalho percorrerá a importância dos diálogos institucionais e a possibilidade de solução dos conflitos na área da saúde, por meio dos métodos alternativos de resolução de conflitos. Dessa forma, será possível demonstrar, através de casos práticos que estão em andamento em vários Estados brasileiros, o sucesso dos meios alternativos de resolução de conflitos na área de saúde, de modo a propiciar maior efetividade dessa garantia constitucional, além de reduzir gastos públicos e frear a judicialização. A pesquisa se utiliza do método de revisão bibliográfica sistemática, visto que corresponde ao uso de diversas revisões bibliográficas para integrar e analisar de forma eficiente uma grande quantidade de informação, possibilitando uma decisão/conclusão mais eficaz.

**Palavras-chave:** Judicialização. Métodos alternativos. Diálogos institucionais. Políticas públicas. Saúde. SUS.

## ABSTRACT

Although there is a vast academic production on the phenomenon of judicialization, the theme still encompasses numerous controversies and is pending solution. The growing judicialization is correlated to the fact that the Judiciary is now required to decide on the compatibility of the commissive and omissive acts of the state power. In this sense, the present study will analyze decisions of general repercussion issued by the STF and if it is possible to verify the existence of parameters about the judicialization of health, and, through a comparative analysis, the work will also analyze emblematic decisions of the Colombian Court and Africa of the South, and how each of these countries deal with this phenomenon. As an alternative to the growing judicialization, the work will explore the importance of institutional dialogues, and the possibility of resolving conflicts in the health area, through alternative methods of conflict resolution. In this way, it will be possible to demonstrate, through practical cases that are underway in several Brazilian states, the success of alternative means of conflict resolution in the health area, in order to provide greater effectiveness of this constitutional guarantee, in addition to reducing public spending and braking the judicialization. The research uses the systematic bibliographic review method, since it corresponds to the use of several bibliographic reviews to efficiently integrate and analyze a large amount of information, enabling a more effective decision/conclusion.

**Keywords:** Judicialization. Alternative methods. Institutional dialogues. Public policy. Health. SUS.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

<i>ADR</i>	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ATS	Avaliação em Tecnologias de Saúde
CAO/Saúde	Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça e Defesa da Saúde
CCC	Corte Constitucional Colombiana
CCSA	Corte Constitucional da África do Sul
CESCR	UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights
CF/88	Constituição Federal de 1988
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CONASEMS	Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde
CONASS	Conselho Nacional de Secretários de Estado de Saúde
CONITEC	Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologia
CPC/91	Constituição Política da Colômbia de 1991
ENAM	Escola Nacional de Mediação e Conciliação
ENFAM	Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados
FNJ	Fórum Nacional do Judiciário
FPE	Fundos de Participações dos Estados
FPM	Fundos de Participações dos Municípios
FUNASA	Fundação Nacional de Saúde
INPS	Instituto Nacional de Previdência Social
INSPER	Instituto de Ensino e Pesquisa
MARCS	Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos
NATJUS	Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PCDTs	Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas
PROADI-SUS	Programa de Desenvolvimento Institucional do Sistema Único de Saúde
RE	Recurso Extraordinário
REBRATS	Rede Brasileira de Avaliação de Tecnologia em Saúde
RENAME	Relação Nacional de Medicamentos

RENASES	Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde
REsp	Recurso Especial
SRJ	Secretaria de Reforma do Judiciário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	13
<b>1. DO DIREITO DA SAÚDE À JUDICIALIZAÇÃO DESENFREADA</b> .....	16
1.1.O histórico constitucional do direito da saúde no Brasil.....	16
1.2.Os direitos sociais sob a ótica do Constitucionalismo Aspiracional.....	25
1.3.A exigibilidade do direito fundamental à saúde enquanto direito social.....	29
<b>2. DA JUDICIALIZAÇÃO AO ATIVISMO JUDICIAL E SEUS IMPACTOS NA PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL</b> .....	38
2.1.Judicialização das políticas públicas.....	38
2.2.A judicialização da política e a judicialização da saúde.....	43
2.3.Entre os limites do ativismo e da autocontenção judicial.....	50
2.4.A diferença entre judicialização e o ativismo de Juízes e Tribunais.....	56
2.5.O papel do Supremo Tribunal Federal frente à judicialização da saúde: uma análise jurisprudencial.....	65
<b>3. A BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DA SAÚDE POR INTERMÉDIO DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS</b> .....	80
3.1. A importância dos diálogos institucionais para efetivação da saúde.....	80
3.2. A participação social como fator para a desjudicialização da saúde.....	90
3.3.O Conselho Nacional de Justiça e a busca por soluções negociáveis para judicialização da saúde no Brasil.....	95
3.4.A experiência da Colômbia e da África do Sul e como pode contribuir para o Brasil.....	99
<b>4. (DES)JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE ATRAVÉS DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS</b> .....	114
4.1.Conciliação e Mediação na área da Saúde.....	114
4.2.A judicialização da saúde e o papel das câmaras de conciliação na Administração Pública.....	129
4.3.A efetivação do direito à saúde através dos meios alternativos de resolução de conflitos.....	135
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	144
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	150

## INTRODUÇÃO

O Judiciário brasileiro se transformou em uma nova arena de reivindicação de direitos sociais, interferindo nas escolhas políticas, governamentais e tecnológicas que integram as políticas públicas de saúde. Por um lado, essas intervenções nem sempre são pautadas por objetivos mínimos e padrões razoáveis. Além da falta de capacidade institucional dos juizes locais para lidar com questões técnicas e complexas relacionadas à saúde pública, também levam à existência de leis para o tratamento desses assuntos. Incerteza. Por outro lado, os atores políticos não podem simplesmente ignorar os riscos de judicialização no planejamento e implementação das políticas públicas, o que acabará por agravar as tensões institucionais entre os poderes do Estado.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) é considerada dirigente na medida em que fixa uma série de programas, metas e ações que devem ser concretizados pelo Estado mediante políticas públicas, especialmente para realizar direitos sociais e econômicos, como o direito universal à saúde. O dirigismo constitucional, ao traçar prioridades para o Poder Público, busca promover transformações efetivas na sociedade, não se contentando com a manutenção do *status quo*.

Esse modelo se insere em um movimento mais amplo denominado Constitucionalismo Aspiracional (*Aspirational Constitutionalism*), de que são exemplos várias Constituições recentes da América Latina e que se caracterizam pelo extenso catálogo de direitos fundamentais e por almejam objetivos sociais bastante ambiciosos, revelando, com isso, um viés utópico. Entretanto, ao se positivar certo conteúdo no texto constitucional, isso significa retirá-lo da esfera de livre deliberação política ordinária e, ao mesmo tempo, aumentar o raio de atuação do Poder Judiciário.

Pretende-se fazer uma abordagem sobre o modo de atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) no âmbito de ações judiciais quando relacionadas ao controle de políticas públicas realizadoras do direito fundamental à saúde, analisando criticamente os parâmetros usados pelo Tribunal em tais casos. Além disso, busca-se estudar formas alternativas e extrajudiciais para assegurar o direito à saúde, entre eles a conciliação e a mediação e o que se pode extrair dessa experiência a partir de sua implementação em alguns Estados brasileiros.

Tais modelos apostam na lógica de um diálogo institucional envolvendo atores como o Ministério Público, a Defensoria Pública e as Secretarias de Saúde, que viabilizam soluções para as demandas de saúde sem envolver o Poder Judiciário. Com isso, o modelo de separação de poderes de cunho adversarial é substituído por outro centrado na ideia de cooperação

institucional, reduzindo-se o déficit democrático do protagonismo judicial. Dessa forma, o tema central do presente estudo reside em saber se os meios alternativos para resolução de conflitos reduzem as desvantagens decorrentes da judicialização excessiva e aprimoram o acesso ao direito à saúde.

Para isso, o trabalho será dividido em capítulos no qual, o primeiro, se preocupará em analisar questões inerentes ao direito fundamental à saúde e organização do sistema único, de modo a evidenciar o alcance desse direito nas Constituições. Nesse aspecto, a fim de sedimentar um estudo comparativo realizado ao final do trabalho entre os países da Colômbia e África do Sul, o trabalho percorrerá as características do Constitucionalismo Aspiracional.

A esse respeito, importa compreender que, muitas vezes, as Constituições têm sido um símbolo político destinado a compensar o déficit de manobras políticas cometidas pelos governos, ao invés de regras e leis destinadas a limitar o poder ou consagrar direitos. No Direito Constitucional, há uma ambiguidade entre o olhar discursivo para o presente e outro que olha para o futuro, ou seja, essa ambiguidade reside entre o discurso jurídico e o discurso político. Isso acontece especialmente em um tipo particular de Constituição, cujo objetivo é alcançar o progresso social e um futuro melhor para a sociedade.

Diante disso se deriva o Constitucionalismo Aspiracional, evidenciado na Colômbia e na América Latina em geral. Esse constitucionalismo prospera especialmente em situações onde existe uma grande insatisfação com o presente e uma forte crença nas possibilidades de um futuro melhor.

Tendo em vista que o texto constitucional apresenta um numeroso rol de direitos individuais/sociais garantidos aos indivíduos onde se está inserido o direito à saúde, o qual é incumbido ao Supremo Tribunal Federal a missão de zelar pelo cumprimento da Constituição Federal, será possível evidenciar a eclosão do fenômeno denominado como ativismo judicial.

Dessa forma, não raras as vezes, denota-se que a doutrina, os juízes singulares e os Tribunais passaram a conceber o ativismo judicial como característica própria de jurisdição, ou seja, majoritariamente, a atuação ativista do Judiciário é considerada como uma “solução” para os problemas sociais ou, ainda, indispensável para o cumprimento do texto constitucional. Assim, o segundo capítulo se preocupará em analisar os aspectos do ativismo judicial e em como a Corte brasileira está tratando o fenômeno.

Superada a respectiva compreensão acerca do fenômeno da judicialização, o terceiro capítulo percorrerá temáticas inerentes aos diálogos institucionais, de modo a analisar como ele pode contribuir com o fenômeno da judicialização, em especial, a matéria da saúde. Isso porque a teoria dos diálogos institucionais surge com o objetivo de minimizar os impactos da

supremacia judicial, do autoritarismo judicial, que nas demandas relacionadas à saúde podem não solucionar o problema, mas agravar a situação da ineficiência da saúde pública.

Nesse capítulo também será possível estudar a temática por meio de uma análise comparada com os países da Colômbia e África do Sul, analisando decisões emblemáticas das Cortes Supremas de cada um desses países sobre o fenômeno da judicialização da saúde.

A partir disso, será possível atingir o desfecho final desse estudo, qual seja, como os mecanismos de resolução extrajudicial podem impactar na judicialização da saúde no Brasil. O capítulo 4 centralizará os métodos alternativos de resolução de conflitos e em como eles podem impactar no fenômeno da judicialização da saúde. Como narrado, os Tribunais estão sobrecarregados e demonstram que o modelo litigioso de resolução de disputas encontra-se esgotado, sendo necessário buscar alternativas.

Dessa forma, será possível entender por desjudicialização o traçar de um caminho inverso da burocratização no processo judicial, que busca, por meio de diálogos, formas consensuais entre as partes para a resolução do conflitos, firmando, assim, acordos para que tudo possa ser resolvido de uma forma menos desgastante e penosa. Isso, no entanto, acaba reduzindo o processo do trâmite extrajudicial, não sobrecarregando, então, a esfera jurídica, o que acarreta em uma maior rapidez para sanar as dificuldades da parte que se sente lesada.

A fim de se alcançar o objetivo que se pretende, qual seja, se os métodos alternativos para resolução de conflitos podem ser considerados uma vantagem para a desjudicialização do direito à saúde, o trabalho se utilizará do método de revisão bibliográfica sistemática. Esse método corresponde ao uso de diversas revisões bibliográficas para integrar e analisar de forma eficiente uma grande quantidade de informação, possibilitando uma decisão/conclusão mais eficaz.

Nesse sentido, cumpre destacar, como aponta Mulrow (1994, p. 74) que o uso de procedimentos sistemáticos aumenta a confiabilidade e acuracidade das conclusões e resultados do estudo, porque, muito embora a revisão sistemática ocupe muito tempo e recursos, ainda assim, é mais rápida e custa menos do que a iniciação de um estudo completamente novo, haja vista que busca analisar resultados publicados, mas que não foram devidamente explorados.

Portanto, com base na proposição abordada, o presente trabalho busca permear o direito à saúde e os efeitos na judicialização desse direito, avaliando se a judicialização excessiva se torna um impasse para sua concretização e se seria possível contê-la por meio dos métodos extrajudiciais de resolução de conflitos. Para embasar a proposição, o presente estudo também se preocupou em analisar estudos comparativos.

## 1. DO DIREITO DA SAÚDE À JUDICIALIZAÇÃO DESENFREADA

A primeira seção tem como objetivo específico estabelecer o alcance do direito à saúde na Constituição Federal de 1988. Para tanto, será realizada uma análise a partir do constitucionalismo, tendo como foco principal o Constitucionalismo Aspiracional e a afirmação dos direitos fundamentais. Busca-se avaliar o direito à saúde na Constituição de 1988 e na legislação infraconstitucional, para estabelecer o seu alcance e apresentar o panorama da judicialização deste direito no Brasil.

### 1.1 O histórico constitucional do direito da saúde no Brasil

O histórico da saúde antes da Constituição de 1988 demonstra a complexidade que envolve a garantia do direito à saúde no Brasil. Por isso, é necessário realizar uma contextualização dos períodos históricos que antecedem a redemocratização do país, com a Constituição de 1988. Para a análise, serão levados em conta os períodos seguintes: Descobrimiento ao Império (1500-1889); da República Velha (1889-1930); da Era Vargas (1930-1964); do Autoritarismo (1964-1984); da Nova República (1985-1988) e do Pós-Constituinte (1989-atual) (ALVES, 2017).

As condições de insalubridade bem como as navegações e o tráfico de escravos acabaram culminando na disseminação de doenças entre os povos nacionais e internacionais, como foi emblemático no caso da febre amarela – dentre outras doenças – e das ações arbitrárias adotadas por Oswaldo Cruz, que antecederam a chamada “Revolta da Vacina” em 1904. Assim, observa-se que nesse período, entre os anos de 1500 a 1889, havia, basicamente, dois tipos de ações para promoção da saúde: no âmbito da saúde pública – sem a existência de um sistema organizado, como o SUS – com ações de controle pensadas em razão da economia e no âmbito da previdência social, diante de ações individuais em prol dos trabalhadores, o que suscita a dicotomia da saúde, cuja proteção social é fragmentada e desigual, predominando um sistema de saúde privado e concentrado nos centros urbanos (ALVES, 2017).

No período que compreende os anos de 1500 a 1889, a única forma de acesso da população à saúde era destinada à cura de doenças e se dava por intermédio de boticários, curandeiros e da medicina social. A introdução da medicina social teve como marco a criação da Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro, em 1829, que, em diversos momentos da história, impõe-se como guardião da saúde pública e atua na luta em defesa pelas ciências médicas (NUNES, 2000, p. 34).

O surgimento da medicina social se dá em um amplo contexto, o qual envolve questões de higiene, regulamentação sobre farmácias, enterros que ocorriam nas igrejas e educação física das crianças. Além disso, denúncia a carência de hospitais e condições de insalubridade em que viviam algumas famílias com superlotação e medidas para melhorar a assistência aos doentes mentais (NUNES, 2000, p. 258).

Os registros históricos do século XVIII demonstram que a administração portuguesa, sobretudo até a segunda metade deste século, não se caracterizou “[...] pela organização do espaço social, visando um ataque planejado e continuado às causas de doença, agindo, por isso, de modo muito mais negativo que positivo, no que diz respeito à saúde” (LEMOS, 1967, p. 54).

Esse período foi sucedido pela República Velha (1889-1930) e os movimentos de introdução do capitalismo no Brasil. Nesse período é importante ressaltar, principalmente, os movimentos operários de 1917 e 1919, reivindicando melhores condições de trabalho e aumento de salário, com movimentos grevistas. Nesse momento histórico, sobretudo no âmbito da saúde, ocorre o surgimento de doenças, como febre amarela, varíola, tuberculose, sífilis e outras endemias rurais.

Acerca da saúde preventiva, o Brasil passou por inúmeras adversidades administrativas e institucionais, decorrentes do restrito desenvolvimento científico, tecnológico e industrial, bem como pela expansão da assistência médica atrelada à lógica do mercado. Também deve ser considerado o lento processo de formação de uma consciência dos direitos de cidadania (FUNASA, 2017).

Entre os períodos de 1920 ao final de 1980, o que era conhecido por um sistema de saúde, na verdade pautava-se pela percepção de seguro social, ou seja, apenas os contribuintes possuíam a garantia do acesso à saúde e se caracterizava por instituições públicas e outras privadas, sem qualquer relação entre elas. Nessa época, o direito à assistência médica estava vinculado à Previdência Social e as ações coletivas de saúde eram de responsabilidade do Ministério da Saúde (ELSTER, 1992 *apud* AMARAL, 2001).

O marco no Brasil de proteção social ocorreu com a edição da Lei Eloy Chaves em 1923 que, dentre outras disposições, mencionava a garantia de assistência médica aos contribuintes. Essa legislação instituiu as Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs), sendo um marco inicial da previdência no Brasil. Posteriormente, foi criado o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) (CARVALHO, 2013, p. 22). Importante ressaltar que essa legislação privilegiou, inicialmente, os direitos dos ferroviários (1923) e, em seguida, os direitos dos marítimos (1926).

A Lei Eloy Chaves, portanto, surge enquanto um marco histórico-legislativo de proteção à saúde, mas se destinava, estritamente, a garantir assistência médica a uma parcela específica da população: essa classe de trabalhadores. Indubitavelmente que, para a época, a Lei consistiu em um avanço imensurável, mas é igualmente imprescindível considerar que esse salto não teve por objetivo garantir melhores condições de vida e saúde a essa classe de trabalhadores. A finalidade da Lei Eloy Chaves era econômica. Isso porque, quase que em efeito dominó, garantir aos empregados melhores condições de trabalho era, conseqüentemente, garantir ao empregador maior expectativa de lucro, dada a ascensão do capitalismo à época (ELSTER, 1992 *apud* AMARAL, 2001).

O acesso à saúde, nesse período histórico, era privilégio daqueles que tinham posses, trabalhadores de empresas, dos que tinham acesso a hospitais filantrópicos, num contexto de ideologia liberal do Estado. Esse contexto leva a uma única conclusão: a saúde, nesse período que antecede a CF/88, era excludente e movida por interesses econômicos.

A partir de 1940, foram instituídas as primeiras modalidades de assistência médica de forma suplementar. Em princípio, eram voltadas apenas aos funcionários públicos da União e de alguns Estados. Essa formulação de sistema voltada especificamente aos funcionários públicos federais e estaduais perdurou aproximadamente sessenta e cinco anos. A base de financiamento desse sistema eram as contribuições compulsórias sobre a folha de salário e vencimento. À outra parcela da população, restava à assistência médica privada, por meio das Santas Casas, oferecidas por raras instituições públicas de saúde, a maioria vinculada ao governo.

Entre 1950 a 1960, houve a tentativa de implantar um projeto nacional integrado à ordem capitalista industrial, sendo que as políticas de saúde naquele período demonstravam essa necessidade. Em meados de 1950, o sistema de saúde privado começou a se organizar no Brasil. Em 1960, diante da realização da III Conferência Nacional de Saúde, em 1963, discutiu-se a criação de um sistema de saúde universal, para todos os cidadãos, organizado de forma descentralizada tendo o Município como principal protagonista. Contudo, em 1964, com a ditadura militar, a proposta não foi levada adiante (CARVALHO, 2013, p. 15).

A partir da redemocratização do Brasil, surgiram várias ideias acerca de uma reforma envolvendo a sociedade brasileira. A reforma sanitária ocupou lugar de destaque, pois o Estado avançou nesta temática e foram apresentadas propostas durante a VIII Conferência Nacional de Saúde, em 1986, o que garantiu uma solidificação das bases de criação de um Sistema Único de Saúde. Durante a Conferência, foram denunciadas as ocorrências que colocavam em colapso a saúde no país, bem como as reivindicações pelos direitos da população (FUNASA, 2017).

Esse movimento corroborado com a Constituinte de 1988 travou um intenso debate pela afirmação dos direitos sociais. Com o advento da Constituição de 1988, estabelece-se que a saúde é direito de todos, trazendo, ainda, meios de controle e participação da sociedade a fim de dar efetividade a esse direito (FUNASA, 2017). Além disso, a nova ordem jurídica estabeleceu a participação do setor privado de saúde.

Percebe-se, assim, que os questionamentos com as condições humanas e a necessidade de garantia dos direitos humanos surgiram após a Segunda Guerra Mundial, fazendo com que os Estados se vissem obrigados a reconhecer os direitos sociais, entre eles, o direito à saúde. Nesse sentido, o reconhecimento dos direitos sociais iniciou-se com a própria Organização das Nações Unidas (ONU) por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a qual, entre a vasta gama de direitos, elencava também o direito à saúde.

Seguindo esse entendimento, as Constituições europeias do pós-Guerra afirmaram constitucionalmente o direito à saúde. Em contrapartida, os efeitos do pós-Guerra no Brasil foram tardios, fazendo com que a incorporação de direitos sociais ocorresse de forma lenta. Isso porque observa-se que as Constituições de 1891 e 1824 não mencionavam de forma expressa o direito à saúde (WESTPHAL; ALMEIDA, 2001, p. 21-22). A Constituição de 1988 foi a primeira a conter expressamente o direito à saúde no rol de direitos fundamentais.

Nessa seara, conforme disciplina a Constituição de 1988, a saúde integra um conjunto de “direitos sociais”. Os direitos sociais são considerados segunda “geração” de direitos fundamentais e, por esse motivo, pode-se considerar que o direito à saúde, enquanto direito social, é também, essencialmente, um direito fundamental, porque assim considera-se ter sido determinado pela CF/88.

O Poder Constituinte de 88 reconheceu, sob o rótulo de direitos sociais, um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais), o que, sem que se deixe de admitir a existência de diversos problemas ligados a uma precária técnica legislativa e sofrível sistematização (que, de resto, não constituem uma particularidade do texto constitucional, considerando o universo legislativo brasileiro), acaba por gerar consequências relevantes para a compreensão do que são, afinal de contas, os direitos sociais como fundamentais (SARLET, 2008, p. 6).

Os direitos sociais possuem características peculiares. Conforme sugere o próprio texto constitucional, dependem de ações do Poder Público para a sua garantia, sendo no campo da efetivação destes direitos que resultam as maiores dificuldades.

Para Mellace e Romeo (2017, p. 200), assumindo o risco de uma ambiguidade semântica, da qual, segundo eles, não é possível se afastar completamente, consideram como

uma boa concepção aquela que declina os direitos sociais enquanto “[...] direito a uma prestação positiva do Poder Público (ou também privado, conforme determinadas reconstruções)” (MELLACE; ROMEO, 2017, p. 200). Ao longo do trabalho, essa “ação estatal” mencionada pelos autores será denominada de dever “prestacional” (SARLET, 2008, p. 06).

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 fixa uma série de programas, metas e ações a serem concretizadas pelo Estado mediante políticas públicas para a realização destes direitos, como é o caso da saúde (SCHEPPELE, 2003; VILLEGAS, 2012). Mas, como dito, a realização destes direitos encontra algumas dificuldades. Essas dificuldades começam e estão essencialmente enraizadas no próprio texto constitucional, que não conduz a expressão clara do núcleo de direitos tutelados (SARMENTO, 2009) e, no caso do direito à saúde, não é diferente.

Nos termos da Constituição Federal de 1988, a saúde é instituída como um direito-dever, enquanto direito de todos e dever do Estado (NORONHA; PEREIRA, 2013). Mas o texto constitucional brasileiro, ao longo dos artigos 194 e 196 a 200, não extrapola o mero campo de algumas pistas sobre o direito tutelado. Limita-se a expressar algumas características sobre a proteção deste direito. Entre elas, destacam-se a universalidade da saúde e dos serviços de saúde, a igualdade no preceito de saúde para todos (sem quaisquer distinções) e a gratuidade dos serviços. Segundo a Constituição Federal de 1988, também recai sobre o Estado a responsabilidade pela garantia da saúde por meio de ações e serviços, sem delimitar especificamente o alcance dessa proteção.

Ocorre que essa definição, tanto no que se refere à garantia do direito como quando se reflete na expressão de “dever”, é muito ampla. Por esse motivo, a simples leitura do texto constitucional não permite estabelecer a abrangência deste direito, sendo necessária a análise da produção de interpretação da Constituição para tentar compreender a sua lógica constitucional de proteção.

A análise do direito à saúde com base na construção acadêmica desenvolvida sobre o tema concluiu, em um primeiro momento, que o direito à saúde é protegido em seu “grau máximo” (RAEFRAY, 2005; SARLET, 2009; SARMENTO, 2009) e percebido tanto como um direito individual quanto coletivo na ordem constitucional brasileira. Parece haver um consenso de que o direito à saúde, sobretudo diante da universalidade conferida pelo texto constitucional, deve ser tanto individual quanto coletivamente considerado.

A Constituição Federal de 1988 confere aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais, como é o caso da saúde, e reforça o papel do Judiciário ao consagrar a inafastabilidade da tutela judicial, fortalecendo a independência da instituição (SARMENTO,

2009, p. 107). Essa sistemática adotada favoreceu em larga medida a judicialização da política (SARMENTO, 2009, p. 107).

A forma com que foi estabelecida a união entre o setor público e privado de saúde, ao invés de beneficiar os indivíduos, acabou gerando dificuldades na efetivação do sistema universal de saúde conforme almejado pela Constituição de 1988. Nesse sentido, é importante ressaltar que a proteção e a promoção da saúde são responsabilidades públicas, ou seja, todos os indivíduos, coletivamente e individualmente, devem participar para contribuir com um ambiente saudável (FUNASA, 2017).

Até a introdução do Sistema Único de Saúde (SUS), a saúde era reduzida a um quadro de não doença, fazendo com que os esforços e políticas implementadas se concentrassem no tratamento de ocorrências de enfermidades. Depois da criação do sistema, a promoção da saúde e a prevenção dos agravos passaram a fazer parte do contexto dos determinantes sociais, no planejamento das políticas públicas (PENSE SUS, *online*).

A Constituição previu o SUS em seus artigos 196 a 200, sendo que o *status* constitucional exigiu a elaboração de novas legislações regulamentando o tema. Em seguida, promulgaram as Leis nº 8.080 e 8.142, de 1990, formando a Lei Orgânica da Saúde. O SUS é regido por alguns princípios básicos – universalidade, equidade e integralidade nos serviços e ações de saúde; descentralização dos serviços; regionalização; participação social; hierarquização – correlacionados com a operacionalização do sistema a fim de priorizar a prevenção e a promoção da saúde.

O princípio da universalidade foi bastante elucidado até então. Outro princípio que merece destaque é o da integralidade. Este evidencia que a saúde deve ser considerada segundo as necessidades específicas dos indivíduos ou grupos sociais destinatários, ainda que minoritários. Um exemplo de concretização desse princípio são as campanhas de saúde voltadas especificamente para mulheres, idosos, crianças, homens etc.

O princípio da equidade visa diminuir as disparidades sociais e regionais existentes no Brasil. Esse princípio relaciona-se com a descentralização da saúde no país, pois cada Município tem certa autonomia para investir em políticas de saúde, gerando melhores resultados e diminuindo as desigualdades. Também se relaciona com a média de índice de qualidade de vida dos indivíduos.

Há ainda princípios voltados à operacionalização do SUS, como é o caso do princípio da regionalização e hierarquização da rede, das ações e dos serviços de saúde. Está atrelado às atribuições dos gestores municipais e estaduais para garantir uma melhor eficácia do serviço

público, pois as necessidades de saúde são peculiares a cada indivíduo (NORONHA; PEREIRA, 2013, p. 17-32).

Nesse sentido, com relação ao princípio da hierarquização da rede, esta vem sendo consolidada à medida que os gestores estaduais e municipais assumem responsabilidades e prerrogativas perante o SUS. Isso se confirma através da adesão à Norma de Operacionalização Básica de 1996. A participação e o controle social são de extrema relevância, pois impulsionam a coletividade à participação do desenvolvimento e melhoria do SUS. A participação da população é dividida através de conselhos, havendo conselhos estaduais e municipais. Os conselhos são formados por diversas pessoas representantes da sociedade e que atuam na área da saúde. No mais, ressalta-se que o princípio da descentralização da saúde também foi analisado e possui grande importância e contribuição para a melhoria da qualidade da saúde pública (NORONHA; PEREIRA, 2013, p. 17-32).

Diante disso, vislumbra-se que o Ministério da Saúde estabelece uma forma de cooperação financeira entre os entes federativos além das entidades públicas e privadas, ocasionando três formas de descentralização de recursos. A primeira consiste na transferência de recursos, através do Fundo Nacional de Saúde aos Municípios, Estados e Distrito Federal, de forma regular e automática. A segunda trata-se da remuneração de serviços, ou seja, consiste no pagamento direto dos prestadores estatais ou privados, contratados ou conveniados, referentes aos serviços prestados junto à população. A terceira e última diz respeito aos convênios e contratos celebrados com órgãos ou entidades federadas e organizações não governamentais, interessados em financiamentos de projetos específicos na área da saúde (FUNASA, 2017).

Esses três meios de descentralização possuem aplicabilidade e efetividade, entretanto, destaca-se que o primeiro, que consiste no fundo a fundo, é visto como o mais eficaz em concretizar os objetivos traçados pelos SUS. Verifica-se que esse modo de descentralização melhora a utilização de recursos, permite identificar as necessidades de cada região e grupo social, reduz o desperdício de recursos e aumenta o controle social, garantindo, assim, um modo mais eficaz de se atingir os objetivos da saúde pública brasileira. A concretização desses princípios também é facilitada por meio da implantação de consórcios públicos de saúde, tanto é que, no ano de 2000, o Brasil já contava com 143 consórcios entre Municípios espalhados por todas as regiões do país, o que envolvia 1740 Municípios (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2000, p. 30).

O SUS é fruto de anos de luta do Movimento da Reforma Sanitária. Com o SUS, houve uma ampliação do caráter público e estatal da saúde no país. Sua implantação aumentou a atenção básica e clínica dos brasileiros (CAMPOS, 2008).

Por meio do SUS, todo cidadão brasileiro possui acesso universal e gratuito a serviços de saúde. Considerado um dos maiores e melhores sistemas de saúde públicos do mundo, beneficia cerca de 180 milhões de brasileiros e realiza por ano cerca de 2,8 bilhões de atendimentos, desde procedimentos ambulatoriais simples a atendimentos de alta complexidade, como transplantes de órgãos. Além da realização de consultas, exames e internações, o SUS também promove campanhas de vacinação e ações de prevenção de vigilância sanitária, como fiscalização de alimentos e registro de medicamentos (PENSE SUS, *online*).

Pode-se afirmar que um dos maiores desafios para implantação do SUS é o modelo federativo brasileiro, cuja estrutura envolve 5.570 Municípios (entes federados) e mecanismos de competição entre eles. Neste sentido, torna-se muito complexa a estruturação de um verdadeiro sistema no setor de saúde, devido à autonomia e às salvaguardas legais e constitucionais próprias dos arranjos federativos, aqui estendidas aos Municípios (ELSTER, 1992 *apud* AMARAL, 2001).

Não existe hierarquia entre as esferas de governo no sistema de saúde, devendo as instâncias gestoras se articularem horizontalmente, sem prioridade da União sobre os Estados e destes sobre os Municípios. Contudo, na prática, em diversas situações esta precedência se faz exercer, principalmente pelo grau de dependência de Estados e Municípios em relação aos recursos federais.

O financiamento do SUS conta com recursos das três esferas de governo: na União, com recursos do orçamento da seguridade social; nos Estados e Municípios, com recursos próprios (impostos estaduais e municipais); e as transferências da União, principalmente as relativas a Fundos de Participações dos Estados (FPE) e aos dos Municípios (FPM).

Após vinte e cinco anos de criação do SUS, comemorados em 2013, profissionais da saúde produziram balanços em diversas áreas de atuação do campo da saúde coletiva. Destacam-se, entre as conquistas, os programas de vacinação para controle de doenças, a prestação de serviços para cerca de 110 milhões de pessoas na rede pública, a assistência farmacêutica associada ao financiamento de transplantes, a vigilância sanitária atuante e o foco no cidadão (PENSE SUS, *online*).

Quanto aos desafios, elencam-se a força de trabalho, a gestão do sistema, a administração, a ampliação da Estratégia Saúde da Família e do Programa de Agentes

Comunitários e o subfinanciamento, agravado pelo fato de os recursos públicos serem repassados ao setor privado (PENSE SUS, *online*).

Apesar das dificuldades enfrentadas ao longo dos séculos, percebe-se que tais lutas constituíram uma narrativa imprescindível para que o direito à saúde fosse sedimentado como um direito fundamental na Constituição de 1988. Isso porque, conforme analisado antes da atual Constituição, o direito à saúde foi positivado apenas como lei esparsa e de pouco alcance social.

Com relação ao tema da fundamentalidade do direito à saúde, quanto ao seu aspecto objetivo, bem como do caráter protetivo e de sua eficácia, nota-se que todos esses elementos corroboram com a institucionalização do SUS, garantindo, na ordem jurídica brasileira, *status* de garantia fundamental constitucional, portanto, regulamentada pelas diretrizes e princípios da Constituição de 1988.

O SUS pode ser considerado uma das maiores conquistas sociais consagradas na Constituição Federal de 1988. É um sistema inovador no Brasil, pois traz uma nova percepção acerca do direito à saúde. Se antes a saúde era compreendida como “o Estado de não doença”, preocupado em remediar consequências, atualmente, prioriza-se um viés mais abrangente e coerente, passando a Constituição de 1988 a tratar as questões de saúde além da mera “cura”.

O SUS foi fruto de diversas reivindicações sociais – “Movimento Sanitarista”. Sob o aspecto do princípio da universalidade, os comandos relativos à saúde pública foram transferidos ao Ministério da Saúde em plano federal; do mesmo modo, nos Estados e Municípios, com as respectivas Secretarias de Saúde, ocorrendo uma descentralização. Ademais, todo e qualquer indivíduo passou a ter direito à prestação de saúde, seja contribuinte ou não da Previdência Social.

No ano de 1999, através da Fundação Nacional de Saúde (FUNASA, 2017), o Ministério da Saúde também se desincumbiu da missão de estruturar o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena. Assim, o SUS passou a responder pela integralidade das ações de saúde para os povos indígenas, de forma preventiva e assistencialista (FUNASA, 2017). Ao descentralizar o sistema, com a participação dos Municípios, entes que acompanham de perto a realidade social, atribuiu-lhes a função de utilizar os recursos federais a fim de implantar políticas de melhoramento da saúde à população local, segundo suas necessidades. A partir da descentralização, observa-se que o sistema de saúde atualmente possui uma subdivisão em três níveis, pois a participação da população também é imprescindível. Portanto, a promoção, o aperfeiçoamento e a proteção da saúde pública, além de direitos, são deveres de todos.

Dessa forma, nota-se que a Constituição de 1988 inovou no que tange ao direito à saúde ao estabelecer normas de implantação e garantia, como é o caso da institucionalização do SUS,

destacando-se os artigos 194 e seguintes da Constituição Federal. Verifica-se que, além de instituí-lo à ordem constitucional, estipulou objetivos e princípios de forma que o sistema possa avançar em níveis de qualidade e universalização desse direito. A partir de então, várias outras normas existem para manter a operacionalização e efetivação do direito à saúde.

## 1.2 Os direitos sociais sob a ótica do Constitucionalismo Aspiracional

A expressão “Direitos Fundamentais” surgiu na França apenas em 1770, com a eclosão do movimento político e social que conduziu à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (LUÑO, 2013, p. 25-26). Nesse ponto, é imprescindível distinguir Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, pois, embora ambos tenham em comum o fato de constituírem direitos de defesa do homem perante o Estado, apresentam significados jurídicos diversos, determinados a partir de uma perspectiva espaço-temporal.

Isso porque a expressão “Direitos Humanos” guarda relação com o direito internacional e que aspira à validade universal, para todos os povos e tempos, revelando um inequívoco caráter supranacional e, por consequência, para além das fronteiras de um determinado Estado (SARLET, 2007, p. 55). Trata-se, pois, de expressão que assume contornos amplos e imprecisos, ao abranger garantias universais que evocam o ideal de dignidade humana traçado pelo jusnaturalismo, conforme se verifica na análise da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Com a universalização da Constituição, observou-se um fenômeno de universalização dos direitos do homem (MIRANDA, 2012, p. 31), que ocorreu concretamente com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 10 de dezembro de 1948, na III Sessão Ordinária da Assembleia Geral das Nações Unidas.

Em contrapartida, os direitos fundamentais seriam, para Pérez Luño, um “conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas” (2013, p. 42), merecendo o reconhecimento positivo dos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais.

Assim, tem-se que a nomenclatura “Direitos Fundamentais” é reservada aos direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de um determinado Estado, não raro coincidindo com a própria ideia de Direitos Humanos, mas limitada a um ordenamento jurídico específico.

A própria nomenclatura “Direitos Fundamentais” evidencia sua ligação com o direito natural já mencionado, na medida em que revela a aspiração do jusnaturalismo por constitucionalizar, ou seja, positivizar em preceitos da mais alta categoria normativa os direitos

naturais (LUÑO, 2013, p. 29). Em outras palavras, “não é o Estado que cria os direitos fundamentais, senão que apenas os garante, por efeito de sua própria constituição no espaço aberto pela liberdade individual” (TORRES, 2013, p. 44-45).

Antes de serem reconhecidos e positivados nas Constituições, os direitos humanos integravam apenas uma espécie de moral jurídica universal e, por isso, existiam tão somente como ideia no pensamento dos homens (ANDRADE, 1987, p. 15). Desse modo, é somente pelo processo de “fundamentalização”, ou seja, pela incorporação às Constituições, que os direitos naturais e inalienáveis da pessoa adquirem hierarquia jurídica e caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado Constitucional.

A importância da Constituição reside no fato de representar a passagem das garantias de liberdade do direito privado para um regime de direito público, ao ampliar sua extensão e sua titularidade a todos os cidadãos ingleses e não somente aos membros da nobreza (LUÑO, 2013, p. 31).

Insta elucidar que, muitas vezes, as Constituições têm sido um símbolo político destinado a compensar o déficit de manobras políticas cometidas pelos governos, ao invés de regras e leis destinadas a limitar o poder ou consagrar direitos. No Direito Constitucional, há uma ambiguidade entre o olhar discursivo para o presente e outro que olha para o futuro, ou seja, essa ambiguidade reside entre o discurso jurídico e o discurso político. Isso acontece especialmente em um tipo particular de Constituição, cujo objetivo é alcançar o progresso social e um futuro melhor para a sociedade.

Ao encontro, como já narrado o Constitucionalismo Aspiracional, evidenciado na Colômbia e na América Latina em geral. Esse constitucionalismo prospera especialmente em situações onde existe uma grande insatisfação com o presente e uma forte crença nas possibilidades de um futuro melhor. Um bom exemplo disso foram as duas primeiras Constituições da Revolução Francesa (1791 e 1793), cujos conteúdos foram, em grande parte, impulsionados por condições de pobreza e esperança na mudança social.

O Constitucionalismo Aspiracional busca eficácia factual, e não apenas legal, de suas regras. Legalmente, esse personagem é revelado no fato de que as normas que consagram seus princípios, valores e direitos sociais não são considerados meras formulações retóricas, mas como regras chamadas a ter efeitos imediatos. Para garantir esta eficácia, as Constituições Aspiracionais contemplam dois caminhos possíveis: 1) mobilização política das forças que deram origem à Constituição, com suas devidas manifestações em órgãos colegiados; e 2) controle judicial das leis e atos administrativos a fim de exigir que os representantes das maiorias políticas tornem efetivos os princípios e direitos consagrados na Constituição

(VILLEGAS, 2012, p. 82, tradução livre).

No mais, destaca-se que a ambivalência entre o político e o jurídico que caracteriza o Constitucionalismo Aspiracional carrega tensões institucionais significativas entre maiorias políticas e órgãos judiciais – o que pode justificar o intenso embate acerca da judicialização da saúde também nesse país, fato que será detalhadamente explanado mais adiante.

Nesse sentido, acerca da previsão do direito à saúde como direito fundamental na Constituição brasileira, pelo resgate histórico, é possível observar que somente no texto de 1988 há essa referência expressa (DALLARI, 1995, p. 13). O direito à saúde, especialmente enquanto direito social, é, também, fundamental. Isso porque reconhecida a fundamentalidade dos direitos sociais, sendo esta a abordagem que se segue no próximo tópico. A Constituição de 1988, por prever expressamente o direito à saúde em seu texto, representa o reconhecimento da universalidade do direito à saúde, estabelecendo a criação de um Sistema Único de Saúde, o SUS, posteriormente regulamentado pela Lei nº 8.080/90.

Não obstante, denota-se que o advento do Direito Constitucional é marcado pelo entrave de lutas e guerras ao longo da história, isso não só no Brasil. A Constituição colombiana também é marcada pelos esforços e reivindicações de grupos marginalizados, como trabalhadores e camponeses em situação de extrema desigualdade e pobreza no país (CARVAJAL, 1993, p. 52).

Ao encontro, a Constituição colombiana promulgada em 1991 é um exemplo clássico de texto constitucional plural, marcado pelo reconhecimento de minorias e também pela introdução de importantes direitos coletivos, de modo que pode ser considerada um marco de ruptura e reformulação da então ordem política, por intermédio da ativação direta do Poder Constituinte.

Com efeito, além de um extenso rol de direitos fundamentais, a Constituição colombiana também exemplifica o direito fundamental à saúde em seu artigo 44. No artigo 49, a respectiva Constituição estipula o direito de todos ao acesso ao serviço público de seguridade social em saúde. Em consonância, o texto colombiano também recepciona os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social (artigo 1º), da eficiência, universalidade e solidariedade (artigo 48) e o caráter programático dirigente do direito à saúde, invocando a participação dos particulares, a fim de ampliar a cobertura da seguridade social, englobando os serviços previstos no artigo 48, inciso III.

Ao encontro, o constitucionalismo aspiracional, evidenciado na Colômbia e América Latina em geral, prospera especialmente em situações onde existe uma grande insatisfação com o presente e uma forte crença nas possibilidades de um futuro melhor. Um bom exemplo disso

foi as duas primeiras constituições da Revolução Francesa (1791 e 1793), cujo o conteúdo foi, em grande parte, impulsionado por condições de pobreza e esperança na mudança social.

No mais, destaca-se que a ambivalência entre o político e o jurídico que caracteriza o constitucionalismo aspiracional carrega tensões institucionais significativas entre maiorias políticas e órgãos judiciais – o que pode justificar o intenso embate acerca da judicialização da saúde também nesse país, fato que será detalhadamente explanado mais adiante.

Quanto à Constituição sul-africana, denota-se que essa, assim como a Constituição brasileira, prevê um extenso rol de direitos sociais, econômicos e culturais. Em especial ao Estado sul-africano, percebe-se que, enquanto a Constituição busca a tutela interna dos direitos sociais, a jurisprudência produzida pelo Tribunal Constitucional sul-africano almeja dar eficácia prática a esses direitos, tendo se destacado pela promoção da igualdade e justiça. Portanto, a Corte objetiva dar cumprimento à Constituição, às transformações propostas por ela, adotando uma visão de justiça social. Isso se verifica também na busca pela efetividade da garantia do direito à saúde que a Corte sul-africana se propõe a atingir.

A visão exarada sobre justiça social pela referida Corte e pela Constituição do país está intimamente relacionada à sua história, tendo em vista que a Constituição possui como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, de modo a repudiar o *apartheid* e as atrocidades do sistema de governo que precedeu a respectiva Constituição.

Dessa forma, o processo de elaboração da Constituição da África do Sul propiciou uma transição não violenta de uma autocracia racial para uma democracia não racial, implementando uma democracia que respeite os direitos fundamentais, de forma que a Corte Constitucional representa um papel decisivo ao assegurar o sucesso da transição sul-africana para a democracia ao finalizar o texto constitucional.

Assim, a conquista de direitos sociais fundamentais, conseqüentemente o direito à saúde, representa uma importante conquista no marco constitucional não só do Brasil, mas também do Estado da Colômbia e da África do Sul, não se tratando de uma conquista linear ou que é apenas resultado de exigências por condições melhores de subsistência, fruto de reivindicações no âmbito dos movimentos sociais, mas também reflete a escolha do legislador por uma certa ordem de valores.

Diante disso, é possível vislumbrar que o Direito Constitucional é marcado pelo entrave de lutas e guerras ao longo da história, sendo que, a partir de esforços e reivindicações de grupos marginalizados, como trabalhadores, é que direitos sociais, como o direito à saúde, foram incorporados nos textos legislativos. No Brasil, ressalta-se que apenas com o advento da Constituição de 1988 é que houve a previsão expressa do direito à saúde. A narrativa também

é fruto do Constitucionalismo Aspiracional, haja vista que busca uma eficácia factual, e não apenas legal, de suas regras.

### 1.3 A exigibilidade do direito fundamental à saúde enquanto direito social

O caminho da exigibilidade e justiça dos direitos se dá em duas direções: por um lado, o que se faz nos cenários nacionais, por meio da constitucionalização dos direitos, da criação de mecanismos constitucionais para sua proteção e desenvolvimento legislativo; de outro, sua concretização nas políticas públicas pautadas pelos governos nacional, departamental e local. Embora as políticas públicas sejam uma forma de concretizar direitos políticos e sociais, elas não são a única. A outra é a exigibilidade e justiciabilidade dos direitos, que podem ser diferenciados entre civis e políticos – com caráter de concretização imediata – e sociais – de realização progressiva.

Abramovich e Courtis (2002, p. 49) caracterizam os direitos sociais como sendo de grupos e não de indivíduos, o que implica a necessária filiação a um grupo para ser seu beneficiário. Trata-se de direitos das desigualdades, com a pretensão de ser um instrumento que os compensa, e derivam da tentativa de elaboração técnico-jurídica de posições jurídicas subjetivas – individuais ou coletivas – configuradas em consonância com a lógica desse paradigma (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 51). Além disso, os direitos sociais visam equilibrar situações díspares, com base na garantia de padrões mínimos de vida ou melhores oportunidades para grupos sociais, ou compensando diferenças de poder nas relações que isso produz (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 50). O indivíduo está inserido em um contexto social desigual e cabe ao Estado, por meio de suas obrigações, garantir o equilíbrio.

Arango (2006) estabelece uma relação entre o positivo e o fundamental: do factual, real ou concreto, determina-se o conteúdo da lei. Por isso, os direitos sociais são mais do que simples declarações de vontade, não se entendendo que existam apenas aqueles que são positivos, ou seja, incorporados na norma a um reconhecimento não apenas jurídico, mas também judicial. O reconhecimento é a maneira pela qual o direito concretiza esses ideais sociais em relação a um indivíduo, mas dentro de um contexto de relações sociais. Quando o reconhecimento carece de justiciabilidade, a justiça constitucional entra para dar essa garantia.

Para Abramovich e Courtis (2002, p. 24), a justiciabilidade é entendida como a possibilidade de reclamar perante um juiz ou tribunal o cumprimento de pelo menos algumas das obrigações decorrentes da lei. Nessa medida, entende-se que existe um direito social quando existe um poder jurídico ao qual o titular do direito, se violada a obrigação de sua garantia, pode

recorrer à sua proteção e entende-se que é justiciável quando pode ser exigido no campo judicial.

Nesse ponto, estabelece-se uma relação entre a atuação judicial e a responsabilidade do Estado em recorrer às políticas públicas para garantir esses direitos.

*O judiciário, devidamente provocado, pode ser uma poderosa ferramenta de formulação de políticas públicas. Um exemplo disso é o caso da previdência social brasileira. Se não fosse a atitude dos cidadãos de reivindicar seus interesses ou direitos judicialmente e em massa, estaríamos mais ou menos onde sempre estivemos (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 33).*

De acordo com a abordagem de Arango (2006, p. 111), há justiciabilidade plena quando é garantido o procedimento para tornar os direitos executórios em caso de descumprimento por parte de entidades governamentais. O anterior implica que, além do reconhecimento, deva ser declarada a responsabilidade da pessoa que foi obrigada a cumprir, bem como a forma como o direito e sua reparação integral serão especificamente estabelecidos. A justiciabilidade, acrescenta Arango (2006, p. 116), inclui o reconhecimento e sua exigibilidade; por isso, os utiliza como sinônimos, embora esclareça que o reconhecimento é condição necessária, mas não suficiente para a justiciabilidade.

Os direitos sociais são especificados em dois cenários: a formulação de políticas, que é o cenário natural, e o cenário judicial, que se caracterizou na questão do reconhecimento dos direitos sociais como ativismo judicial. A relação entre as políticas públicas e a efetivação dos direitos sociais foi estudada, a partir da definição de uma abordagem de direitos sociais nas políticas públicas e sua incorporação no contexto do desenvolvimento humano como garantia para que os indivíduos tirem partido das suas potencialidades e capacidades e alcancem condições de vida dignas.

Abramovich e Courtis (2002, p. 42) mencionam alguns casos de exigibilidade dos direitos sociais na América Latina:

*A jurisprudência dos tribunais nacionais dos países da região fornece exemplos de alguns caminhos que já foram explorados com sucesso para exigir que o Poder Judiciário local cumpra sua função de garantir os direitos econômicos, sociais e culturais. Nesse sentido, os juízes conseguiram obrigar o Estado a fornecer medicamentos a todos os portadores de AIDS de um país; fabricar uma vacina e fornecê-la a todos os habitantes afetados por uma doença endêmica; criar centros de atenção materno-infantil para um grupo social discriminado; fornecer água potável a toda uma comunidade indígena; estender a cobertura de um benefício educacional ou assistencial a um grupo originalmente excluído; reintegrar alunos que sofreram expulsão injustificada em escola secundária privada, entre outros casos relevantes.*

O que se pretende afirmar é que a relação entre direito e política pública não deve se basear em uma caracterização meramente funcional. A colaboração harmônica e até mesmo as

versões modernas do equilíbrio de poderes baseiam os critérios funcionais em uma lógica de mínimos. Uma cláusula de competência básica é mais eficiente do que diferenciações fortemente funcionais. Na busca dos fins essenciais do Estado e do cumprimento dos direitos e garantias sociais, a articulação entre esses atores é um caminho efetivo: 1) os juizes e seus infratores, que demandam a efetivação dos direitos exigíveis do Estado, sejam eles individuais ou grupos; 2) o governo e as políticas públicas que se destinam ao seu cumprimento; e 3) o Legislativo e sua produção.

Ao contrário dos direitos civis e políticos, que são tradicionalmente identificados como direitos negativos, não onerosos, facilmente exigíveis e de fácil proteção, os direitos sociais, especialmente no que tange ao direito à saúde, são habitualmente apontados como direitos positivos, onerosos, vagos, indeterminados e de eficácia mediata, condicionados, na sua concretização, por critérios de razoabilidade ou de disponibilidade, à reserva do possível, ou seja, a contingências, sobretudo a contingências econômico-financeiras, em um claro contexto de disputas alocativas.

Dessa forma, os direitos sociais trariam em si meros princípios reitores ou cláusulas programáticas, ficando relegados ao alvedrio legislativo e executivo e, dada a sua dimensão coletiva, não seriam suscetíveis de certas formas de tutela perante os órgãos jurisdicionais, que, diante da reserva do possível, nada deveriam fazer para garanti-los (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 21).

Conforme análise dos autores Abramovich e Curtis (2002, p. 21), a teoria das gerações dos direitos guarda o que alguns denominam “defeito de nascimento”, quando se trata da exigibilidade dos direitos sociais, econômicos e culturais. Essa teoria coincide com a política de promoção do “Estado mínimo”, garantidor exclusivamente da justiça, da seguridade e da defesa e assegurador das condições institucionais para a consolidação, funcionamento e expansão do mercado.

De acordo com essa teoria, somente se poderia tratar de direitos, no sentido conceitual, quando um determinado preceito normativo se limitasse a impor ao Estado obrigações negativas ou de abstenção, enquanto que a proposta de se estabelecer direitos a partir de obrigações positivas se tornaria impossível ou materialmente inviável. Ainda que as normas constitucionais estabeleçam direitos como saúde, educação, trabalho etc., essas expressões permaneceram no campo abstrato e não se realizariam concretamente. Trata-se de uma visão fragmentada, porque amparada na proposta do Estado Liberal. O resultado é a óbvia inter-relação entre as supostas obrigações negativas do Estado, em especial em matéria de garantida da liberdade de comércio,

e uma série de ações positivas vinculadas com a manutenção de instituições políticas, judiciais, de seguridade e de defesa, necessárias como condição do exercício da liberdade individual.

Com efeito, para Peláez *apud* Abramovich e Courtis (2002, p. 25), é impossível distinguir obrigações positivas e negativas por parte do Estado, uma vez que a “inexistência de prestação estatal pressupõe automaticamente a denegação do direito”. A distinção entre direitos civis e políticos e direitos sociais, econômicos e culturais somente se mostra útil na medida em que reflete diferentes matrizes político-ideológicas de regulamentação jurídica e permite situar num contexto histórico a forma em que têm sido conceitualizados e positivados os diversos direitos.

Nessa linha, pode-se afirmar que todos os direitos civis e políticos comportam, da mesma forma que os direitos sociais, uma dimensão distributiva, cuja satisfação demanda múltiplos recursos, financeiros e humanos (HOMES; SUNSTEIN, 2011, p. 13). Assim, o que está em jogo, normalmente, não é como garantir direitos “caros”, mas, de fato, decidir como e com que prioridade serão alocados os recursos que todos os direitos, civis, políticos e sociais, exigem para a sua satisfação.

Essas obrigações negativas, embora relacionadas a direitos sociais, não dependem de grandes desembolsos nem se inserem na chamada “reserva do possível”. Além disso, muitas obrigações positivas, relacionadas à satisfação de direitos em geral, sejam eles civis, políticos ou sociais, têm a ver não com prestações fáticas, mas com prestações normativas (leis, por exemplo), que, sem custos diretos, simplesmente inserem um marco regulatório, que os garante. Por outro lado, mesmo algumas prestações fáticas, ainda que centrais para a satisfação de certos direitos, não têm um custo exorbitante, como as que tendem a estabelecer mecanismos locais de consulta e participação popular.

Segundo Homes e Sunstein (2011, p. 15), todos os direitos positivos guardam um conteúdo de obrigações negativas, assim como os direitos negativos, uma dimensão positiva. Dada uma obrigação positiva, como o direito à educação, direito social e de prestação positiva, ao Estado é vedada a possibilidade de violação desse direito. Assim, o Poder Público tem obrigação de não permitir que esse direito seja desrespeitado nem por particulares nem pela própria ação estatal. Do mesmo modo, uma obrigação negativa, como a garantia de propriedade, exige a preservação de estruturas institucionais organizadas e mantidas com os impostos pagos pelos contribuintes.

No mais, cumpre destacar que uma das principais obrigações que os direitos sociais geram para os poderes públicos diz respeito a um dever negativo, consubstanciado no princípio da não regressividade, que, segundo o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da

Organização das Nações Unidas, obriga os Poderes Públicos a que não adotem políticas e, em consequência, não sancionem normas que venham a piorar, sem razoável justificativa, a situação dos direitos sociais no país (CESCR, 1990).

Ao encontro do exposto, a fim de possibilitar a exigibilidade dos direitos sociais, verifica-se a existência de dois princípios: o dever de não regressividade e progressividade. A ideia de não regressividade não retira ao Estado a possibilidade de promover certas reformas no âmbito das suas políticas sociais, inicialmente regressivas, por exemplo, para (re)alocar os recursos necessários à inclusão social de determinados grupos, em situação de maior vulnerabilidade. Entretanto, os Poderes Públicos deverão demonstrar, sempre, à cidadania que as alterações que pretendem promover redundam em maior proteção dos direitos sociais.

Atentando para determinados critérios, a razoabilidade ou proporcionalidade de um programa ou de uma ação aparentemente regressiva, em matéria de direitos sociais, pode ser aferida, de modo a permitir ao Estado justificar o programa ou política, sem prejuízo do reconhecimento de um núcleo mínimo absolutamente protegido, contra o qual não cabem quaisquer limitações, ainda que “proporcionais” (ALEXY, 1994, p. 288).

Dessa forma, a obrigação de não regressividade em matéria de direitos sociais está relacionada a uma obrigação de progressividade. Esse princípio autoriza os Poderes Públicos a adotarem programas e políticas de desenvolvimento de direitos sociais de maneira gradual, na medida em que existam recursos disponíveis (a reserva do possível), mas desautoriza aos Estados a postergação indefinida da satisfação dos direitos em pauta. Pelo contrário, demanda ações concretas, começando pela de demonstrar, de fato, que estão realizando o máximo de esforços e até o máximo de recursos disponíveis, sejam eles humanos, financeiros, tecnológicos etc., para a satisfação, ao menos, do conteúdo essencial dos direitos sociais e para dar soluções, de forma prioritária, aos grupos em situação de maior vulnerabilidade.

Nesse sentido, ressalta-se o fato de que a escassez orçamentária, por si só, não pode ser vista como argumento suficiente para o afastamento da implementação dos direitos fundamentais sociais. Ainda que os recursos públicos sejam limitados, o Estado deve alocar verbas orçamentárias específicas para o cumprimento de direitos sociais, na medida do possível, mas sempre se impondo o máximo esforço na persecução das garantias dos direitos sociais.

Embora a expressão “custo dos direitos” integre significados múltiplos e polêmicos, a análise tratará de custos no significado de orçamento e direitos como interesses importantes que podem ser protegidos de maneira confiável por indivíduos ou grupos, utilizando instrumentos do governo.

A garantia de um direito somente é possível se houver uma estrutura que possa assegurar a sua satisfação. É preciso, portanto, que haja atores e modos de garantir o cumprimento dos direitos. Necessita-se, assim, que se faça a opção primordial entre a manutenção do estado hipotético de natureza, no qual o direito pode ser violado constantemente, e a presença de um Estado capaz de assegurar proteção aos direitos pretendidos pela comunidade.

Esse parâmetro atraiu a necessidade de se tratar do papel do governo na distribuição dos recursos públicos. Mostrou-se que o governo é indispensável para mobilizar e canalizar fundos e apoios para proteger os direitos. Para além dos custos individuais e sociais, deve alcançar também os custos não monetários, isto é, considerar fatores como: o papel dos colaboradores do Estado, a contribuição coletiva administrada por funcionários públicos, a relação valor dos direitos-contribuição e as implicações dos chamados custos indiretos (gastos compensatórios) e gastos em circunstâncias emergenciais, que implicam desembolsos diretos do orçamento.

A esse respeito, Barcellos et al (2017) fixa alguns critérios utilizados no momento de estabelecer prioridades de recursos direcionados à efetivação do direito à saúde, como a priorização de atendimento e tratamento a doenças específicas e a prioridade de grupos de pessoas. Entretanto, não se pode perder de vista que determinar a prioridade na alocação de recursos públicos exige estudos para estabelecer a prioridade dessas doenças.

Nesse sentido, é fato que a judicialização da política, em especial das políticas públicas de saúde, normalmente traz à tona a discussão envolvendo a oposição de dois institutos, que a doutrina designou de “mínimo existencial” e “reserva do possível”.

A conscientização acerca da necessidade de garantir-se um mínimo indispensável à existência digna iniciou-se especialmente quando da elaboração da Lei Fundamental Alemã de 1949. Na doutrina do Pós-Guerra, a dignidade humana adquiriu o contorno de consenso ético, decorrente das nefastas consequências advindas do nazi-fascismo, quando então se tornou necessário estabelecer padrões mínimos de existência digna, decorrentes do valor intrínseco a todo ser humano (BARROSO, 2013, p. 21).

O primeiro jurista de renome a sustentar a possibilidade de reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, para quem o princípio da dignidade da pessoa humana não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade seria sacrificada (SARLET; FIGUEIREDO, 2013).

Embora a dignidade da pessoa humana não possa ser quantificada, é certo que a garantia efetiva de uma existência digna abrange muito mais que a mera sobrevivência física, superando

a linha da pobreza absoluta. A partir dessa constatação, delineiam-se parâmetros para estabelecer o conteúdo desse mínimo necessário à vida com dignidade.

Há que salientar, porém, que o conteúdo do mínimo existencial não se confunde com mínimo vital ou mínimo de sobrevivência, pois a obrigação de assegurar minimamente a vida com dignidade ultrapassa os contornos da mera existência física, na medida em que, conforme ponderado alhures, a implementação de prestações materiais básicas constitui pressuposto inafastável dos direitos à liberdade e à igualdade e, portanto, do princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante dessas premissas, é possível traçar um conceito de mínimo existencial como o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna (SARLET; FIGUEIREDO, 2013). Cuida-se, para boa parte da doutrina, do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado, da sociedade ou de particulares.

A ideia de mínimo existencial pressupõe, portanto, a concretização do direito à saúde, ainda que (para alguns) circunscrita ao atendimento básico, restando abrigada contra qualquer medida tendente à sua supressão, sob pena de ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, vício de inconstitucionalidade.

Porém, a partir da constatação de que todos os direitos (de defesa ou a prestações) possuem um conteúdo econômico, a judicialização das políticas públicas de saúde e, em especial, a concretização individualizada deste direito fundamental envolve o cotejo entre a ideia de mínimo existencial com o conceito de reserva do possível.

Justamente pelo fato de o direito fundamental à saúde possuir caráter eminentemente prestacional e, portanto, a exigir a atuação positiva do Estado, sua concretização não prescinde da análise de sua dimensão economicamente relevante. Isto porque, embora os direitos de defesa também possuam conteúdo econômico, pois exigem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para a sua proteção e efetivação (como, por exemplo, o direito ao acesso ao poder judiciário), a problemática reside nos direitos sociais, pois, nesses casos, seus custos são comumente opostos como óbices à sua concretização.

A partir da constatação de que há, de um lado, necessidades infinitas e, de outro, recursos públicos limitados, formulou-se a construção teórica da “reserva do possível”, originada na Alemanha a partir do início dos anos 1970. Segundo tal construção, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria limitada àquilo que o indivíduo podia razoavelmente exigir da sociedade (NOVAIS, 2010, p. 90), ou seja, sua concretização se submeteria à reserva das

capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos.

De acordo com a doutrina da reserva do possível, a concretização dos direitos sociais a prestações materiais depende da existência de recursos públicos suficientes à sua implementação, residindo essa disponibilidade financeira no campo discricionário das decisões governamentais concernentes ao orçamento público.

Ademais, a reserva do possível pressupõe também um exame de proporcionalidade do que é razoável exigir-se da Administração Pública. Em outras palavras, a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade e do Estado, excluídas, nesse contexto, prestações desproporcionais.

Disso se constata que a reserva do possível apresenta uma tríplice dimensão, ao abranger a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais, a disponibilidade jurídica dos recursos humanos e materiais, a proporcionalidade da prestação e sua razoabilidade (SARLET; FIGUEIREDO, 2013).

Nesse contexto, a reserva do possível também serve como critério de alocação de recursos públicos pela Administração, determinando, dentre as diversas necessidades prementes, quais deverão ser prioritariamente atendidas pelo Estado, mediante o estabelecimento de políticas públicas.

Dar atenção aos custos dos direitos individuais pode significar trazer esclarecimentos a respeito das dimensões apropriadas do Estado regulador do bem-estar social e da relação do governo moderno e dos direitos liberais clássicos. As decisões a respeito das políticas públicas não podem se dar sob a hostilidade entre a liberdade e a arrecadação de impostos. Do mesmo modo, é importante compreender as ações do Estado para a garantia dos direitos e as demandas contra o tesouro público.

A reserva do possível costuma ser invocada em relação à dimensão do custo dos direitos, ou seja, à existência de recursos econômicos capazes de tornar as prestações previstas nas normas de direito fundamental efetivamente factíveis. E é neste sentido que a questão assume maior complexidade se a escassez de recursos for observada como limite imanente da norma jusfundamental.

Parece que a questão dos recursos financeiros disponíveis para a efetivação dos direitos fundamentais sociais revela-se mais propriamente como uma escassez artificial que natural. Os recursos econômicos se tornam escassos para um fim porque houve uma decisão política que os manejou para outro. Não existiriam recursos suficientes para promover uniformemente todos

os direitos: este é um dado de realidade do qual muitos autores partem como premissa básica e irrefutável para teorizar a reserva do possível.

Todavia, se a dimensão do custo dos direitos for apreciada no momento da definição daquilo que está ou não normativamente protegido, é inegável que se abre um espaço praticamente incomensurável de discricionariedade para os poderes públicos que controlam a destinação dos recursos orçamentários. Neste sentido, a consideração da reserva do possível como um limite imanente dos direitos fundamentais sociais (mas não só, já que mesmo os direitos de defesa implicam custos) pode apresentar riscos para a exigibilidade destes direitos.

Com isso, é possível verificar que a consideração da reserva do possível como um limite imanente dos direitos fundamentais, ainda que logicamente aceitável, gera um grave enfraquecimento no sistema de proteção destes direitos, já que poderes constituídos legitimados a descrever o âmbito normativo de um direito, com seus limites inerentes, terão total discricionariedade para afirmar o que é possível e o que não é. Só que esta “possibilidade” não é necessariamente decorrente da lógica dos fatos, mas muitas vezes (e no caso econômico, quase sempre) fruto de escolhas dirigidas a determinados fins. Em um Estado Democrático de Direito, é forçoso reconhecer que esta discricionariedade não pode ser total, mas deve se enquadrar aos objetivos traçados pela própria Constituição.

Se a ideia da reserva do possível pode ser utilizada como argumento à cidadania, pelos governos, em um contexto de disputas alocativas, no sentido de justificar a falta de efetivação de determinados direitos sociais; se todos os direitos, civis, políticos e sociais são, em maior ou menor grau, onerosos; e se o que está em jogo, na realidade, é decidir como e com que prioridade serão alocados os recursos que os direitos, civis, políticos ou sociais exigem para a sua satisfação, o poder político, ao invocar a reserva do possível, deve, sempre, demonstrar que está fazendo o máximo de força (em todos os campos: financeiro, pessoal, tecnológico etc.), até o máximo possível, e que está priorizando os grupos mais vulneráveis.

Portanto, pode-se avaliar o quão significativo é ter conhecimento dos gastos empreendidos pelos governos, seja na proteção dos direitos de propriedade, seja na manutenção de forças policiais de prevenção e de repressão aos delitos, no direito de proteção dos presos, no combate ao comportamento impróprio dos agentes públicos etc. Importa que o alcance efetivo dos direitos é produto da ação do Estado. A possibilidade de uma autoridade judicial impor ao Estado uma obrigação é um reflexo de como as liberdades individuais dependem da ação estatal.

## **2. DA JUDICIALIZAÇÃO AO ATIVISMO JUDICIAL E SEUS IMPACTOS NA PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL**

Conforme salientado no decorrer deste estudo, o texto constitucional apresenta um numeroso rol de direitos individuais/sociais garantidos aos indivíduos, sendo incumbida ao Supremo Tribunal Federal a missão de zelar pelo cumprimento da Constituição Federal, momento esse no qual fez eclodir o fenômeno denominado como ativismo judicial.

Dessa forma, não raras as vezes, denota-se que a doutrina, os juízes singulares e os Tribunais passaram a conceber o ativismo judicial como característica própria de jurisdição, ou seja, majoritariamente, a atuação ativista do Judiciário é considerada como uma “solução” para os problemas sociais ou, ainda, indispensável para o cumprimento do texto constitucional.

Neste contexto, é necessário que alguns pontos fundamentais sejam enfrentados. Primeiramente, o estudo se propõe a analisar a questão envolvendo a judicialização das políticas públicas, em especial as inerentes ao direito à saúde. Em segundo lugar, se propõe a enfrentar a temática inerente à judicialização da política e do direito à saúde. Em sequência, permeará alguns aspectos inerentes ao ativismo e à autocontenção judicial. O ponto 2.4 elucidará sobre a diferenciação entre judicialização e o ativismo de juízes e Tribunais, haja vista o visível protagonismo do Poder Judiciário. Por fim, após esclarecidos temas centrais sobre a judicialização e o ativismo, o trabalho buscará analisar jurisprudências do Superior Tribunal Federal, as quais enfatizam e mostram na prática a ocorrência desses fenômenos.

### **2.1 Judicialização das políticas públicas**

A Constituição Federal de 1988 surgiu como instrumento de reação ao longo período de domínio do poder ditatorial, trazendo em seu bojo ambições por mudanças políticas e amparo dos direitos fundamentais. Nesse contexto, o Poder Judiciário tornou-se o depositário do papel de garantidor da concretização do processo de redemocratização brasileira (LIMA, 2014, p. 236).

A intensa preocupação com o retorno à ditadura fez a Assembleia Constituinte incorporar o máximo de garantias na Constituição. Logo, os objetivos, os fins, as escolhas e os valores que foram eleitos pela sociedade por meio do Constituinte de 1988 serão alcançados através de políticas públicas do Estado, representado pelos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário). Ao mesmo tempo, o controle das direções das políticas públicas deve ser feito como controle das finalidades descritas na Constituição, ou seja, o Judiciário está legitimado a

fazer cumprir os preceitos constitucionais, seja determinando ações ao Executivo, seja inibindo atos inconstitucionais deste (RIBAS; SOUZA FILHO, 2014).

Nesse sentido, assegura Flávia Danielle Santiago Lima (2014, p. 159-160):

Considerando que a Constituição surge como instrumento de reação ao poder ditatorial, ao trazer em seu texto os anseios de mudanças substanciais no campo da política e na previsão e proteção dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário passa a ser depositário do papel de garantidor da concretização do processo de redemocratização brasileira. [...] Assim, o receio quanto a um retorno autoritário foi respondido pelo fortalecimento das instituições jurídicas, como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o Ministério Público e o Judiciário, tidos como “peças essenciais para o bom funcionamento da democracia”, e o estabelecimento de garantias aos seus membros. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal – como órgão de cúpula – assegurou proeminência. Na verdade, a instituição influenciou o próprio processo constituinte, desde a condução dos debates até o processo decisório, à medida que seus ministros participaram da definição do próprio formato da Assembleia Nacional Constituinte [...]

Ao passo que o constitucionalismo brasileiro surge, a partir da promulgação da CF/88, o país encerra o processo de redemocratização e vê o crescente fortalecimento de suas instituições, em especial, o Poder Judiciário (BARROSO, 2005, p. 35). Esse fenômeno não é uma particularidade brasileira, como bem esclarece Giovanna Paola Primor Ribas e Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2014, p. 37):

Tem-se verificado, na maior parte dos países ocidentais, a partir da Segunda Guerra Mundial, um avanço da justiça constitucional sobre a política majoritária. Essa tendência tem origem mais remota, no chamado *judicial review* norte-americano, inaugurado no julgamento do célebre caso *Marbury v. Madison*, no qual o juiz Marshall assume para sua Corte o que não estava em nenhum lugar explícito na constituição americana – o poder supremo para aplicar a Constituição, inclusive contra os quais nem mesmo os atos do Congresso alcançam.

Igualmente merece destaque a elucidação de Luís Roberto Barroso (2018, p. 75):

[...] Esse é um debate que remonta a *Marbury vs. Madison* 303, a célebre decisão da Suprema Corte, proferida em 1803, que assentou ser prerrogativa da Suprema Corte dar a palavra final na interpretação da Constituição. Isso significa, inclusive, a possibilidade de invalidar atos do Legislativo e do próprio Executivo. Essa competência não consta de maneira expressa da Constituição americana e, como consequência, foi contestada desde a primeira hora por lideranças diversas, inclusive o então Presidente da República, Thomas Jefferson. Ao longo do tempo, todavia, após um início relativamente irrelevante, a Suprema Corte foi progressivamente ocupando espaço de destaque no cenário institucional americano. Em uma primeira fase, sua intervenção se deu em favor do status quo e das ideias mais conservadoras, como ocorreu em decisões como *Dred Scott vs. Sandford* e, já no século XX, ao invalidar a legislação social editada no governo de Franklin Roosevelt. No entanto, no período iniciado em 1954, com a posse de Earl Warren no cargo de Presidente da Corte, e que se estendeu até 1973, já no início da Corte Burger, a Suprema Corte produziu um conjunto de decisões avançadas, em temas como direitos raciais, liberdade de expressão, direitos dos acusados em processo criminal, direitos da mulher e direito de privacidade, entre outros.

O arquétipo de Estado Social seguido pelo Constituinte de 1988 assumiu uma perspectiva de intervenção muito maior do Estado nas relações sociais, colocando este como agente transformador. Assim, indivíduos e grupos, se valendo dos meios disponíveis de acesso à justiça garantidos constitucionalmente, buscam diariamente o Judiciário como meio de efetivar demandas que versam notadamente sobre direitos fundamentais.

A expansão das suas competências e dos instrumentos de controle de constitucionalidade, o desenho institucional independente e as garantias de seus membros (vitaliciedade e responsabilidade apenas pela via do impeachment, por exemplo) fortalecem o exercício de poder pelo STF, protegido de eventuais ingerências de titulares de outros Poderes. Os meios processuais permitem que as pretensões dos mais diversos setores da sociedade civil sejam encaminhadas ao Tribunal. E, por fim, a adoção de uma carta analítica, permeada de compromissos substantivos, viabiliza a conversão de expectativas políticas em demandas jurídicas. Tem-se aqui a conjunção de fatores que favorecem a relevância do STF no cenário político brasileiro (LIMA, 2014, p. 209-243).

De regra, sob a orientação do neoconstitucionalismo, as decisões tomadas nesses tipos de ações têm um impacto nas atividades dos Poderes Executivo e Legislativo e despertam discussões acaloradas sobre o fenômeno da judicialização da política (OLIVEIRA, 2014, p. 14).

A judicialização da política está essencialmente relacionada ao nível de direitos fundamentais conferidos e ao modelo de separação dos poderes do Estado. A junção de tais elementos, aliada à crise do Poder Legislativo, levou à expansão do Poder Judiciário e ao meio de como ele intervém no campo político. Foi nessa ânsia de garantir à sociedade os direitos fundamentais listados na Constituição Federal que a política se judicializou (BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 60).

Os estudos realizados sobre o fenômeno da judicialização partem do pressuposto do protagonismo do Judiciário na efetivação de direitos, sejam eles de cunho político, social e coletivo. Ao longo dos anos, o Judiciário passou a desempenhar papel fundamental nas sociedades contemporâneas como agente ativo na implementação de políticas públicas e efetivação de direitos. Sobretudo pela estrutura do controle de constitucionalidade das leis, o Judiciário passou a fazer parte da formulação destas ao lado do Legislativo e, com a ampliação dos instrumentos processuais, passou a exercer influência direta na atuação do Executivo (BARROSO, 2012, p. 1-50). A respeito, sustenta Ran Hirschl (2009, p. 139-178):

Uma das principais manifestações dessa tendência tem sido a judicialização da política — o recurso cada vez maior a tribunais e a meios judiciais para o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de política pública e controvérsias políticas. Com recém-adquiridos mecanismos de controle de constitucionalidade, tribunais superiores ao redor do mundo têm sido frequentemente chamados a resolver uma série de problemas — da extensão das liberdades de culto religioso e de expressão, dos direitos à igualdade e à privacidade e da liberdade de reprodução, a políticas públicas

relacionadas à justiça criminal, à propriedade, ao comércio, à educação, à imigração, ao trabalho e à proteção ambiental.

Ainda sobre o fortalecimento das Cortes, assevera Lima (2014, p. 138):

Além da constitucionalização dos ordenamentos jurídicos e a afirmação geral de uma judicialização da política, constata-se hodiernamente um “novo movimento de expansão judicial”, uma espécie de aprofundamento destes processos. Isto porque o fortalecimento das cortes parece transcender a discussão judicial de políticas públicas, as decisões sobre os direitos fundamentais ou o redesenho judicial das fronteiras legais entre os órgãos estatais, que constituíram a “política”.

Por outro lado, a ideia de judicializar relações sociais envolve um processo muito mais amplo, que alça o Judiciário ao referencial de resolução de conflitos sociais (ASENSI, 2010, p. 33-55). Sobre o tema, descrevem Viana, Burgos e Salles (2007, p. 39-85) acerca do avanço da invasão do direito na regulação dos setores mais vulneráveis, em um claro processo de substituição do Estado:

[...] O juiz torna-se protagonista direto da questão social. Sem política, sem partidos ou uma vida social organizada, o cidadão volta-se para ele, mobilizando o arsenal de recursos criado pelo legislador a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos. A nova arquitetura institucional adquire seu contorno mais forte com o exercício do controle da constitucionalidade das leis e do processo eleitoral por parte do judiciário, submetendo o poder soberano às leis que ele mesmo outorgou.

Dentre os inúmeros fatores que contribuíram para o exponencial crescimento da judicialização, Luís Roberto Barroso (2012, p. 1-50) acredita que

o primeiro deles é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas – operando-se uma ascensão institucional de juizes e tribunais - na Europa, como em países da América Latina, particularmente no Brasil. Outro ponto envolve a desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Por fim, os atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na decisão de temas decisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas.

O fenômeno da judicialização e a interferência do Poder Judiciário na órbita dos outros Poderes geraram severas críticas. O mesmo aconteceu com a Suprema Corte americana no início do século XX, criticada por não ser a instância adequada para tratar de assuntos políticos, uma vez que seus membros não são eleitos pelo povo, não possuindo, assim, legitimidade democrática para se manifestar sobre tais questões.

Em que pese tais críticas, é fato o protagonismo do Judiciário, sendo esses exames insuficientes para conter um processo que parece ter se tornado irreversível. Com efeito, muitas das questões políticas transferidas para os Tribunais o são por partidos políticos ou por grupos

de interesses e, portanto, isso não pode ser visto como um fenômeno jurídico ou como um fenômeno de apoderamento de um Poder sobre o outro, mas como um fenômeno político.

A nítida percepção é que o Poder Judiciário tem sido utilizado como outra arena política, em que as minorias políticas no âmbito de discussão deliberativa parlamentar têm a possibilidade de ter protegido seus direitos, notadamente no que tange à saúde (BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 64).

Nesse sentido, pode-se dizer que é através do controle concentrado difuso que as minorias políticas conseguem exercer seu poder de veto contra leis e atos administrativos editados pelos Poderes Legislativo e Executivo, sob a égide da Constituição de 1988, podendo se afirmar que o controle de constitucionalidade é um dos maiores recursos disponíveis para as minorias políticas contra as decisões políticas majoritárias.

Apesar da judicialização das políticas públicas demonstrarem um avanço efetivo da cidadania, a principal crítica a esse fenômeno é a interferência do Judiciário no princípio da separação dos Poderes (abarcado pela Constituição Federal, no seu art. 2º, que dispõe que os Poderes são independentes, mas também harmônicos entre si), um meio de freios e contrapesos aos excessos que podem ser cometidos, configurando uma forma de equilíbrio. A respeito:

O Judiciário, com a relativização desse princípio e, conseqüentemente, com o aumento de suas responsabilidades, passa a interferir nos demais Poderes. Quando o Judiciário invalida atos dos outros dois poderes ou atua na ausência de manifestação expressa do legislador ou administrador quando estes deveriam tê-lo feito, depara-se inevitavelmente com o problema da justificação política ou da legitimação democrática de seu ato. É neste ambiente que emergem as principais críticas ao fenômeno da judicialização (RIBAS; SOUZA FILHO, 2014, p. 66).

A teoria da separação de Poderes é um marco importante no desenvolvimento da estrutura estatal moderna. A repartição do poder estatal entre Legislativo, Executivo e Judiciário pressupõe uma organização sistemática baseada nas competências funcionais mais eficazes, estabelecendo um sistema de controle no desempenho de cada órgão (JÚNIOR; PAVANI, 2013, p. 71-100).

Sendo papel do Judiciário preservar o processo democrático e promover os valores constitucionais, a inércia dos demais Poderes, em especial do Executivo, capaz de gerar ofensa a direitos fundamentais, termina impondo ao Judiciário uma maior intervenção, ferindo a independência e a harmonia preconizadas pelo Constituinte. Neste sentido, se faz preponderante a análise de Urá Lobato Martins (2015, p. 52):

De acordo com o art. 2º da Constituição Federal, os três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) devem ser independentes e harmônicos entre si, cada um exercendo, de forma predominante, sua respectiva função típica. [...] No caso brasileiro, evidencia-se uma constante omissão do Executivo em realizar seu papel

por meio de políticas públicas e demais ações governamentais de saúde, razão pela qual o Judiciário acaba sendo utilizado em demasia. Ou seja, a tão almejada harmonia entre os Poderes não se sustenta atualmente.

Dessa forma, logicamente o Judiciário não tem a pretensão de substituir a vontade majoritária nem exercer as funções do Executivo e do Legislativo. Sua atuação vem apenas preencher um vazio deixado pelas instituições democráticas, a fim de fazer cumprir os fins que foram definidos na Constituição. Sendo assim, a judicialização da política e das relações sociais não pode e nem deve ser resumida ao protagonismo do Judiciário, mas ao resultado de novas práticas de resistência e da igualdade de direitos pleiteados pela sociedade civil.

## 2.2 A judicialização da política e a judicialização da saúde

Como inicialmente elencado no tópico acerca da constitucionalização, é fato que, com o advento do texto constitucional de 1988, houve uma transformação radical no exercício da jurisdição no Brasil, sendo que, desde então, pode-se observar que duas expressões passaram a estar diretamente vinculadas à atividade jurisdicional: ativismo judicial e judicialização da política, ambas as expressões empregadas para se referir ao acentuado grau de judicialização do direito brasileiro.

Muito embora ambas as expressões se referem para abarcar a judicialização brasileira, ambas não se confundem, de modo que a diferenciação dessas expressões torna-se indispensável. A judicialização da política passa, primeiramente, pela percepção da interação de três elementos, são eles: Direito, Política e Judiciário (TOMAZ DE OLIVEIRA; TASSINARI, 2014, p. 71-92). É certo que tais elementos e acepções estão condicionados à ideia já destacada sobre constitucionalismo, haja vista que é por meio dele que surge a organização do Estado e a proteção aos direitos fundamentais. Isto é exposto pelo autor Friedrich Muller ao fundamentar no pensamento de Rousseau, no qual direito constitucional é o direito político. Insistir nisso não tem relação nenhuma com o “decisionismo”.

[...] O posicionamento de Muller toca justamente em um ponto que é central para se compreender a importância de se distinguir a judicialização da política do ativismo judicial. Isso porque, com tal frase, o autor não apenas reforça a vinculação entre Direito (constitucional) e Política, como também revela que esta relação não está vinculada a um decisionismo. Ou seja, do mesmo modo que Muller não precisa compactuar com o decisionismo (ou com o ativismo judicial, é possível acrescentar) para afirmar o elo existente entre Direito e Política, ele também não necessita negar a existência de um imbricação entre Direito e Política para evitar a postura (ativista) do Judiciário (TOMAZ DE OLIVEIRA; TASSINARI, 2014, p. 71-92).

Para Barroso (2018, p. 22), a judicialização da política seria forjada por um contexto marcado por três fatores, sendo eles: redemocratização, constitucionalismo abrangente e

incorporação de um sistema híbrido de constitucionalidade (que mistura as modalidades difusa e concentrada). Assim, esse fenômeno, em verdade, seria consequência das transformações ocorridas no direito brasileiro com o surgimento da Constituição de 1988.

Diante disso, compreende-se que a judicialização da política é um fenômeno decorrente da insuficiência dos demais Poderes (Legislativo e Executivo) em determinado contexto social, independentemente da postura dos juizes e Tribunais, enquanto o ativismo diz respeito a uma postura do Judiciário que vai além dos limites constitucionalmente previstos.

Nesse linha, consoante a judicialização do direito à saúde no Brasil, tem-se que o marco inicial esteve inicialmente vinculado às demandas envolvendo a concessão de antirretrovirais para portadores de HIV/AIDS na década de 1990. Isso porque até tal data esse grupo de pacientes era beneficiado pelo programa nacional de distribuição gratuita da Zidovudina (AZT). Entretanto, com a ampliação e o surgimento de novos medicamentos no mercado, a busca pelo acesso a essas inovações cresceu perante o Judiciário.

Então, parcela significativa da população percebeu que os Tribunais poderiam atuar como um novo espaço de promoção de direitos sociais, trazendo à tona inúmeros riscos democráticos provenientes da judicialização excessiva. Tratava-se do “descobrimto do Poder Judiciário”, que se relaciona com a sedimentação da percepção de que o sistema judicial constitui um canal de articulação dos conflitos sociais e políticos.

A proteção dos direitos humanos no Brasil tem como marca a proteção geral, genérica e abstrata, sendo que o direito à saúde deve ser garantido pelo Estado (competência comum, sendo solidariamente responsáveis os entes federativos – União, Estados, Distrito Federal e Municípios) aos seus cidadãos, por meio de políticas e ações públicas que permitam o acesso de todos aos meios adequados para o seu bem-estar. Sua concretização se dá por meio de prestações positivas, incluindo a disponibilização de serviços e insumos de assistência à saúde, tendo, portanto, a natureza de um direito social, que comporta uma dimensão de caráter individual e outra coletiva em sua realização.

No caso da proteção constitucional do direito à saúde, como já discorrido no início deste trabalho, foi fruto do embate histórico ocorrido durante a Constituinte entre o movimento sanitário e o setor privado, vencendo, em grande parte, as perspectivas que resultaram no reconhecimento expresso da saúde como direito social (art. 6º) de caráter universal e a ampliação da proteção quanto aos riscos à saúde (DUARTE, 2017, p. 63).

*A atribuição de contornos próprios ao direito fundamental à saúde, correlacionado, mas não propriamente integrado nem subsumido à garantia de assistência social, foi exatamente um dos marcos da Constituição Federal de 1988, rompendo com a tradição anterior, legislativa e constitucional, e atendendo, de outra parte, às reivindicações do*

Movimento de Reforma Sanitária, consolidadas, especialmente, nas conclusões da VIII Conferência Nacional de Saúde. A explicitação constitucional do direito fundamental à saúde, assim como a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) decorrem, portanto, da evolução dos sistemas de proteção antes instituídos em nível ordinário, assim como algumas das principais características do regime jurídico-constitucional do direito à saúde são também reflexos desse processo [...] (SARLET; FIGUEIREDO, 2013, p. 3185-3186).

A saúde se insere na órbita dos direitos sociais constitucionalmente garantidos. Trata-se de um direito público subjetivo, uma prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas.

Especificamente no caso do direito à saúde [...] a CF/88 acolheu o princípio da universalidade tanto na sua dimensão objetiva (atendimento integral e proteção contra todos os riscos) quanto subjetiva (direito de todos e dever do Estado). Como consequência, além de uma série de novas obrigações jurídicas para o Estado, que teve que organizar a estrutura e os recursos públicos necessários para poder respeitar, proteger e implementar o direito assegurado, por meio da criação de redes de serviços públicos, o reconhecimento do direito de todos à proteção integral acabou se tornando um dos fatores que mais contribuíram para que o fenômeno da judicialização ganhasse grande impulso na área da saúde. Afinal, em caso de omissão, qualquer dimensão do direito à saúde poderia, ao menos em tese, ser exigida pela via judicial (DUARTE, 2017, p. 50).

Outrossim, a precariedade do sistema público de saúde, aliada ao insuficiente fornecimento de remédios gratuitos, ocasionou o nascimento do fenômeno da judicialização da saúde, conforme assevera Ordacgy (*online*):

A notória precariedade do sistema público de saúde brasileiro, bem como o insuficiente fornecimento gratuito de medicamentos, muitos dos quais demasiadamente caros até para as classes de maior poder aquisitivo, têm feito a população civil socorrer-se, com êxito, das tutelas de saúde para a efetivação do seu tratamento médico, através de provimentos judiciais liminares, fenômeno esse que veio a ser denominado de “judicialização” da Saúde.

Na visão de Bliacheriene, Rubim e Santos (2016, p. 57), as causas determinantes do fenômeno da judicialização da saúde são:

São várias as causas que poderiam ser apontadas para judicialização: (i) crise do Estado, quando sobressai o papel do Poder Judiciário; (ii) falhas da gestão na formulação e execução das políticas públicas do SUS; (iii) amplitude dos direitos sociais estabelecidos na CRF-88; (iv) atuação incisiva do poder econômico da indústria dos bens de saúde (farmacêutica e tecnológica, dentre outras) para inserir produtos, nem sempre eficazes, no mercado e no sistema de saúde pública e privada no Brasil; (v) maior atuação do Ministério Público e das Defensorias para garantia de direitos sociais; (vi) ativismo judicial. Essa listagem aponta motivos justificáveis, como também desvios do sistema, ambos convivendo e influenciando o fato recente da ampla judicialização das políticas públicas de saúde.

O crescimento exponencial de litígios de saúde, sobretudo daqueles relacionados à prescrição de tratamentos médicos e outros produtos, fez com que o Judiciário se tornasse não apenas um revisor de políticas públicas, mas também um indutor na formulação pelos demais

poderes e de implementador. Trata-se da realidade não apenas do Brasil, mas que tem sido vivenciada em outros países – como os Estados Unidos – embora em diferentes proporções e com variadas características (OLIVEIRA, 2014, p. 54).

Nas raízes da judicialização da saúde, comumente são identificadas a contradição entre a garantia em abstrato do direito à saúde e a baixa qualidade dos serviços prestados, buscando-se no Judiciário a efetivação desse direito. Especificamente no caso do SUS, existe uma grande dificuldade para os juristas que são transportados a uma reflexão mais profunda quanto à intervenção judicial. Assim, as escolhas dos gestores, baseadas em dados técnicos e nas condições financeiras do sistema de saúde, poderiam ser afastadas pelos juizes? As decisões judiciais poderiam modificar o orçamento da saúde?

Não obstante, a judicialização é um meio de alerta às autoridades sobre as falhas no desempenho de suas funções, servindo como uma oportunidade para condução de mudanças. Apesar dos gestores visualizarem a judicialização como uma ameaça ao sistema, ela oferece possibilidades de alocação de recursos em áreas que talvez não estivessem tendo o olhar necessário do Estado.

Ainda, o acesso à justiça aduz ao fato de que o Judiciário possui papel crucial na efetivação dos direitos políticos, sociais e coletivos, de tal sorte que, ao longo dos anos, o Judiciário passou a exercer papel central nas sociedades contemporâneas visando à efetivação das políticas públicas.

Percebe-se, assim, que o traço comum na judicialização da saúde é marcado por ações individuais contra o SUS, nas quais se requer medicamentos e tratamentos que ora não se encontram previstos pela política ou cuja oferta enfrenta barreiras administrativas ou ineficiência da política estabelecida. O resultado dessas demandas, em sua maioria, é a concessão do pleito pelo Judiciário em todas as suas instâncias, sob a previsão constitucional de um direito fundamental à saúde e tendo como base a prescrição medicamentosa apresentada pelo reivindicante.

O deferimento em massa dessas ações aprofunda ainda mais as iniquidades do SUS, com infringência dos princípios norteadores e favorecimento daqueles que possuem condições de judicializar em detrimento daqueles que não possuem acesso à justiça. Sobre o tema, assevera Pereira (2006, p. 292):

As decisões judiciais exaradas no intuito de efetivar o direito à saúde de demandantes individuais, contemplando o fornecimento de medicamentos e o tratamento de doenças, podem ser danosas quando não são considerados os impactos que podem causar nos orçamentos e na organização dos serviços públicos de saúde podem ser danosas.

Desde a promulgação da CF/88, a saúde passou a ser um direito de todos e um dever do Estado, prestado através do SUS. A atuação do Poder Executivo junto à sociedade ocorre através das políticas públicas, com recursos planejados e descritos nas Leis Orçamentárias Anuais, de acordo com o juízo de discricionariedade da Administração Pública, aprovadas pelo Poder Público. Os recursos das políticas públicas de saúde são oriundos dos orçamentos da seguridade social de cada ente da Federação, conforme determinação constitucional, além de outra parcela proveniente de impostos, como ICMS, IPI, Cofins, IPVA e IPTU (PEREIRA, 2006, p. 32).

O Ministério da Saúde dividiu os encargos da distribuição farmacêutica entre três níveis de governo, como parte de um processo mais amplo de descentralização. Coube ao Governo Federal a função central de financiamento da saúde pública (administrando programas voltados para doenças de alta prioridade que exigem tratamentos de alto custo). No âmbito estadual e municipal, as Secretarias de Saúde precisaram desenvolver novas estruturas para aferir as necessidades de tratamento médico e conduzir recursos financeiros federais e locais para a provisão de medicamentos.

Através dessa infraestrutura, a população tem garantido seu acesso aos medicamentos especificados em listas elaboradas por administradores governamentais (BIEHL; PETRYNA, 2016, p. 180). Nesse sentido, esclarecem Medrado et al (2013, p. 03):

No que se refere, por exemplo, ao fornecimento de medicamentos, a política pública existente, pautada na descentralização, estabelece a competência específica de cada ente: cabe à União o fornecimento de medicamentos estratégicos que são aqueles utilizados em doenças com perfil endêmico e impacto socioeconômico importante, tais como AIDS, Tuberculose e Cólera; ao Estado compete o fornecimento de medicamentos especializados, para tratamento de doenças específicas, tais como Alzheimer e Parkinson, que atinjam um número limitado de pacientes, os quais, na maioria das vezes, os utilizam por períodos prolongados; os Municípios são responsáveis pelo fornecimento de medicamentos considerados básicos e essenciais, como aqueles para tratamento de Diabetes e Hipertensão, por exemplo.

Essa divisão e a conseqüente programação em listas objetivam garantir à população a disponibilidade de medicamentos através da correta alocação de recursos disponíveis, evitando o desabastecimento. As decisões judiciais interferem nos orçamentos administrativos, uma vez que determinam a entrega de medicamentos pelo ente federativo que não é responsável ou quando este é responsável, o fármaco não está programado. Neste cenário, Estados e Municípios são os maiores prejudicados, pois recebem proporcionalmente menos recursos para a política de saúde. Os efeitos nefastos do amplo fornecimento de medicamentos são veementemente ignorados pelo Judiciário. Asseveram Wang et al (2014, p. 1201):

O Judiciário, ao adotar as teses de que há responsabilidade solidária dos entes da federação para compor o polo passivo de ações demandando bens e serviços de saúde e de que o acesso a bens de saúde não se restringe àquilo que foi previamente definido em listas públicas, parece estar, indiretamente, redesenhando a política de assistência farmacêutica do SUS no que tange à distribuição de competências entre os entes federados. Os efeitos para o sistema são deletérios, por pelo menos três motivos: i) porque acarretam um acesso desigual ao SUS, pois aqueles que litigam têm acesso a um rol mais amplo de ações e serviços de saúde, enquanto o restante da população conta apenas com aquilo que está definido nas políticas; ii) porque geram um desequilíbrio na distribuição de competências dentro do sistema, sobrecarregando o ente mais frágil do conjunto, o município; e iii) por fim, porque geram um elevado grau de incerteza ao gestor público, não apenas sobre quanto recurso público precisará disponibilizar para a compra de medicamentos demandados judicialmente, mas também sobre o impacto nas contas públicas e os cortes necessários em outras despesas e políticas.

Neste dimensionamento, Medrado et al (2013, p. 03):

Outra questão que prejudica sobremaneira a política descentralizada do SUS é o entendimento dos Tribunais acerca da responsabilidade solidária entre União, Estado e Município na prestação da assistência à saúde. Por exemplo, tornou-se praticamente unânime entre os magistrados que a responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos seria solidária entre os entes públicos (o que quer dizer que todos estariam igualmente obrigados, podendo o cidadão optar por incluir um, dois ou todos os entes federados no polo passivo da demanda). Tal entendimento pode ser extremamente prejudicial à sociedade, vez que a condenação de dois ou mais entes esvazia toda a política traçada pelo Ministério da Saúde.

A judicialização gera despesas imprevistas às diferentes esferas do governo. Esses custos prejudicam os entes federados mais pobres, os Municípios. Apesar de se admitir que o direito à saúde é um direito subjetivo, não implica uma ampla e irrestrita tutela judicial (LIMA; FRANÇA, 2018, p. 209-243). Por vezes, até mesmo o STF deixa de determinar o provimento de medicamentos de alto custo a pessoas necessitadas, em razão do limite da “reserva do possível”, ou seja, em razão da reserva orçamentária, assim como da ausência de legitimidade para intervir na distribuição dos recursos públicos. Por outro lado, em outros casos, a Corte levanta argumentos acerca do respeito ao interesse financeiro do Estado, fato que interfere diretamente na autonomia do Poder Legislativo e do Poder Executivo na alocação de recursos públicos, sendo que o direito à saúde corresponde a um direito social básico, que merece ser protegido e, portanto, deve prevalecer.

Cumpram-se destacar pesquisa recomendada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) juntamente com o Poder Judiciário, que apontou o aumento de aproximadamente 130% nas demandas de primeira instância entre 2008 e 2017. A problemática envolvendo a saúde pública foi responsável por 11,7% de ações; o tratamento médico-hospitalar ou fornecimento de medicamentos, por 7,8%; e o fornecimento de medicamentos, 5,6% (INSPER, 2019).

Ainda, consoante a pesquisa da INSPER (2019), no período de 2009 a 2017, o número anual de processos na primeira instância da Justiça relativos à saúde no Brasil praticamente

triplicou. Só no ano de 2017 começaram a tramitar no Judiciário brasileiro 95,7 mil demandas acerca de saúde. Atualmente, a maioria dos processos tem pedidos em relação à assistência para medicamentos e tratamentos que não são disponibilizados pelo SUS e pelos planos de saúde. No entanto, também existem pedidos para medicações e tratamentos encontrados apenas no exterior.

Nesse mesmo período, as ações sobre saúde cresceram 85% nos Tribunais de segunda instância, especializados em apelações. Aproximadamente 70% dos acórdãos envolvem disputa por medicamentos. Em 2016, o volume de gasto com demandas judiciais no âmbito da saúde consumiu o expressivo valor de R\$ 1,3 bilhão (INSAPER, 2019).

No mundo, raros são os países que possuem um sistema de saúde pública universal. Integram esse seleto grupo o Brasil, o Reino Unido, o Canadá, a Austrália, a França e a Suécia. Atualmente, o financiamento à saúde no Brasil vem oscilando nos últimos anos ao redor de 8% do PIB. Em comparação com países que oferecem acesso universal à saúde de boa qualidade, despendem recursos superiores, como, por exemplo, o Canadá (10,4% do PIB) e o Reino Unido (9,9% do PIB) (SALDIVA; VERAS, 2018, p. 47-61).

A análise dos dados demonstra um acesso desigual ao SUS, favorecendo uma minoria que possui condições de acionar o Judiciário, além dos obstáculos para o planejamento e gestão do orçamento público ante a imprevisibilidade dos gastos com ações judiciais.

A expressiva intervenção do Poder Judiciário nas questões sociais e políticas de maior relevância do país demonstra o aumento do controle judicial nas relações sociais, mais especificamente nas políticas públicas. Assim, a centralidade da Corte na vida política brasileira culmina no fortalecimento dos sistemas de justiça como instância de efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Advém que o protagonismo desenfreado e excessivo do Judiciário tem ocasionado incertezas e contradições no sistema, exigindo um reexame de seu sentido e limites. Hodiernamente, se percebe que a judicialização da política não resolveu o problema da eficácia dos direitos sociais, em especial do direito à saúde. Contudo, o papel exercido pelo Judiciário é fator necessário, embora não suficiente para efetivação deste direito. Conforme asseveram Corrêa e Massafra (2004, p. 26):

Sendo assim, a concretização do direito à saúde não depende unicamente do Judiciário, mas, também, da vontade política, do estabelecimento de um modelo de desenvolvimento que privilegie o bem-estar humano ao invés do capital, dos investimentos que garantam o respeito à Constituição e tornem realidade os direitos fundamentais nela insculpidos. A luta pelo acesso a uma sociedade mais justa mediante a ampliação do acesso à justiça dos tribunais constitui-se, contudo,

significativo meio de pressão democrática para que as políticas necessárias sejam implementadas.

Tendo em vista o panorama conflituoso da eficácia dos direitos sociais, notadamente do direito à saúde, compete ao STF traçar os parâmetros que devem nortear a resolução dos casos envolvendo o direito à saúde, atenuando o grau de incerteza e instabilidade na aplicação desse direito. Nesta perspectiva, o CNJ tem buscado articular nos últimos anos ações coordenadas a fim de desenvolver uma política judiciária sobre saúde pública. A partir desse cenário, é perceptível que a judicialização da saúde se tornou uma disputa de cunho político e institucional, atingindo todo o governo. Em primeiro lugar, todas as decisões orçamentárias e administrativas, ainda que adotadas exclusivamente pelo critério técnico, foram contestadas pelo Poder Judiciário; em segundo lugar, o fato de que não há critérios objetivos e técnicos que embasem as decisões, resultando em consequências negativas no âmbito da saúde.

A circunstância, porém, de se admitir que o direito à saúde é um direito subjetivo não implica uma ampla e irrestrita tutela judicial, uma vez que não é difícil de encontrar decisões do próprio STF deixando de fornecer medicamentos ou tratamentos de elevado valor por causa da chamada “reserva do possível”, mecanismo utilizado para legitimar a falta de orçamento do Estado, deixando os indivíduos sem acesso a medicamentos que, por vezes, podem causar riscos à vida.

Diante disso, a judicialização da saúde no Brasil não resultou em uma solução, mudando o cenário apenas para que as questões que envolvessem a temática deixassem de ser apenas resolvidas na esfera administrativa (Estado) e, ao adentrar com força a esfera judicial, acaba gerando uma série de contradições que resultam em mais dificuldades que facilidades.

De tal sorte, seria mais adequado que o Poder Judiciário não interferisse em demasia no direito à saúde, a fim de se evitar as contradições já elencadas, bem como que a quantidade de demandas fosse menor, resultando numa maior celeridade e efetividade da prestação jurisdicional.

### 2.3 Entre os limites do ativismo e da autocontenção judicial

O ativismo judicial se desenvolveu como uma nova proposta de garantia dos direitos sociais, dada a imposição do modelo econômico de mercado que se configurou e se impôs no contexto latino-americano. Esse ativismo e sua relação com as decisões dos juízes constitucionais têm recebido várias críticas, em primeira instância, porque a independência do juiz constitucional pode ser limitada pela política e pode se tornar relativa, dada a pressão da mídia e até mesmo o tipo de relacionamento ou permanência no cargo.

A imparcialidade e a legitimidade devem reger a argumentação e justificação das decisões dos juízes constitucionais, o que implica que não podem tomar decisões discricionárias, devem respeitar os princípios e regras da constituição. Porém, na prática, o resultado parece ser diferente, pois os juízes não são apolíticos, pertencem a partidos e têm certas ideologias que, dada a indeterminação da norma, podem vir à tona. Ainda mais quando os poderes de interpretação vão até mesmo para verificação jurídica, verificação de fato, conotação ou entendimento e disposição equitativa ou avaliação ético-política. Seria ingênuo dizer que a justiça constitucional não é política e que implica um ato de poder, o que leva à conclusão de que essa justiça é um cenário de transformação da sociedade, pois cria e protege os direitos.

Uma segunda crítica vem do Constitucionalismo Aspiracional de Villegas (2012, p. 33), que quer ver como maior dificuldade a garantia de segurança jurídica e critérios econômicos, como o princípio da maximização da riqueza, que poderia levar a direitos não passíveis de ação judicial, mas que possuem apenas um efeito simbólico ou programático. A garantia da equidade e dos direitos sociais não pode ser apenas legislativa ou depender da conclusão técnica de que há orçamento para isso. Não é plausível que a lei seja subordinada à economia e os direitos sejam reduzidos à liberdade e à propriedade.

Villegas (2012, p. 26) argumenta que o progressismo é a justiciabilidade dos direitos sociais e, portanto, são necessárias Constituições Aspiracionais, mesmo que conflitem com o princípio da maximização da economia e da segurança dos direitos de propriedade. A dificuldade, então, está em como fazer valer uma Constituição Aspiracional em um contexto de fragilidade institucional, desigualdade social e fragilidade dos movimentos sociais.

Depois de se perguntar se os juízes progressistas podem fazer transformações, se a emancipação social pode ser alcançada por via judicial e especificamente pelo direito, Villegas (2012, p. 221-222) menciona que, sobre esse ponto, na década de 1980, a sociologia do direito afirmou que, por meio das decisões judiciais, as mudanças são alcançadas, enquanto os estudos críticos do direito não lhe deram essa utilidade prática e uma visão moderada reconhecia certo papel como fomentador dos movimentos sociais. O autor afirma:

O constitucionalismo aspiracional é importante para as práticas políticas na medida em que, por um lado, facilita a consciência política emancipatória de alguns grupos sociais excluídos e, por outro, facilita possíveis estratégias de ação jurídica e política para remediar a situação dos afetados. [...] ajuda a criar a identidade do sujeito político. [...] O constitucionalismo aspiracional pode ter um impacto favorável na realidade social e política quando é capaz de inculcar na mente dos membros dos movimentos sociais e das pessoas em geral, um espírito anticonformista, que se baseia na alegação oficial de que a injustiça existe e deve ser remediada (p. 226).

Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 20) se refere a esse papel judiciário ao estruturar a sociologia crítica da justiça com vistas a investigar os diferentes sistemas de justiça, partindo do pressuposto de que o papel judiciário tanto na Europa quanto na América constitui um fenômeno intrigante para a sociologia política e a ciência política contemporânea, justamente pela posição do juiz na definição e especificação dos problemas sociais (URIBE; ANGULO; RAMÍREZ, 2019, p. 12). A questão também faz parte do debate entre Direito Constitucional e Teoria Política, na medida em que os juízes intervêm para resolver problemas sociais estruturais (URIBE; ANGULO; RAMÍREZ, 2019, p. 12).

O protagonismo judicial apresenta um novo desafio de análise da sociologia política e jurídica, como coloca Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 23). No entanto, fica claro que os demais Poderes devem recuperar suas funções e não permitir que o cumprimento dos direitos sociais seja garantido somente após o exercício adverso de demandas perante o Judiciário, que não só acabam por desgastá-lo como limitam o exercício universal dos direitos sociais a todos os indivíduos.

O protagonismo judicial pode gerar novos cenários de participação dos juízes, pois não se limita a estabelecer ordens fechadas de proteção de direitos, nas quais determina especificamente o que deve ser feito, e ordens abertas, nas quais apenas atribui ao poder político a função de desenvolver políticas, mas – como no caso colombiano da sentença de deslocamento forçado – pode emitir ordens abertas com supervisão. Assim, acaba sendo um espaço de deliberação onde se materializa o monitoramento das políticas públicas por parte dos indivíduos e dos Poderes Executivo e Judiciário. Mais adiante a sentença colombiana será detalhadamente estudada.

Diante disso, importante diferenciar o ativismo judicial e a judicialização da política. Tal diferenciação é imprescindível para a compreensão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Pode-se dizer que, no primeiro caso, ocorre a alteração dos juízos institucionais e democráticos pelos juízos do próprio magistrado, enquanto o segundo é um fato que decorre do aumento do caráter hermenêutico, onde a jurisdição acaba sendo o último recurso para o cidadão efetivar seu direito (STRECK, 2013, p. 26).

Há ainda quem sustente a ideia de que a judicialização é um acontecimento inexorável e contingencial que resulta de fatores sociopolíticos e consiste na intervenção do Judiciário ante a insuficiência dos demais Poderes do Estado, motivo este que faz com que o ativismo seja visto como uma corrupção dos Poderes, tendo em vista o desrespeito para com os limites de atuação de cada um dos Poderes (STRECK, 2003, p. 21).

Nesse sentido, importa considerar que a judicialização corresponde a um fato enquanto o ativismo se trata de uma atitude. Eis que não existe impedimento para que o Judiciário se utilize de formas diversificadas para solucionar as demandas. O problema ocorre quando se usa de tais formas para criar direitos sem embasamento legal, atitude que não deve ser admitida.

Consoante ao que preleciona Leite (2018, p. 2-12), pode-se encontrar um denominador comum a fim de conduzir à concepção de ativismo. Em suas palavras:

Tal concepção se baseia tanto na neutralidade, quanto no caráter pluri-dimensional do fenômeno. Isso significa compreender o ativismo no sistema de divisão das funções estatais. Nesse sentido, um comportamento judicial ativista tende a expandir os poderes judiciais em detrimento de outras autoridades estatais. Em outras palavras, ao pretender decidir uma controvérsia com independência, o Tribunal amplia seu papel institucional frente a outras instâncias de poder (LEITE, 2018, p. 2-12).

É inegável que a atuação ativista do Judiciário causa certo temor, entretanto, não se pode negar que ela possa ter uma face positiva, o que significa dizer que ela aponta para o fato de que o Poder Judiciário está atendendo a demandas sociais importantes que, eventualmente, não foram atendidas pelos demais Poderes em momentos adequados.

Todavia, em que pese o Poder Legislativo, localizado como instância política por excelência, muitas vezes não consiga atender a todos os anseios da sociedade, não se pode desejar, a despeito disso, a expansão crescente, indefinida e ilimitada do Poder Judiciário.

O cerne do ativismo judicial reside na atuação desenfreada dos Poderes Legislativo e Executivo pelo Poder Judiciário, verdadeiramente criando direitos. Notadamente, isso ocorre com mais frequência em relação ao Poder Legislativo quando se trata de omissões legais ligadas a direitos fundamentais, em que se editam normas novas para suprir as lacunas. No tocante à invasão na esfera de atuação do Poder Executivo, geralmente ocorre em decisões que determinam a execução ou implementação de certos direitos que, em última análise, afetam o planejamento e o orçamento do Estado.

Dessa forma, no que tange à esfera da saúde pública, a postura do Judiciário (em sua grande maioria concessiva) só fez crescer essa rota alternativa para o acesso ao cuidado e à saúde. Os juízes que trabalham em casos sobre direito à saúde estão cumprindo sua função constitucional e respondendo à inépcia do Estado em oferecer medicamentos necessários. Acreditam, ainda, que esse crescimento exponencial de ações judiciais é um marco na democratização de uma cultura de direitos no país (BIEHL; PETRYNA, 2016, p. 173-192).

O traço comum na judicialização da saúde é marcado por ações individuais contra o SUS, nas quais se requer medicamentos e tratamentos que ora não se encontram previstos pela política ou cuja oferta enfrenta barreiras administrativas ou ineficiência da política estabelecida.

O resultado dessas demandas é a concessão do pleito pelo Judiciário em todas as suas instâncias, sob a previsão constitucional de um direito fundamental à saúde.

Com efeito, Barroso (2007, p. 21-28) elenca os principais argumentos levantados pelos entes públicos nas ações judiciais envolvendo a prestação do direito à saúde. São eles:

a) a norma constitucional que dispõe sobre o direito à saúde é meramente programática; b) não se trata de mera interpretação de preceitos da Constituição, mas de execução de políticas sociais e econômicas, tendo o constituinte originário escolhido o Poder Executivo como ente competente para tal função; c) falta legitimidade democrática ao Poder Judiciário, haja vista que cabe aos poderes legitimados pelo voto popular a decisão sobre o modo pelo qual os recursos públicos devem ser gastos; d) os recursos públicos seriam insuficientes para atender às necessidades sociais, razão por que investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros – é o que se conhece em nosso ordenamento jurídico como reserva do possível; e) as decisões judiciais em matéria de medicamentos provocam a desorganização da Administração Pública, pois o cumprimento dessas decisões acarretaria ônus aos programas de atendimento à saúde, obstando o planejamento estatal; f) o Judiciário realiza uma abordagem individualista dos problemas sociais, prejudicando soluções preventivas e/ou coletivas, como políticas de saneamento básico e de construção de redes de água potável; g) que o protagonismo judicial privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial, servindo mais à classe média que aos pobres; h) o Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde, ainda que instruído por laudos técnicos, sendo sempre o Executivo mais capaz de realizá-las.

Consoante o elencado e de encontro à temática do Poder Judiciário brasileiro, verifica-se que a Suprema Corte tornou-se, nos últimos tempos, um órgão político, já que o ativismo judicial pode ser encontrado em diversos casos, culminando no afastamento da função principal do órgão (interpretar a lei), deixando de fazer aquilo que a lei determina, bem como sua imparcialidade, para fazer política.

Nas considerações realizadas por Zimmermann (2002, p. 102), aponta-se para o “império da lei”, no sentido de legalidade que se sobrepõe à vontade governamental. Assim, segundo ele, uma das principais características do Estado Democrático de Direito é a imperatividade da lei sobre os atos dos governantes. Contudo, com a atual politização do próprio Judiciário, a lei como limitador do poder político exercido pelos governantes não tem aplicação, deixando a sociedade à deriva das ações estatais.

Por outro lado, cumpre destacar a figura da autocontenção judicial, que é o oposto do ativismo, pois compreende ser a atitude pela qual o Poder Judiciário se abstém de interferir nas ações dos demais Poderes.

A partir dessa afirmação, tem-se que os magistrados não aplicam a Constituição nas situações que não estejam explicitamente em sua esfera de incidência, fazendo uso de critérios rígidos quando da análise de eventual inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e não

tomam decisões que diretamente definam políticas públicas. A autocontenção judicial reserva às instituições e Poderes competentes a discussão sobre quais políticas públicas devem ser privilegiadas e implementadas (BARROSO, 2012, p. 1-50).

Destaca-se que a autocontenção é verificada no discutido caso *Marbury x Madison* (1803), no qual a Suprema Corte americana, muito embora tenha reafirmado a supremacia da Constituição e a atribuição da Suprema Corte em resguardá-la, entendeu que não caberia ao Tribunal intervir em temas afetos a outros Poderes, demonstrando, assim, que o respeito às decisões majoritárias e à separação dos Poderes está envolto do constitucionalismo desde os primórdios.

Pode-se dizer que a autocontenção está ligada ao papel e ao alcance dos poderes da Corte dentro do sistema de governo. Nesse sentido, tem-se a construção de um papel restrito para as Cortes, pelos mais diversos meios, como: 1) reconhecimento de uma presunção de constitucionalidade dos demais Poderes; 2) coerência na interpretação dos dispositivos constitucionais; 3) demarcação da atuação da Corte a determinados temas, em que sua atuação seria indispensável; 4) redução do âmbito da decisão, ao que denomina-se de uma “via hermenêutica” da autocontenção (LIMA, 2014, p. 14).

Em meio a estas diversas concepções dos papéis dos órgãos judiciais no exercício da revisão judicial, concentrada ou difusa, a autolimitação judicial reconhece a necessidade de inserção da Corte em um ambiente predominantemente político – às voltas com diversas variáveis estratégicas que condicionam a atividade jurisdicional: desde a necessidade de aceitabilidade de suas decisões às dificuldades, inclusive técnicas, que enfrenta para o exercício de sua atividade.

É necessário haver limites em nome da legitimidade democrática e das capacidades institucionais do Poder Judiciário, assim como em nome da participação no debate público. A judicialização excessiva de emblemáticas questões políticas acaba sendo um mal, porque afasta do debate as pessoas que não têm acesso à arena jurídica e isso não é desejado.

Diante disso, pode-se dizer de forma resoluta que os limites para o ativismo judicial são os limites estabelecidos pela Constituição e pelas leis e o que legitima a decisão de um magistrado é a correta fundamentação de suas decisões. Para isso, ele poderá se valer de princípios, analogias, costumes, entre outros, e não poderá se valer disso para ampliar as fronteiras do direito, eis que não é papel do Poder Judiciário validar anseios populares, mas, sim, fazer cumprir os direitos previstos em nosso ordenamento jurídico.

## 2.4 A diferença entre judicialização e o ativismo de Juízes e Tribunais

Conforme abordado ainda no primeiro capítulo, mais especificamente no que tange ao constitucionalismo, é certo que o Estado Democrático de Direito está umbilicalmente ligado à efetivação dos direitos fundamentais, à medida em que representa um “plus” com relação ao Estado Liberal e ao Estado Social, de modo a impor o “resgate das promessas da modernidade, tais como a igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais e sociais” (STRECK, 2013, p. 5).

Apesar da atualidade brasileira estar firmada em ideais neoliberais, de modo a reclamar por um encolhimento do Estado, é forçoso reconhecer que a minimização do papel do Estado em países como o Brasil, onde, infelizmente, não há que se falar em Estado Social efetivo, tal mudança social pode acarretar em consequências desastrosas àqueles que necessitam de políticas públicas para a garantia dos direitos fundamentais (STRECK, 2009, p. 21-23).

Ou seja, no Brasil, atualmente, verifica-se a manifesta negligência estatal em relação às questões sociais, razão pela qual as promessas de liberdade, igualdade e bem-estar social estão longe de serem alcançadas de modo pleno. Ao contrário do que prega o discurso neoliberal, é imprescindível um fortalecimento do Estado para minimizar as diferenças e assegurar a implementação dos direitos fundamentais (STRECK, 2009, p. 24-25).

É certo que garantir os direitos do cidadão contra as maiorias e contra os excessos do Estado é um dos papéis primordiais da Constituição Federal, pois amparada em consubstanciar prestações positivas – concretizações de direitos prestacionais – e vinculações negativas – proibição de retrocesso social (STRECK, 2014, p. 86-87).

Nessa linha, a atividade jurisdicional não deve ser limitada à estrita aplicação da lei, ao contrário, a evolução da sociedade (e do próprio constitucionalismo) exige da jurisdição o desempenho de um papel criativo e para além do simples tratamento de conflitos, incumbindo-lhe determinar o conteúdo e o sentido concreto das normas constitucionais, especialmente as definidoras de direitos fundamentais, conferindo-lhes maior eficácia possível e colmatando eventuais lacunas legislativas à luz dos preceitos fundamentais (SARLET, 2003, p. 397).

A emergência do Judiciário corresponderia, portanto, a um contexto em que o social, na ausência do Estado, das ideologias, da religião, e diante de estruturas familiares e associativas continuamente desorganizadas, se identifica com a bandeira do direito, com seus procedimentos e instituições, para pleitear as promessas democráticas ainda não realizadas na modernidade (CITTADINO, 2003, p. 17-42).

Tal apontamento explana o conteúdo material da Constituição e expõe seu caráter compromissório e dirigente, reclamando um redimensionamento das relações estabelecidas

entre os Poderes, passando o Judiciário a integrar o âmbito político, justamente para assegurar a concretização dos objetivos e direitos previstos na Constituição. Isso porque não raramente são detectados pontos de conflito entre o princípio democrático, representado pela vontade da maioria, e os direitos fundamentais insculpidos na Constituição, forçando a intervenção do Poder Judiciário para restabelecer esse equilíbrio e, principalmente, para assegurar a preservação da dignidade da pessoa humana e os direitos que lhe são corolários (BARROSO, 2007, p. 26).

Diante de uma eventual oposição entre a vontade da maioria e os direitos fundamentais, isto é, entre democracia e constitucionalismo, o Poder Judiciário assume papel de protagonista do sistema jurídico, pois exsurge como meio de salvaguarda das conquistas trazidas pela Constituição Federal e, em especial, dos direitos fundamentais nela insculpidos (NOVAIS, 2010, p. 45).

A justiça torna-se, portanto, o lugar onde se exige a realização da democracia (GARAPON, 1996, p. 45), razão pela qual

[...] o Poder Judiciário se vem consolidando 'como ator político e importante parceiro no processo decisório', confirmando as hipóteses de Tate e Vallinder sobre a judicialização da política como um recurso das minorias contra as maiorias parlamentares, a que ainda se agregam, no caso brasileiro, suas atribuições de examinar, por iniciativa do sindicalismo, matérias de política econômica e de justiça redistributiva (CITTADINO, 2003, p. 17-42).

Nesse sentido, poder-se-ia justificar o protagonismo judiciário, identificado como uma "corrente do pensamento jurídico-processual (não apenas brasileiro), segundo a qual ao juiz cabe um papel incisivo e, de certa forma, preponderante tanto na condução do processo quanto no seu 'gerenciamento' durante o desenrolar de suas fases" (STRECK; TOMAZ DE OLIVEIRA; TRINDADE, 2013, p. 5). É, assim, exercido mediante o controle jurídico dos Poderes Político e Executivo e manifestado pela tarefa de dizer a última palavra sobre questões de validade quanto a comportamentos e interesses sociais (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 1-44), mas desde que necessário à tutela dos direitos fundamentais e exercido dentro dos parâmetros da argumentação jurídica, ou seja, mediante a prolação de decisões fundamentadas e redigidas em linguagem apropriada, conforme o discurso jurídico.

Em outras palavras, é possível, desejável e necessária a intervenção do Judiciário na esfera de atuação dos demais Poderes sempre que detectada afronta à direito fundamental previsto na Constituição e na estrita medida do necessário para assegurar sua preservação. Isto é, "para que seja legítima, a atuação judicial não pode expressar um ato de vontade própria do órgão julgador" (BARROSO, 2007, p. 22), mas, pelo contrário, deve fundar-se nos princípios

e normas instituídos pela Constituição Federal, de modo a preservar os direitos e garantias nela inseridos e, assim, a ordem jurídico-constitucional vigente.

Desse modo, a judicialização de questões políticas e sociais cuida-se de um fenômeno político recorrente nas democracias contemporâneas e que, portanto, não depende de ato volitivo do Poder Judiciário, na medida em que decorre naturalmente da expansão da sociedade, do dirigismo constitucional, da inflação legislativa e da crise da democracia (CANOTILHO, 2001, p. 27), cujos problemas exigem, para sua resolução, atos de jurisdição constitucional (TOMAZ DE OLIVEIRA; TASSINARI, 2014, p. 71-92).

[...] a judicialização apresenta-se como uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão julgante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade – característica da sociedade de massas (TOMAZ DE OLIVEIRA; TASSINARI, 2014, p. 71-92).

Por se tratar de um fenômeno político, a intensidade da judicialização da política tende a variar conforme aumenta ou diminui a conflituosidade da sociedade, o cumprimento dos direitos fundamentais ou, ainda, o número de regulamentações existentes (Leis, Decretos, Medidas Provisórias etc.) (TOMAZ DE OLIVEIRA; TASSINARI, 2014, p. 71-92).

Isso certamente explica o elevado grau de judicialização da política no Brasil, especialmente das políticas públicas de saúde, pois, conforme asseverado alhures, trata-se de sociedade marcada pelos conflitos decorrentes da implementação insatisfatória das promessas da modernidade e onde, portanto, o Estado Social não passou de um simulacro.

Não bastasse, a Constituição Federal de 1988 almejou constituir elemento de transformação social, tanto que se propõe a estabelecer diretrizes, objetivos e fins a serem alcançados pelo Estado, impondo aos gestores públicos a implementação de políticas públicas que atendam às suas finalidades precípuas. Como consequência desse manifesto dirigismo constitucional, tem-se o acúmulo de funções do Poder Judiciário, que, além de solucionar conflitos individuais ou coletivos, passa a exercer o controle de constitucionalidade das normas e a proferir a última palavra em questões afetas à interpretação constitucional (TOMAZ DE OLIVEIRA; TASSINARI, 2014, p. 71-92).

Por outro lado, a inflação legislativa, que abrange, além de leis em sentido estrito, também atos normativos editados pelos demais Poderes, acaba por contribuir para o incremento do fenômeno da judicialização, na medida em que conduz o Poder Judiciário ao centro do sistema jurídico político, incumbindo-lhe as tarefas de interpretar, colmatar lacunas e integrar a complexa plêiade de normas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, o descrédito dos Poderes Legislativo e Executivo também contribui para o incremento da judicialização e, conseqüentemente, para uma postura proeminente do Judiciário, pois faz com que juízes e Tribunais sejam “o último refúgio da virtude e do desinteresse” em uma República abandonada e saqueada por seus representantes e, portanto, “naturalizado por uma antropologia que aparece em socorro de uma teoria do direito incapaz de fundamentar a sua legitimidade” (GARAPON, 1996, p. 53 e 259).

Embora possa apresentar aspectos positivos, ligados à efetividade das normas constitucionais e, mais precisamente, à implementação dos direitos fundamentais nela contemplados, esse fenômeno da judicialização acaba conduzindo a um novo modo de governo, ao subverter a ordem tornando regra o que deveria ser exceção: “A jurisdição é, doravante, um modo normal de governo. A exceção torna-se a regra, e o processo de resolução de um conflito torna-se o modo comum de gestão de setores inteiros [...]” (GARAPON, 1996, p. 47).

Ao contrário de outros países, no Brasil, o Poder Judiciário é assim levado ao exercício do controle sobre a vontade do soberano em decorrência do modelo de controle abstrato da constitucionalidade das leis, pois realizado com a intermediação de uma “comunidade de intérpretes” e “não com a assunção de novos papéis por parte de antigas instituições” (CITTADINO, 2003, p. 17-42).

Ou seja, o Supremo Tribunal Federal, assim como os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário, migrou “silenciosamente, de uma posição de coadjuvante na produção legislativa do poder soberano, [...] para uma de ativo guardião da Carta Constitucional e dos direitos fundamentais da pessoa humana” (CITTADINO, 2003, p. 17-42).

Ocorre que a intensa judicialização da vida, aliada à retração do Poder Legislativo e à redação vaga e imprecisa da legislação, vem levando o Judiciário a adotar uma postura cada vez mais ativa na concretização das normas constitucionais, invadindo, não raras vezes, a esfera de atuação dos demais Poderes (BARROSO, 2013, p. 22).

Consequência direta da autonomia adquirida pelo direito no Estado Democrático de Direito tem sido o crescimento do controle de constitucionalidade das leis e, por conseguinte, a ampliação do espaço da jurisdição (STRECK, 2009, p. 31), resultando no agigantamento do Poder Judiciário em detrimento das demais funções estatais.

Da mesma forma, a redação legal, normalmente vaga e imprecisa, confere ao seu intérprete, ou seja, ao magistrado, amplo espaço para a criatividade e a discricionariedade (CAPPELLETTI, 1993, p. 42), convertida, não raro, em arbitrariedade, dada a extrapolação dos tênues limites de sua atuação legal e a manifesta ausência de neutralidade do Poder Judiciário. Tal fato é reconhecido pela própria magistratura, ao admitir que “o magistrado deve interpretar

a lei no sentido de aproximá-la dos processos sociais substantivos e, assim, influir na mudança social” (CITTADINO, 2003, p. 17-42).

Disso resulta o que se denominará aqui de “ativismo judiciário”, revelado em diversas situações, que, em comum, expressam um ato de vontade do órgão judicante: “O activismismo (sic) começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar” (GARAPON, 1996, p. 54).

Desse modo, enquanto o termo “judicialização” designa um fenômeno político-social, ligado à conjuntura da sociedade e, portanto, desvinculada da vontade dos juizes e Tribunais, o ativismo expressa um ato volitivo, fundado no paradigma da subjetividade (STRECK; TOMAZ DE OLIVEIRA; TRINDADE, 2013, p. 5) e voltado à satisfação da vontade do intérprete no momento da concretização do direito.

Ou seja, o ativismo judicial é um problema exclusivamente jurídico, criado pelo direito sem qualquer interferência de ordem social, uma vez que decorre do modo pelo qual o Poder Judiciário assume, voluntariamente, seu papel na tomada de decisões (TOMAZ DE OLIVEIRA; TASSINARI, 2014, p. 71-92).

Cuida-se, portanto, do emprego, pelo Poder Judiciário, de estratégias de reivindicação de competências, que não lhes seriam de plano reconhecidas (SILVA, 2010, p. 20). Com efeito, em sua origem, o Poder Judiciário foi concebido como instrumento de salvaguarda da democracia, a partir da tarefa de proteção da Constituição. Contudo, em nome desse valor, as Cortes pátrias, em especial o STF, passaram a reivindicar, em seu favor, “um salvo conduto ao desenvolvimento do ativismo, que se combina com ferramentas de verticalização e vinculatividade das decisões judiciais”, que elas mesmas constroem (SILVA, 2010, p. 30).

Não obstante a expressão “ativismo judicial” careça de determinação precisa e, portanto, frequentemente seja utilizada indiscriminadamente, tanto para denominar a atividade de concretização dos direitos fundamentais como a intervenção do Poder Judiciário na esfera de atuação dos demais Poderes, será aqui empregada como sinônimo de interferência do juiz na vida política, seja diretamente, por meio de uma decisão judicial, seja indiretamente, por meio da corporação a qual pertence (GARAPON, 1996, p. 54), ou ainda como a “configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente” (TOMAZ DE OLIVEIRA; TASSINARI, 2014, p. 71-92).

Embora não se olvide da importância da judicialização à concretização dos direitos fundamentais e, portanto, à tutela dos valores inerentes à dignidade da pessoa humana e à própria consolidação do Estado Democrático de Direito, a crítica se faz, contudo, ao excesso de judicialização das questões políticas e da intervenção desmedida do Judiciário – aqui designada

de ativismo – nas atividades intrínsecas aos demais Poderes, levando-o a uma perniciosa hipertrofia.

Ou seja, o problema surge quando, ao assumir essa postura proativa, o Judiciário extrapola sua atividade criativa e invade potencialmente as demais funções estatais, em contraste com o princípio democrático e com a separação dos Poderes, preconizados, respectivamente, nos arts. 1º e 2º da Constituição Federal, consubstanciando verdadeiros “juizes-legisladores” e “juizes-gestores” públicos.

Não se questiona a legitimidade do Poder Judiciário de criar o direito, mas “o fato de ser inexorável interpretar para se fazer direito não pode autorizar decisões arbitrárias por parte do intérprete” (TOMAZ DE OLIVEIRA; TASSINARI, 2014, p. 71-92), razão pela qual é preciso estabelecer limites substanciais a essa atividade criativa, de modo a evitar que sua discricionariedade se transmude em arbitrariedade.

Dessa forma, as críticas ao ativismo judicial residem justamente “[...] nos riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário” (BARROSO, 2012, p. 1-50).

Ao encontro, importante destacar breve exemplo de ativismo dialógico, o caso *Brown vs. Board Education*, que levou ao Judiciário a temática da segregação racial nas escolas norte-americanas. Isso porque “sem que o Congresso Nacional ou o Presidente aprovasse qualquer medida para alterar o sistema legal vigente, a Suprema Corte revogou a doutrina ‘separate but equal’, reconhecendo o direito à igualdade entre negros e brancos” (LEITE, 2018, p. 2-12). O mencionado caso norte-americano é caso claro de ativismo dialógico, pois bloqueou a atuação do Congresso ao suprimir a referida competência, haja vista que legislações posteriores ao julgamento do caso foram aprovadas com o fim de erradicar a segregação.

Percebe-se, assim, que o ativismo judicial em muitos casos é utilizado para sustentar as controvérsias existentes entre os juizes dos Tribunais acerca de temáticas que dividem a opinião da sociedade, fazendo com que o ativismo, em verdade, seja utilizado para atacar o posicionamento daqueles que divergem, ou seja, em muitos casos é utilizado para desqualificar certas decisões (LEITE, 2018, p. 2-12).

No Brasil, esse ativismo é particularmente constatado na atuação do Supremo Tribunal Federal que, após superar fases de “ressaca” e de “constitucionalização”, nas quais se deparou, respectivamente, com a dificuldade em compreender o novo paradigma do Estado Democrático de Direito trazido pela Constituição Federal de 1988 e com a necessidade de uma ampla filtragem constitucional das normas vigentes, atualmente encontra-se em um momento ativista, marcado pela expansão da atividade jurisdicional e não com a criação do direito.

Essa “expansão da atividade jurisdicional” veio, no Brasil, revestida de discricionariedade, resultando numa “justiça lotérica”, marcada pela imprevisibilidade (STRECK; TOMAZ DE OLIVEIRA; TRINDADE, 2013, p. 5), que confere “carta branca” ao Poder Judiciário para a resolução de conflitos, para a concretização de direitos fundamentais e, especialmente, para a judicialização de questões eminentemente políticas.

Entretanto, essa “judicialização da política”, isto é, a tarefa atribuída ao Poder Judiciário de concretização dos direitos fundamentais, muitas vezes conduzindo-o à verdadeira execução de políticas públicas e, portanto, à invasão da esfera de atribuição dos demais poderes, deve ser limitada a partir do próprio texto constitucional, sob pena de afronta do princípio democrático.

Há que se diferenciar, portanto, o protagonismo judiciário, essencial à concretização dos direitos fundamentais e, assim, à consolidação do Estado Democrático de Direito, do ativismo judicial, na medida em que a hipertrofia desenfreada do Poder Judiciário, marcada, como visto, pela discricionariedade e pela imprevisibilidade, em nada contribui para afirmação do direito, mas, pelo contrário, acentua a insegurança jurídica e o descrédito às instituições estatais.

Antoine Garapon critica duramente o ativismo judicial, justamente por entender que a invasão da sociedade pelo Judiciário resulta no enfraquecimento do princípio democrático:

[...] o caráter ‘intocável’ do juiz não deixa de ser preocupante. O juiz faz a democracia correr um risco de ativismo, criando um direito pretoriano, ou, pelo contrário, um risco de imobilismo, impedindo certas reformas pretendidas pela maioria. Em ambos os casos, prejudica a virtude principal de qualquer sistema de direito, que é a segurança jurídica. [...] O juiz torna-se o novo anjo da democracia, que reclama um estatuto privilegiado do qual já expulsou os homens políticos. Sente-se investido de uma missão redentora em relação à democracia, coloca-se numa posição de destaque, inacessível à crítica popular. Alimenta-se do descrédito do Estado, da decepção em relação ao político. A justiça concluiria, assim, o processo de despolitização da democracia (GARAPON, 1996, p. 74-75).

De fato, “a ampliação do raio de ação do Poder Judiciário não pode, no entanto, representar qualquer incompatibilidade com um regime político democrático”, incumbindo a juízes e Tribunais expandir sua atuação sem violar os direitos dos cidadãos ou a soberania popular e, portanto, sem comprometer o equilíbrio do sistema político (CITTADINO, 2003, p. 17-42).

Especificamente em matéria de saúde pública, o ativismo judiciário tem conduzido a uma “discricionariedade judicial”, em substituição à “discricionariedade do administrador” ou mesmo à “discricionariedade do legislador”, na medida em que as medidas materiais são concedidas no contexto individualizado de um determinado processo judicial (SCAFF, 2013, p. 133-153).

Sendo assim, ainda que alguns considerem positivo o ativismo judiciário, por entendê-lo abarcado pela competência interpretativa conferida ao Poder Judiciário pela Constituição Federal (TAVARES, 2011, p. 54), há que se delimitar as fronteiras da atividade jurisdicional, de modo a adequá-la à esfera de atuação dos demais Poderes, resguardando, por conseguinte, o regime democrático.

Nesse contexto, o Poder Judiciário não pode assistir impassível aos problemas da sociedade, pelo contrário, deve transcender as funções *checks and balances* e assegurar que os direitos estabelecidos constitucionalmente prevaleçam sobre o princípio da maioria. Contudo, essa nova postura não significa romper com a democracia representativa e, portanto, com o princípio da separação dos Poderes, mas (re)definir o papel do Judiciário na concretização de direitos, evitando que as decisões sejam proferidas com fundamento exclusivo na vontade do órgão julgador.

Em outras palavras, o Judiciário não pode substituir o legislador ou mesmo o gestor público, mas com o reconhecimento da Constituição como norma suprema, a qual todas as demais encontram-se subordinadas, altera-se o papel da ciência jurídica e também da relação entre política e direito.

Ou seja, o que diferencia o Estado Democrático de Direito é precisamente a revalorização do jurídico contrapondo a política: o deslocamento do ponto de tensão do Poder Executivo (Estado Social) para o Poder Judiciário (Estado Democrático) e, portanto, a prevalência do princípio da constitucionalidade sobre o princípio da maioria. Daí exsurge a importância do jurista e do Poder Judiciário para a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição, pois mais que assegurar o acesso ao processo democrático de participação política, há que contemplar, ao menos em termos de mínimo existencial, as inúmeras prestações materiais que emergem da vigência (em tese) de um Estado Democrático de Direito.

Não se trata, a toda evidência, de legitimar o ativismo judicial desmedido, a discricionariedade, a “justiça lotérica” ou mesmo a invasão do Poder Judiciário na esfera de atuação dos demais Poderes, mas, sim, de assegurar a efetividade da Constituição contra o perigo de esvaziamento de sua força normativa e, principalmente, de implementar concretamente os direitos fundamentais nela consagrada.

Não é possível confundir a necessária intervenção judicial para a garantia da efetividade da Constituição com discricionariedade e decisionismo por parte de juizes e Tribunais, pois “defender um certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de

intervenção da justiça constitucional não pode significar que os Tribunais se assenhem da Constituição” (STRECK, 2014, p. 25).

A despeito dessas conclusões acerca do verdadeiro papel do Poder Judiciário como assegurador do Estado Democrático de Direito, percebe-se hoje a prolação de decisões cada vez mais arbitrárias e dissociadas da realidade, que, ao extrapolarem os limites traçados pela Constituição Federal à atuação de juízes e Tribunais, consubstanciam verdadeiro ativismo judicial e ilustram a face mais perversa dessa distorção.

O significativo incremento do número de demandas postulando prestações de medicamentos e/ou tratamentos não é eficaz no enfrentamento dos problemas afetos à saúde pública brasileira, em especial ao direito de acesso à saúde da camada mais carente da população, pois ao analisar os processos trazidos à sua apreciação, o Poder Judiciário limita-se a verificar as condições e peculiaridades daquele determinado caso concreto, sem atentar às consequências sociais e econômicas de suas decisões.

Por conseguinte, juízes e Tribunais acabam por proferir julgados dissociados da realidade, que, além de ameaçarem o equilíbrio financeiro e econômico do Estado, comprometendo a implementação de políticas públicas de saúde, também vão de encontro aos princípios mais comezinhos de Direito Administrativo, Constitucional e Processual Civil.

Isso tanto é verdade que um levantamento promovido pela Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo revelou que dois terços das ações judiciais contra o SUS naquele Estado são movidas por pessoas com convênios médicos ou que frequentam clínicas particulares. Ainda, que 65% das prescrições na origem dos processos partem de médicos particulares (FOLHA DE SÃO PAULO, 2014), evidenciando que a judicialização acaba privilegiando quem possui condições econômicas e, conseqüentemente, possibilidade de acesso ao Poder Judiciário, em detrimento da população verdadeiramente carente. São muitas, portanto, as distorções evidenciadas a partir da judicialização em massa das prestações vinculadas à assistência terapêutica e, especialmente, de seu indiscriminado deferimento pelos juízes e Tribunais pátrios.

Ao encontro, importante elucidar ainda algumas considerações sobre a denominada “juristocracia”, sendo esse o fenômeno que implica no desvio do poder decisório político para os Tribunais. De acordo com Leite (2018, p. 2-12), o fenômeno ocorre especialmente para

[...] impulsionar o protagonismo judicial diz respeito ao distanciamento entre a classe política e a sociedade civil. Quando as instituições políticas majoritárias se mostram incapazes de responder satisfatoriamente às demandas sociais, há uma maior propensão para buscar apoio no Poder Judiciário. Esse indesejado descolamento, além de diminuir a já abalada confiança na política, pode resultar no fortalecimento das Cortes. Verifica-se, desse modo, um déficit na representação política tradicional.

Destoa-se que o Poder Judiciário, instituído e aparelhado para resolver conflitos individuais e determinados, produz uma “microjustiça”, voltada unicamente à solução daquele caso concreto levado à sua apreciação e que, especialmente nas questões relativas à saúde pública, conflita com a “macrojustiça” que deveria permear suas decisões: “A justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de se quebrar a isonomia. Esta é a tensão entre micro e macrojustiça” (AMARAL, 2010, p. 32).

A análise jurídica de um caso envolvendo a concretização judicial de direitos fundamentais prestacionais é comumente dissociada da realidade, limitando-se Tribunais e juizes de primeiro grau ao exercício de subsunção do fato à norma, sem atentar às consequências de suas decisões.

Em outras palavras, a ótica restrita da “microjustiça” produzida pelo Poder Judiciário ao decidir um caso concreto não atenta à complexidade das escolhas trágicas e, por isso, acaba afastando-se cada vez mais da “macrojustiça”, influenciando (ou prejudicando) toda a sociedade.

Sendo assim, torna-se imprescindível o diálogo entre juizes, sociedade e entes estatais, a fim de que os juizes não se tornem ativistas/gestores, bem como que a judicialização não se torne um meio de promover “injustiças” ou ineficiência do Judiciário. A busca incessante deve se ater ao equilíbrio das funções, à participação e à cooperação de todos os envolvidos de modo que o direito à saúde possa ser efetivado em sua integralidade.

## 2.5 O papel do Supremo Tribunal Federal frente à judicialização da saúde: uma análise jurisprudencial

Nos últimos anos, as democracias do Brasil e de grande parte do mundo vêm vivenciando a transferência de parte do poder político para os Tribunais. De certo modo, pode-se dizer que esse poder tem saído da esfera de representação parlamentar para o âmbito do Poder Judiciário (BARBOZA; KOZICKI, 2012).

O crescente número de ações envolvendo a saúde pública, sendo uma grande parte desses pedidos o fornecimento de medicamentos, acabou por tornar o Supremo Tribunal Federal o grande protagonista na formulação e execução de políticas públicas.

Outrossim, com o excesso de demandas, o sistema começou a apresentar colapso: de um lado, proliferam decisões pródigas – que levam em consideração o lado emocional dos sujeitos em busca da tutela jurisdicional – condenando a Administração ao custeio de tratamentos experimentais ou de eficácia ambígua, associados a terapias alternativas. Por outro

lado, não há um critério uniforme para a aferição de qual entidade estatal (União, Estados e Municípios) deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de tratamento e/ou medicamento.

Nessa esteira de colisão entre valores e interesses, a jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas de promoção da saúde pública sejam implementadas, configurando-se na hipótese em que o excesso de judicialização das decisões políticas, pode levar à não realização prática do que determina a Constituição Federal. Na maioria dos casos, o que se desponta é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania (BARROSO, 2007, p. 36).

Com relação ao direito à saúde, a jurisprudência do STF foi construída, no final da década de 1990, baseada em uma ideia ampliativa de integralidade do direito à saúde, influenciando os demais Tribunais do país. Ocorre que, a partir de 2007, uma série de decisões da ministra Ellen Gracie – principalmente a Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 91/AL30 – gerou uma mudança (ou, ao menos, uma tentativa de mudança) na unanimidade que se apresentava no fornecimento de medicamentos e insumos de saúde, criando um conflito argumentativo dentro do próprio STF (CUNHA, 2019, p. 167-184).

Contudo, o que parecia ser o início de uma mudança substancial, foi abandonado neste mesmo ano por decisões proferidas por outros Ministros e pela própria Ellen Gracie, reiterando o entendimento anterior da Corte que dava provimento às demandas individuais sem considerar os impactos da judicialização (acesso desigual ao SUS, desequilíbrio na distribuição de competências dentro do sistema, planejamento e gestão do orçamento público).

Até o ano de 2009, a Corte ordenadamente decidiria que o direito constitucional à saúde implicaria na solidariedade entre os entes federados (União, Estados e Municípios) para figurarem – qualquer um desses ou todos – no polo passivo das ações, na prerrogativa do Ministério Público para propor ações individuais requerendo medicamentos e insumos e na possibilidade de imposição de multas e bloqueios de valores contra entes públicos para garantir a prestação individual (WANG et al, 2014, p. 1191-1206).

Diante do crescente volume de novas ações e da intensa condenação do SUS em todas as esferas judiciais aliada às críticas da comunidade acadêmica e jurídica – pautando o STF como o causador do fenômeno da judicialização da saúde e como única instância que poderia solucionar o problema – ocorre a Audiência Pública nº 04 realizada pelo STF.

A audiência pública sobre judicialização da saúde no âmbito do SUS foi inicialmente convocada para os dias 27 e 28 de abril de 2009, ocorrendo em 27, 28 e 29 de abril e em 4, 6 e 7 de maio de 2009, com a convocação pelo então Presidente do STF à época, o Ministro Gilmar

Mendes. Foram ouvidos 50 (cinquenta) especialistas de diferentes áreas de conhecimento, dentre eles: advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do SUS (MACHADO, 2012, p. 15-30).

Em seu discurso de abertura, Gilmar Mendes destacou a amplitude do tema e os dilemas enfrentados pelos magistrados, que são colocados diante de situações de vida ou morte:

Certa vez um juiz comentava que havia negado uma liminar para o fornecimento de medicamentos. No entanto, o autor da ação veio a falecer, o que fez com que o magistrado decidisse nunca mais indeferir tais pedidos. O Poder Judiciário, que não pode deixar sem resposta os casos submetidos à sua apreciação, vem se deparando com situações trágicas no julgamento do pedido de cada cidadão que reclama um serviço ou um bem de saúde, muitas vezes extremamente urgentes e imprescindíveis. Este é o drama que se coloca e que nós vemos muitas vezes, porque os pedidos, em geral, formulam-se inicialmente em sede de decisão de tutela antecipada ou de cautelar, e o juiz se vê às voltas com um sopesamento, com uma ponderação extremamente complexa que há de se fazer de imediato, praticamente sem que se tenha tempo de fazer maiores pesquisas ou estudos, o que justifica ainda mais a necessidade desse processo sofisticado de racionalização que estamos tentando fazer no âmbito desta Audiência Pública. [...] Não raro escutamos de gestores do sistema a seguinte frase: – “O juiz me mandou internar um paciente, imediatamente, numa Unidade de Tratamento Intensivo, mas não me disse qual paciente retirar para dar lugar ao novo!” (STF, 2009).

Na sessão, a maior representação foi composta de gestores da saúde com 15 palestrantes, sendo 10 federais, 3 estaduais e 2 municipais, seguidos pelos operadores de direito, com 14 representantes. Presentes também representantes da assistência privada (1) e da indústria (1). A sociedade civil organizada também participou, contando com representação dos usuários (7), das associações de profissionais da saúde (5) e das instituições de ensino e pesquisa (8).

A audiência pública expôs uma etapa importante do debate sobre a necessidade de se abrirem espaços de consenso e de se construírem soluções compartilhadas, inclusive pela via administrativa. Não obstante, apesar da diversidade de participação, a discussão restringiu-se a três assuntos principais: a dispensação de medicamentos, a alocação de recursos e a função/interligação entre os três poderes (MACHADO, 2012, p. 15-30).

Os temas registrados na audiência geraram pontos de análise argumentativa que devem ser conduzidos por juízes e Tribunais para determinar o que os indivíduos poderiam exigir do SUS judicialmente. Nessa análise, juízes e Tribunais deveriam apenas deferir pedidos de medicamentos e tratamentos que estivessem sido incorporados pelo SUS ou que, mesmo não incorporados, tivessem sido aprovados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e que consistissem em opções para doenças não tratadas adequadamente pelo SUS, além de disponíveis no mercado há muito tempo. Esta análise argumentativa ficou consagrada

na STA-175, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (WANG et al, 2014, p. 1191-1206). Merece apreciação o recorte:

Com base nos dados e informações coletadas, o entendimento do STF – numa clara centralização da atividade interpretativa na corte – foi assentado na decisão proferida na STA 175, que confirmou jurisprudência quanto à sindicabilidade judicial sobre o tema e possibilidade de concessão de prestações materiais pela via judicial. Alguns argumentos do Poder Executivo, que também eram defendidos pela doutrina especializada, foram acolhidos, a espelhar uma pretensão de “racionalização” da prestação jurisdicional. Dentre eles, por exemplo, a necessidade de que a prestação almejada esteja incluída entre políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), pois, nesses casos, a *“existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente”*. Do contrário, *“se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal à sua dispensação”*, estabelecendo critérios para essa atuação (LIMA, 2014, p. 299, grifos da autora).

No entanto, os diversos pontos levantados na audiência pública, que deveriam ser argumentos levados em consideração pelos juízes e Tribunais, não tiveram a adesão do próprio STF nas suas decisões ulteriores. Nesse norte, a tese fixada no STA 175 deixa à livre discricionariedade dos juízes identificar o que é adequado ou não, diante da oferta de medicamentos/tratamentos, favorecendo as demandas individuais.

De acordo com Wang et al (2014, p. 1191-1206), outro ponto de análise prevalecte nos julgados recentes da Corte em matéria de saúde é o da impossibilidade de reavaliação de matéria de prova no âmbito de uma controvérsia constitucional, o que impediria a Corte de avaliar os recursos propostos notadamente pelas autoridades públicas.

O conjunto destas disposições, ainda muito favorável a pretensões individuais, pode explicar a profusão de recursos extraordinários questionando matéria de saúde pública e sobrestados em incidentes de repercussão geral. O entendimento da Corte, até o momento, parece persistir na possibilidade de pretensões individuais direcionadas a qualquer ente público, desconsiderando a política em curso e sua organização ou mesmo a avaliação técnica dos gestores.

De tal modo, a sólida atitude do STF de respaldar a responsabilidade solidária entre os entes federativos tende a continuar causando um grande impacto na política de saúde dos municípios, que possuem menor capacidade para lidar com as despesas e a imprevisibilidade advinda dos gastos em saúde ordenados judicialmente (WANG et al, 2014, p. 1191-1206).

O resultado imediato da audiência pública de 2009 foi a atualização das listas para medicamentos de alto custo, que há tempos estavam atrasadas (BIEHL; PETRYNA, 2016, p. 173-192). Houve ainda uma crescente atuação do CNJ; inclusive o grupo de trabalho organizado

em março de 2010, posteriormente à audiência, gerou um conjunto de recomendações a juízes para a análise de ações em saúde: a Recomendação CNJ nº 31/2010.

Essa recomendação incorporou muitos dos pontos da audiência pública e foi além. Mais do que incentivar os juízes a serem deferentes à política de saúde, salientou a importância da incorporação de argumentos técnicos nas decisões. O CNJ passou ainda a recomendar que Tribunais estaduais e federais criassem meios de diálogo e assistência a juízes em temas de direito sanitário. A Recomendação de 2010 ainda aconselhava os Tribunais a

[...] estabelecer convênios para a oferta de apoio técnico de médicos e farmacêuticos, de modo a apreciar as questões clínicas trazidas pelas ações e a peculiaridades regionais da saúde. Ademais, a Recomendação ainda aconselhava a incorporação de direito sanitário em cursos de formação e entre os temas de concursos públicos da magistratura. Com a recomendação foi criado, ainda, o Fórum da Saúde do Judiciário. O Fórum se submete à supervisão do plenário do CNJ, que é presidido pelo presidente do STF, e é integrado por magistrados e membros do Conselho Nacional do Ministério Público, do Ministério Público Federal, dos governos estaduais, Defensorias Públicas, Ordem dos Advogados do Brasil e de universidades e instituições de pesquisa. No âmbito da atuação do Fórum, cujo primeiro encontro ocorreu em novembro de 2010, foram promovidas três Jornadas da Saúde em 2014, 2015 e 2019 (WANG et al, 2014, p. 1191-1206).

Seguindo o objetivo de debater os problemas inerentes à judicialização, foram estabelecidas as Jornadas Nacionais da Saúde, evento que faz parte das ações do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde e tem a finalidade de discutir os problemas intrínsecos à judicialização da saúde, apresentando enunciados interpretativos sobre o direito à saúde. Os magistrados e gestores públicos atuam para integrar o direito e a saúde, de forma a reduzir o impacto da judicialização no orçamento e melhorar a segurança do paciente por meio de decisões fundamentadas cientificamente (CONASEMS, 2019).

Irrefutável a relevância da audiência pública realizada pelo STF que, como vimos, culminou na decisão da STA nº 175/2009, na qual foi definida uma sequência de hipóteses que deveriam ser analisadas antes da decisão nos processos envolvendo o direito à saúde, refletindo, ainda, na Recomendação nº 31 do CNJ, no intuito de subsidiar os magistrados na solução das demandas judiciais envolvendo a saúde.

Em meio a outras orientações, o CNJ ainda recomendou que os juízes evitassem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ouvindo os gestores, sempre que possível, antes da apreciação de medidas de urgência. O Poder Legislativo também elaborou a Lei nº 12.401/2011, a qual determina a assistência terapêutica integral no SUS, inclusive a farmacêutica. O CNJ estabeleceu o Fórum Nacional do Judiciário (FNJ) para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde.

A concretização das políticas de saúde reflete a intenção coletiva de efetivar direitos sociais. A audiência convocada pelo STF se revelou estratégica e de elevada importância, evidenciando que o direito à saúde não apresenta significado hegemônico na sociedade, fazendo refletir acerca dos parâmetros técnicos e racionais e de como eles precisam caminhar juntos, de forma harmônica, para orientar o Poder Judiciário e, assim, garantir a sustentação e a organização ao SUS.

A Audiência Pública realizada em 2009 trouxe à tona para a sociedade a problemática da judicialização da saúde, que, no Brasil, se reveste do viés de “garantia de privilégios” de uma minoria com condições de ter acesso ao Judiciário.

Mais do que uma omissão estatal (problemas de subfinanciamento, falhas administrativas, acesso a medicamentos/tratamentos essenciais, determinantes sociais), a judicialização da saúde se concentra desproporcionalmente nos Estados, cidades e bairros mais desenvolvidos do país. O objeto preponderante das demandas são medicamentos e tratamentos e não medidas prioritárias de saúde pública e atenção básica, que ainda não estão universalizadas e afetam, sobretudo, os mais pobres. A maioria desses fármacos e tratamentos, além de não se encontrarem incorporados às políticas do SUS, foram analisados e rejeitados por falta de evidências de segurança, eficácia e/ou custo-efetividade, inclusive pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e diversos países desenvolvidos (SEGRE; FERRAZ, 1997, p. 538-542).

O padrão brasileiro de judicialização em saúde e suas implicações negativas decorrem, sobretudo, de uma interpretação equivocada da Constituição. A maior parte dos Tribunais brasileiros tem interpretado o direito à saúde como um direito incondicional a todo e qualquer medicamento ou tratamento, bastando que tenha sido prescrito por um médico, não importando se o pedido foi motivado por falha na prestação estatal ou não.

Como o sistema de saúde é caracterizado por uma limitação de recursos, o principal efeito dessa interpretação é transferir parte dos recursos do orçamento da saúde das políticas selecionadas pelos dirigentes do sistema público para os tratamentos e medicamentos prescritos pelos médicos dos demandantes. Enquanto esta interpretação persistir, aqueles com capacidade de contratar um advogado particular ou de acessar os limitados serviços de promotores e defensores públicos (parcelas minoritárias da população) vão continuar levando aos Tribunais pleitos de tratamentos e medicamentos que o sistema decide, por razões válidas, não incorporar (SEGRE; FERRAZ, 1997, p. 538-542).

O Brasil é um país de proporções continentais, com 8,5 milhões de quilômetros quadrados, representando 47% da América do Sul, sendo o quinto país mais populoso do

planeta, dados estes que emergem a amplitude e complexidade das desigualdades sociais e regionais (PAIM, 2011, p. 11-31). De tal modo, é compreensível que a classe médica queira proporcionar aos seus pacientes os melhores e mais recentes avanços da Medicina (no Brasil e no exterior). Todavia, nenhum sistema de saúde do mundo (principalmente com a imensidão de usuários do Brasil) pode funcionar perfeitamente oferecendo todas as novas tecnologias em saúde, que surgem diariamente nas indústrias farmacêuticas.

A segurança, a sustentabilidade e a equidade de qualquer sistema de saúde têm por premissa básica a limitação das ações e serviços que serão ofertados ao público. Nem mesmo onde possa existir recursos infinitos para se investir em saúde, seria prudente que um sistema de saúde disponibilizasse aos seus usuários todo e qualquer tratamento disponível no mundo médico.

Como a trajetória da Medicina evidencia, para cada tratamento que se mostra seguro e eficaz, muitos acabam sendo descartados por não apresentarem uma ou mais dessas características essenciais. Por essa razão, hoje se exige que qualquer tratamento passe por uma série de testes e receba aprovação regulatória antes de ser comercializado no mercado (SEGRE; FERRAZ, 1997, p. 538-542).

O caminho que vinha sendo traçado pela jurisprudência dominante – julgamento sempre a favor do demandante – impacta na sustentabilidade do SUS. Em nenhum país do mundo, nem nos mais desenvolvidos, há recursos financeiros suficientes para se oferecer a toda a população todos os tratamentos aprovados pelas agências regulatórias.

Qualquer sistema de saúde tem que optar sobre os medicamentos e tratamentos que vai ou não fornecer aos seus usuários dentro das possibilidades do seu orçamento naturalmente limitado. Essa incorporação dos medicamentos ocorre mediante a análise do binômio custo/efetividade e do impacto orçamentário dos tratamentos disponíveis, como bem esclarecem Bucci e Duarte (2007, p. 06):

O primeiro limite é de caráter econômico, dado pela incompatibilidade entre a velocidade de desenvolvimento de novas tecnologias terapêuticas e a escassez de recursos dos orçamentos da saúde pública. Há uma tensão permanente entre o aumento da expectativa de vida da população e a demanda crescente de tratamento, em paralelo com os valores elevados das inovações produzidas continuamente pela indústria farmacêutica. Isso vem ocorrendo no mundo todo. Embora nem sempre as inovações terapêuticas sejam mais dispendiosas que os tratamentos tradicionais, o mais frequente é que as novas tecnologias em saúde gerem aumento de custos e pressões orçamentárias para os sistemas públicos e privados.

No Brasil, essa responsabilidade fica a cargo do Ministério da Saúde, auxiliado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC). O Poder Legislativo

também tem sua parcela de participação, uma vez que é responsável pela aprovação do orçamento da saúde estabelecendo os limites financeiros que vão servir de parâmetro para as escolhas dos tratamentos incorporados.

Os tratamentos incorporados ingressam nas chamadas listas de medicamentos e procedimentos, como a Relação Nacional de Medicamentos (RENAME) e a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES). É preciso também elaborar os chamados Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDTs), uma espécie de guia de instruções para garantir o uso racional e seguro dos medicamentos e procedimentos incorporados. A atual jurisprudência baseada na concessão plena dos pedidos praticamente ignora as listas, os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas (SEGRE; FERRAZ, 1997, p. 538-542).

Os Tribunais, ao concederem indiscriminadamente os tratamentos requeridos, mediante a simples prescrição do médico subscritor, deixam de lado as listas, os protocolos clínicos, as diretrizes terapêuticas, ou seja, todo o procedimento de incorporação. Ao desrespeitarem todo esse processo, põem em xeque a sustentabilidade do SUS, mormente quando concedem tratamentos rejeitados pelo Ministério da Saúde por não atestarem os critérios de priorização (custo-efetividade e impacto orçamentário) estabelecidos na Lei nº 12.401/2012. Nessa divergência entre o Judiciário e o SUS, as consequências atingem múltiplas esferas.

Há ponderações sobre os efeitos negativos do fenômeno da judicialização da saúde sob três principais ângulos. O primeiro aponta que o deferimento absoluto de pedidos judiciais pode aprofundar as iniquidades de acesso no sistema público de saúde, infringindo princípio do SUS, uma vez que favorece aqueles que têm maior possibilidade de veicular sua demanda judicialmente, em detrimento dos que não possuem acesso à justiça; igualmente apontam para o possível comprometimento do princípio da integralidade, uma vez que ações de cunho individual não são estendidas aos demais portadores da mesma condição patológica que poderiam se beneficiar do objeto da demanda. O segundo refere-se às dificuldades na gestão da AF, propriamente dita, uma vez que a ágil resposta às demandas judiciais, não previstas no planejamento dos serviços, faz com que alguns deles criem uma estrutura "paralela" para seu acompanhamento, se utilizem de procedimentos de compra não usuais na administração pública e tenham maior gasto na aquisição destes medicamentos. O terceiro refere-se à segurança do paciente em razão de possíveis prescrições inadequadas, mesmo que de medicamentos já selecionados e incorporados no SUS, e, em especial, na prescrição de "novos" medicamentos e/ou "novas" indicações terapêuticas para os quais as evidências científicas ainda não se encontram bem estabelecidas. Tais fatos podem favorecer a introdução e utilização de novas tecnologias de forma acrítica, e, por vezes, sob forte influência da indústria farmacêutica (PEPE; VERAS, 1995, p. 04).

O entendimento dominante urge por reformas e o STF dá sinais dessa consciência com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 657.718 que retrata o fornecimento de medicamentos experimentais e sem registro na ANVISA.

O Recurso Extraordinário nº 657.718 foi levado à Suprema Corte, com fundamento no direito expresso à saúde dos arts. 6º e 196 da Constituição Federal de 1988 e na obrigação do Estado em fornecer medicamentos sem registro na ANVISA.

O *case* em questão debatia acerca da esquivia do Estado de Minas Gerais em fornecer o medicamento Mimpara 30mg (Cinacaltec) para o tratamento de hiperparatireoidismo secundário, uma vez que a autora da ação possuía insuficiência renal em diálise.

Em sede de antecipação de tutela, foi determinado que o Estado de Minas Gerais disponibilizasse o medicamento. Em arguição de bloqueio, o Estado de Minas Gerais alegou que o fármaco não integrava a lista de medicamentos fornecidos gratuitamente e que este não possuía registro junto à ANVISA, apesar da sua aprovação na Agência Norte-Americana (FDA) e pela Agência Regulatória Europeia (EMA). Seguindo, nos termos do art. 12 da Lei nº 6.360/1976 para a vedação legal para a comercialização do medicamento requerido no país. Assim, não poderia o Estado de Minas Gerais ser obrigado a fornecer o fármaco, vez que iria de encontro à legislação regulatória vigente, inclusive com óbice na esfera criminal (art. 273, §1º e §1º-B do Código Penal). No entanto, o pedido autoral foi julgado procedente.

Em sede de apelação, ao contrário do entendimento do juízo de primeiro grau, que condenou o Estado ao fornecimento do medicamento pleiteado, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais reformou a decisão a fim de dar procedência ao pedido do Estado, fundamentando no sentido de que o Estado não poderia ser compelido à realização do fornecimento do medicamento sob pena de incorrer na conduta tipificada como descaminho.

Ainda, argumentou-se que o direito à saúde, assim como qualquer outro, não pode ser tido como absoluto, baseando-se na afirmativa de que a Administração Pública se baseia em princípios como a probidade e a razoabilidade, sem mencionar o paradoxo sobre o fornecimento pelo Estado de uma substância que ele mesmo proíbe a sua circulação.

A parte autora representada pela Defensoria Pública interpôs Recurso Extraordinário, arguindo a violação dos arts. 1º, III; 6º; 23, II; 196; 198, II e § 2º; e 204 da Constituição Federal de 1988, ao expor que é de responsabilidade do Estado, enquanto garantidor do direito à saúde, traçar meios para efetivação desse direito. E que o impedimento de importação e de uso de medicamento seria distinto da ausência de registro na ANVISA.

Nessa linha, denota-se do relatório do RE nº 657.718 que a recorrente sustenta ser dever do Estado efetivar o direito à saúde, manifestando pelo descabimento da situação, pois é portadora de doença grave e não possui tratamento compatível. Alega que a falta de previsão do remédio na lista do SUS não encontra resguardo ante a responsabilidade do ente federativo. Menciona ainda que a proibição de importação e de uso de medicamento é diferente da ausência

de registro na ANVISA, com relação à teoria da reserva do possível. Alega que isso não deve eximir o ente federativo de cumprir as obrigações travadas no texto de 1988. Essa problemática resultou no reconhecimento da repercussão geral em 17 de setembro de 2011, sendo admitido o Recurso Extraordinário sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio.

A União e outros Estados da Federação solicitaram e obtiveram o deferimento para ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae*. Em 22 de maio de 2019, o STF concluiu o julgamento, com parcial provimento ao Recurso Extraordinário, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, Redator para o acórdão, sendo vencidos os votos dos Ministros Marco Aurélio (Relator) e Dias Toffoli (Presidente).

Essa decisão do STF contraria a Lei nº 12.401/2011, art. 19-T, quando determina, ainda que de forma excepcional, o fornecimento de medicamento sem registro na ANVISA. De tal modo, poder-se-ia afirmar que a Corte Constitucional excede os limites de sua competência ao revogar, tacitamente, norma oriunda do legislador ordinário. Ademais, a mora justificável da excepcionalidade deverá ser atribuída exclusivamente à ANVISA, afastando, de pronto, os casos em que a mora decorre de artifício ou de inércia do fabricante do fármaco (ARAÚJO; LÓPEZ; JUNQUEIRA, 2016, p. 398).

Ainda assim, essa posição do STF demonstra a insistência na possibilidade de pretensões individuais direcionadas a qualquer ente público, desconsiderando a política em curso e sua organização ou mesmo a avaliação técnica dos gestores. Como se pode observar, o sistema público pode ser condenado a oferecer tratamentos não aprovados pela ANVISA, bastando que o medicamento esteja registrado junto a uma agência internacional.

Com esse entendimento, o STF demonstra sua não deferência ao processo administrativo de aprovação de novos medicamentos para consumo e comercialização nacional. Não obstante, a Corte não indica que pontos deste processo precisariam ser avaliados e alterados para aprimorar a atuação da ANVISA como um todo, tampouco demonstra conhecer como outras agências internacionais atuam (WANG et al, 2014, p. 1191-1206).

No que concerne à inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil, com efeito, apenas nos casos de mora irrazoável o Judiciário pode contemplar a concessão de um medicamento sem registro na ANVISA. É uma diferença expressiva em comparação ao que vinha acontecendo até então ao abrigo da jurisprudência dominante. As decisões facilmente ignoravam se havia ou não registro na ANVISA, concedendo automaticamente qualquer pedido mediante simples prescrição médica. Agora o julgador deverá adotar postura muito mais restritiva.

De todo modo, no contexto da ausência de critérios que vêm regendo a judicialização da saúde no Brasil, o fato de que o requisito da mora foi indicado como pressuposto geral poderia ser considerado especialmente bem-vindo, já que não é comum a judicialização de medicamento sem registro na ANVISA em razão de demora na análise por culpa da agência. Pelo contrário, alguns dos medicamentos de maior custo e objetos de judicialização no país não tinham sequer solicitação de registro perante a ANVISA. No entanto, essa postura do STF desconsidera algumas especificidades do trâmite de registro sanitário [...]. Além disso, o primeiro requisito adicional e cumulativo fixado pelo STF, aparentemente, excepciona de forma generalizada a necessidade de registro de medicamentos órfãos para doenças raras ou ultrarraras. Ocorre que grande parte das demandas para medicamentos sem registro na ANVISA tem por objeto exatamente essas drogas, o que transformaria a suposta exceção em regra. Pelos debates acompanhados – o que, mais uma vez, apenas poderá ser confirmado após a publicação do acórdão –, o STF não considerou que se entende por doença rara [...] Considerando que o Poder Público não poderá fornecer medicamentos sem registro na ANVISA voluntariamente, o critério estipulado pelo STF se apresenta, na verdade, como falta de critério. Nos casos de doenças raras, bastaria ao laboratório incentivar a judicialização de medicamentos que sabe previamente que não serão registrados por não cumprirem requisitos mínimos de segurança e eficácia (ARAÚJO; LÓPEZ; JUNQUEIRA, 2016, p. 415-416).

No que tange ao segundo requisito cumulativo estipulado pelo STF, ou seja, a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior, cumpre destacar que as requisições das agências sanitárias no exterior variam consideravelmente. Deveria a Corte advertir o que se considera como “renomada” agência, sob pena de aniquilamento das normas de vigilância sanitária. Não obstante, o STF parece não ter considerado as diferenças técnicas entre as agências, não tendo sequer mencionado as agências que poderiam servir de parâmetro para o Brasil, a exemplo daquelas em sistemas universais de saúde como o SUS (ARAÚJO; LÓPEZ; JUNQUEIRA, 2016, p. 415-416).

De acordo com o entendimento consubstanciado no RE nº 657.718, terão suas demandas negadas pelo Judiciário os casos de fármacos com pedidos já apreciados pela ANVISA e recusado o registro; medicamentos em que o registro não tenha ainda sido requerido ou tenha sido requerido, mas se encontre em etapa de apreciação pela ANVISA dentro dos prazos estabelecidos pela Lei nº 13.411/2016 (que vão de 90 a 365 dias, com possibilidades de prorrogações); medicamentos sem pedido de registro no Brasil; medicamentos sem registro em renomadas agências internacionais; e medicamentos com substituto farmacêutico registrado no Brasil (SEGRE; FERRAZ, 1997, p. 538-542).

Em razão da necessidade e obrigação do Estado em efetivar direitos previstos na Constituição surgem problemas em sentido práticos tais como, por exemplo, a falta de produtos medicinais que possuem seus fornecimentos proibidos. Todavia, tal cenário vem sendo alvo de conflitos judiciais a exemplo da possível obrigação do Estado de Minas Gerais de fornecer Mimpara, 30mg, no combate de hiperparatireoidismo secundário, sendo a autora da demanda paciente de insuficiência renal em diálise.

A autora ganhou no primeiro grau, todavia, na turma recursal perdeu sob o argumento de que nenhum direito é absoluto e que o Estado, se garantisse a medicação, poderia incorrer no crime de descaminho. Pelo fato da temática ser de extrema importância e refletir em toda a população, o processo chegou ao Supremo Tribunal Federal através do chamado Recurso Extraordinário sob o nº 657.718, ficando sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio.

Extraí-se do voto em comento que a ANVISA seria o órgão técnico-legal competente para decidir se certo produto ou substância possui um nível de qualidade de forma a não provocar prejuízos ao corpo humano, medindo aqueles que comprovadamente não oferecem riscos à saúde humana e, via de consequência, registrando-os. Assim, para o Ministro, o Poder Judiciário não poderia colocar em risco a vida de um indivíduo em particular, diante da arguição de garantir o direito à saúde, ao coagir o Estado a fornecer um medicamento, o qual não possui segurança técnica quanto aos seus efeitos, segundo atestado pela ANVISA.

O Ministro Marco Aurélio, ao citar o precedente RE nº 566.471/RN, elencou a diferença existente entre o fornecimento de um remédio em que cientificamente o Estado não aprovou a sua substância devido aos seus possíveis prejuízos ou, ainda, não o registrou por desconhecimento dos efeitos, caso em que o Estado está abdicado em custear um tratamento baseado num fármaco não registrado.

Deste modo, o Ministro, então Relator, votou alegando o desprovimento do referido recurso ao fixar entendimento de que o registro perante a ANVISA seria condição inafastável. Assim, é obrigação do Estado o fornecimento de medicamento (STF, 2019). Contudo, posteriormente, o Ministro Marco Aurélio modificou seu entendimento, votando pelo provimento parcial, de modo a assegurar o fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA pelo ente estatal quando certificados em outros países e desde que mediante prova de hipossuficiência do adquirente.

Por conseguinte, o referido Ministro reformulou a presunção da tese, a qual passou a ter o teor de que o Estado seria compelido a fornecer medicamento registrado na ANVISA, assim como o passível de importação, sem similar nacional, isso desde que comprovada a essencialidade para a manutenção da saúde do indivíduo, demonstrada por meio de laudo médico, e possua registro no país de origem.

Entretanto, o entendimento do Ministro Relator não foi seguido pela maioria do plenário, haja vista a predominância do posicionamento do Ministro Luís Roberto Barroso, o qual exaltou o trabalho exercido pela ANVISA, ao desincumbir uma função essencial na admissão dos medicamentos a serem comercializados no Brasil, justamente por atestar a

qualidade e a segurança do produto, qualificando como condição indispensável para assegurar o direito à saúde.

Barroso ainda ressaltou que o direito à saúde não deve ser diminuído em razão do dever constitucional do Estado, expondo que a Constituição Federal prediz a saúde como um direito fundamental social de todos, como sendo um dever do Estado, garantido por meio de 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 (CF/1988, arts. 6º e 196) (STF, 2019).

Apesar de algumas problemáticas circundarem o caso, como a preponderância do Poder Judiciário sobre o Executivo diante da possibilidade de exigir a importação de um medicamento de alto custo, assim como sob a ótica do cenário de crise econômica e estrutural na esfera da saúde pública brasileira, a violação ao direito à saúde ante o não oferecimento de um tratamento médico a um indivíduo, quando existente, não pode deixar de ser apreciado. Tendo em vista o direito fundamental à saúde e a proteção do indivíduo, faz-se imprescindível o fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA quando, ao menos, possuírem eficácia e segurança comprovadas, o que não violaria a função e o propósito da agência fiscalizadora.

Mesmo o processo abrangendo temáticas jurídicas consideradas “sensíveis”, como o posterior registro do medicamento na ANVISA e sua incorporação pelo SUS a fim de determinar a gratuidade, adicionado ao fato da morte da recorrente, o Recurso seguiu para julgamento devido à repercussão sócio-jurídica, transcendendo as peculiaridades do caso concreto. Sendo que o entendimento foi firmado no sentido de que o Estado não poderia ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sendo excepcionalmente possível o fornecimento de medicamentos não submetidos ao crivo do registro sanitário, porém com eficácia e segurança cientificamente comprovados.

Em resumo, o STF no julgamento do RE nº 657.718 concluiu pela constitucionalidade do artigo 19-T da Lei nº 8.080/1990, que veda, em todas as esferas de gestão do SUS, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento experimental ou de uso não autorizado pela ANVISA, além de fixar parâmetros com repercussão geral reconhecida em relação à matéria:

- 1) O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.
- 2) A ausência de registro na Anvisa impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.
- 3) É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos:

- I – a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras;
  - II – a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior;
  - III – a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.
- 4) As ações que demandem o fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão ser necessariamente propostas em face da União (STF, 2019).

O julgamento do RE nº 657.718 deixou sobrestado mais de 42.000 (quarenta e dois mil) processos no país; a maior parte se concentrava nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro.

Os requisitos estabelecidos na tese do RE nº 657.718 representaram um grande avanço na jurisprudência até então dominante. Além de proteger a saúde e a segurança dos demandantes, a tese firmada vai abolir a concessão de medicamentos experimentais e reduzir expressivamente a concessão de medicamentos sem registro.

No entanto, apesar de todo avanço, ainda paira uma lacuna pela qual pedidos não justificados poderão continuar a ser concedidos. Da forma que a tese foi formulada, tem-se que as cinco hipóteses estabelecidas para recusa de medicamento sem registro são exaustivas, podendo-se erroneamente concluir que o fármaco sem registro na ANVISA deverá ser concedido quando não se configurar nenhuma das hipóteses identificadas pela tese.

Contudo, os requisitos expostos no RE nº 657.718 (pedido de registro no Brasil, mora no registro, registro em agência renomada no exterior e ausência de substituto terapêutico) são imprescindíveis, porém não suficientes para a concessão de medicamento sem registro. Também se faz necessária a presença de evidências de que o fármaco sem registro na ANVISA cumpra as condições de incorporação previstas na Lei nº 12.401/2012, sem as quais não há como imputar ao Estado a obrigação de fornecê-lo. Caso contrário, restará uma lacuna e medicamentos sem registros continuarão sendo concedidos judicialmente, mesmo que descumpram os critérios essenciais de incorporação relacionados à avaliação econômica (custo-efetividade e impacto orçamentário) (SEGRE; FERRAZ, 1997, p. 538-542).

Em vista disso, apesar do grande avanço do RE nº 657.718, este não cumpriu a importante função de repercussão geral. Em virtude da ausência de parâmetros objetivos, paira uma lacuna, em que medicamentos sem registro na ANVISA possam continuar a ser concedidos judicialmente quando não se configurarem as cinco hipóteses trazidas pela tese, ou seja, a Corte deixou uma grande atmosfera de interpretações. Espera-se que parte dos problemas apontados seja solucionada em sede de embargos de declaração, após a publicação do acórdão.

Imperioso afirmar que o STF ainda não estabeleceu parâmetros suficientes de prestação jurisdicional no âmbito de medicamentos, deixando de conduzir a possibilidade de redução de

casos afetos à judicialização da saúde. O RE nº 657.718 também se esquivou de abordar o uso de medicamentos para indicações que não constam na bula, os *off label*.

Espera-se que, ao menos, parte dos problemas apontados seja resolvida em sede de embargos de declaração, de modo a que o Judiciário não se torne ainda mais refém das ações de saúde, notadamente aquelas em que a indústria farmacêutica é a principal interessada.

Estratégias para amortizar o processo de judicialização devem ser adotadas, de modo que sejam garantidos os direitos sociais individuais sem prejudicar a coletividade. Se a Corte Superior não aponta uma trajetória clara e objetiva a ser seguida, ela submerge a oportunidade de estabelecer critérios/julgamentos sistemáticos para tentar controlar o fenômeno da judicialização da saúde (crescente a cada dia no país), colaborando para equacionar a política de saúde de forma mais eficiente e justa (SEGRE; FERRAZ, 1997, p. 538-542).

Cumprir destacar que o dever do Estado não consiste apenas na proteção, promoção e recuperação da saúde, mas compreende também o zelo quanto à segurança, eficácia e qualidade terapêutica do produto, o que pressupõe a necessidade de autorização de uso e controle na distribuição das substâncias por entidade detentora de conhecimento técnico e específico por meio de atividade fiscalizadora, realizada no âmbito nacional pela ANVISA.

Diferentemente, nos casos de omissão estatal quanto à adequabilidade do medicamento pleiteado perante o Poder Judiciário, o suporte técnico de estudo científico se mostra uma ferramenta de extrema importância na análise submetida ao controle judicial, sendo relevante a abordagem quanto à possibilidade de utilização desse instrumento para amparar as decisões proferidas.

Assim, não há dúvidas quanto à necessidade de se obter parâmetros mais específicos sobre o enlace, de forma a estabelecer diretrizes mais seguras, tanto pelo Poder Judiciário quanto pelo Poder Executivo, possibilitando a todos os atores estatais um adequado planejamento consoante ao sistema de saúde.

### 3. A BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DA SAÚDE POR INTERMÉDIO DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Superados alguns aspectos essenciais em torno da judicialização da saúde, o presente capítulo se preocupará em realizar uma análise sobre os diálogos institucionais e como eles podem contribuir com o fenômeno da judicialização, em especial, a matéria da saúde.

Sabe-se que os diálogos institucionais, apesar de alicerçados no princípio de separação dos Poderes, elucida a necessidade de uma conversação entre tais Poderes, bem como a sociedade em geral. No caso, quando se fala na efetivação de um direito tão caro à vida humana e abarcado por uma sistemática regulamentadora de tantas interfases como o direito à saúde, os diálogos institucionais tornam-se imprescindíveis para a busca de soluções concretas.

Enquanto o primeiro tópico delimitará os aspectos acerca dos diálogos institucionais, o segundo se preocupará em demonstrar a necessidade da inserção popular nesse diálogo. Assim, sabendo que os diálogos institucionais em matéria de saúde devem necessariamente abarcar todos os envolvidos, o terceiro tópico se delimita em elucidar medidas tomadas ao longo do tempo pelo CNJ, como ator importante para a concretização desse diálogo e nas soluções propostas quanto ao tema “judicialização da saúde no Brasil”.

Por fim, o quarto e último tópico desse capítulo visa demonstrar, por meio de um estudo comparado, como os Tribunais da Colômbia e da África do Sul estão agindo ante a visibilidade do fenômeno da judicialização da saúde também nesses países. Isso em comparação com a decisão emblemática da Corte brasileira no julgamento do caso RE nº 271.286/200, observando como tais países podem contribuir para a experiência da judicialização da saúde no Brasil.

#### 3.1 A importância dos diálogos institucionais para efetivação da saúde

Inicialmente, importa compreender que o processo de redemocratização do Brasil, pós-ditadura de 1964, inaugurou em 1988 a Constituição da República, estabelecendo uma nova ordem político-jurídica, deixando de ser um documento meramente definidor de normas inerentes à organização do Estado e passando a definir princípios, objetivos e garantias fundamentais. A Constituição de 1988 foi chamada de “doutrina da efetividade” por juristas como Luís Roberto Barroso e Clémerson Merlin Clève (BARROSO, 2012, p. 28-29).

Sob essa nova perspectiva constitucional, estabeleceu-se uma nova forma de encarar o Direito Constitucional, a interpretação e a aplicação das normas constitucionais, especialmente a partir do seu caráter programático, de sua caracterização normativa e da centralidade dos direitos fundamentais. A partir dessa nova perspectiva do Direito Constitucional, o papel do

juiz também ganhou destaque, pois este já não mais necessita, obrigatoriamente, da intermediação do legislador para aplicar os princípios e as regras estabelecidos pela Constituição, podendo, pois, aplicá-los diretamente.

Acerca disso, José Joaquim Gomes Canotilho foi o autor mais representativo e quem mais influenciou o direito brasileiro nessa tendência de conferir normatividade à Constituição, ao construir a sua teoria da Constituição dirigente. Para ele, a Constituição dirigente busca racionalizar a política, incorporando uma dimensão materialmente legitimadora ao estabelecer um fundamento constitucional para a política (CANOTILHO, 2001, p. 169-170). Esta teoria busca, portanto, investigar a vinculação do Estado e da sociedade ao programa transformador estabelecido pela Constituição (CANOTILHO, 2001, p. 169-170).

Dessa forma, conforme a teoria da Constituição dirigente de J. J. Gomes Canotilho, predominou a compreensão de que, por ser menor a organização e atuação política da sociedade civil, deveria ser aumentada a responsabilidade dos integrantes do Poder Judiciário na concretização e no cumprimento das normas constitucionais (SARLET, 2000, p. 46-47).

Nesse sentido, a discussão sobre interpretação e concretização da Constituição passou a ser, ao mesmo tempo, uma discussão sobre o conceito e a teoria da Constituição, bem como suas formas de aplicação. Dessa maneira, o juiz torna-se um aplicador convicto de que tudo o que é necessário para a compreensão do Estado está nas normas jurídicas. A partir desse protagonismo crescente dos Tribunais, os juízes foram convertidos em instrumentos de garantia da legitimidade do sistema constitucional.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o mecanismo dos diálogos institucionais visa disseminar a ideia de que, para a concretização do Estado Democrático de Direito, um Poder não deve exercer uma supremacia sobre outro. “Busca-se conter a tirania da minoria com eleições regulares, e a tirania da maioria com vários instrumentos de freios e contrapesos: veto presidencial, legislativo bicameral, federalismo e controle de constitucionalidade” (BRANDÃO, 2012, p. 288). Compreende-se que a teoria dos diálogos institucionais surge com o objetivo de minimizar os impactos da supremacia judicial, do autoritarismo judicial, que nas demandas relacionadas à saúde podem não solucionar o problema, mas agravar a situação da ineficiência da saúde pública.

Como alternativa para que as instituições judiciais possam intervir no controle externo de políticas públicas, colaborando para sua formulação, propõe-se a realização de diálogos com os demais centros de decisão, “especialmente daqueles que criam e efetivam essas políticas”, sendo desaconselhado o isolamento de quem realiza esse controle externo em relação aos legitimados para prever e executar políticas públicas e vice-versa (MARIANO, 2017, p. 176).

Ao se adentrar efetivamente a temática abordada, imperioso destacar que a discussão envolta ao diálogo institucional tem origem no Canadá e surgiu em 1997, com o fim de promover maior facilidade na concretização e eficácia das garantias constitucionais. À época, esse diálogo era adstrito ao Poder Judiciário e Legislativo. Atualmente, existe uma pluralidade acerca dessa teoria (SOUZA, 2011, p. 63).

Com relação ao sistema brasileiro, pode-se afirmar que não há um mecanismo que faça com que, em caso de desacordo, o Executivo responda, em curto prazo, às decisões do Supremo Tribunal Federal, muito embora haja esforços para que isso ocorra “por meio da abertura procedimental do próprio processo judicial de controle de constitucionalidade à participação de outros atores da sociedade civil, como nos casos das audiências públicas ou do *amicus curiae*” (SOUZA, 2011, p. 77).

A interpretação constitucional comparada a um diálogo pode ser traduzida da seguinte forma:

Embora seja muito útil saber como não se deve ler a Constituição, no final das contas, juízes, legisladores e aqueles que ocupam cargos do Poder Executivo, encarregados de interpretar a Constituição, precisam ser capazes de lê-la. Ler a Constituição não requer uma teoria de interpretação que englobe a Constituição inteira. Dessa forma, poderíamos cair na hiper-integração. Ao mesmo tempo em que nos esforçamos para evitar os monstros marinhos da Scila da hiper-integração, temos que fugir dos monstros do Caribes da des-integração. Embora seja impossível oferecer uma teoria da interpretação constitucional totalmente consistente, podemos ao menos ensaiar algumas abordagens aceitáveis para tal empreendimento. O objetivo que nos colocamos parece demasiadamente hesitante e tentativo, e isso se deve ao fato de as questões dirigidas para a interpretação constitucional serem ao mesmo tempo extremamente básicas e difíceis. Na maior parte das vezes, não temos respostas, e aquelas que conseguimos dar quase nunca são precisas. Não é possível alcançar a definição da última palavra da essência da Constituição; quando isso se torna possível, a Constituição acaba de perder sua relevância perante uma sociedade em constante mudança. Com menos ambição e talvez com o pé mais fincado na realidade, pretendemos contribuir com um diálogo útil para a leitura da Constituição, uma ‘conversa constitucional’ (TRIBE; DORF, 2007, p. 35).

Denota-se, assim, que a ideia da existência de diálogos institucionais parte da noção do Constitucionalismo Cooperativo, que exige constante aproximação entre os agentes públicos e os Poderes Federativos, de modo a fortalecer a interdependência e a autonomia.

Dessa forma, no âmbito da saúde, o instrumento dos diálogos institucionais busca desmistificar a função da judicialização, porque, por meio desses diálogos, pode-se fomentar um ambiente de desjudicialização.

Ao encontro, Glauco Salomão Leite (2017, p. 240) assevera que

a teoria dos diálogos procura ressaltar as capacidades institucionais de cada poder na tomada de decisões constitucionais em contextos diversos. Nesta perspectiva, para se compreender a importância do Poder Judiciário na dinâmica de um diálogo

interorgânico, é preciso levar em conta suas características estruturais em comparação com as dos demais poderes. Logo, variáveis como a independência das Cortes em relação aos atores políticos, obrigação de decidir, dever de motivação das decisões judiciais e maior desenvoltura para lidar com direitos das minorias são fatores que não podem ser ignorados para entender o Poder Judiciário como uma instância catalisadora na criação ou correção de políticas públicas pelos demais poderes estatais. Desse modo, ao fincar-se em razões públicas, a Corte poderá interagir com o legislador, que deverá levá-las em conta e, caso queira rebatê-las, deverá apresentar argumentos mais qualificados. Além disso, O Poder Judiciário poderá ter um papel ativo na identificação de “pontos cegos” do processo legislativo, permitindo uma atuação inovadora por parte do legislador.

Nessa linha, cabe compreender que a proposta dos diálogos institucionais possui início na separação das atividades inerentes aos Poderes, havendo a separação instituída entre direito e política, na qual a esfera política seria determinada pela soberania popular e majoritária enquanto a esfera jurídica seria determinada pela ideia de observância das leis (BARROSO, 2012, p. 1-50).

Mais além, ainda conforme exposição do autor Glauco Salomão Leite (2017, p. 233), o princípio da separação dos Poderes, quanto aos diálogos institucionais, corresponde a um elemento central, porque “eventual reação de um poder à investida de outro não significaria uma forma de contribuir para a construção conjunta de uma solução para um dilema constitucional, mas sim uma postura movida pelo sentimento de autopreservação institucional”.

Nessa linha, é fato que direito e política caminham juntos, tanto é que é dessa junção que nasce o constitucionalismo. Entretanto, há quem defenda que, muito embora a produção do direito não possa ser separada da política, quanto à sua aplicação, estes poderiam ser separados. Assim, não há que se falar em diálogos institucionais sem a definição do conceito de supremacia da Constituição.

A supremacia da Constituição diz respeito à hierarquia superior da Constituição face às outras normas do sistema, na qual se espera que ela seja o resultado de uma manifestação política qualificada e que se coloque além da vontade majoritária estabelecida. Por outro lado, a supremacia constitucional é o fator que realiza a fiscalização de constitucionalidade. Nesse contexto, as decisões oriundas de casos controvertidos passam a corresponder a orientações aos atores políticos na definição de respostas institucionais dotadas de legitimação.

Denota-se que diferentes arranjos institucionais podem ser utilizados para observar as características principais do constitucionalismo, as quais costumam estar dispostas no texto constitucional, sendo esse, por inúmeras vezes, o suporte utilizado para barrar escolhas democráticas majoritárias. Logo, a guarda da Constituição e o conjunto de decisões que definem o autogoverno de um povo são os elementos binários da tensão entre constitucionalismo e

democracia. Dessa forma, vive-se uma crescente crítica ao ativismo judicial ante a estrutura institucional em que os Poderes estão inseridos.

Há quem afirme que o Executivo possui melhores condições de avaliar casos concretos e que o Judiciário deveria prestar deferência a decisões das agências do governo. Há também quem defenda que o controle de constitucionalidade deve ser reduzido ao máximo em favor de debates realizados no Parlamento. Todas essas concepções, traçadas a partir de referências ideológicas, as quais buscam potencializar modos diversos de arranjos institucionais, dirigem-se pela preocupação a respeito da legitimidade da prática da jurisdição constitucional.

Dessa forma, tem-se que a teoria dos diálogos institucionais se baseia em uma relação de paridade entre Corte e Parlamento, de modo que não há que se falar em supremacia judicial ou parlamentar (LEITE, 2017, p. 234). Conquanto ao aspecto do ativismo judicial, percebe-se que os juízes possuem um papel interdependente na democracia: eles sozinhos não definem a doutrina jurídica, mas participam de um diálogo com outros órgãos do governo e também com o povo, razão pela qual os diálogos institucionais se tornam tão essenciais a essa problemática.

Ressalta-se, assim, que a teoria dos diálogos institucionais está interligada com a teoria da Constituição. Isso se coaduna com a necessidade de que a interpretação constitucional não deve ficar adstrita ao Poder Judiciário ante a existência de uma sociedade plural e complexa. Compreende-se que a interpretação constitucional também deve ser exercida por todos os atores políticos, assim como as responsabilidades advindas disso não devem ser direcionadas apenas ao Poder Judiciário (LEITE, 2017, p. 234).

Percebe-se que a teoria dos diálogos institucionais ressalta as capacidades institucionais dos Poderes no momento da tomada de decisões, sendo certo que o Poder Judiciário deve interagir com o Poder Legislativo, de modo a permitir uma atuação que, além de inovadora, pode impulsionar e fomentar a concretização de políticas públicas. Entretanto, não se pode perder de vista que os diálogos institucionais não devem ficar adstritos apenas aos Poderes estatais, mas devem abranger todos os órgãos do aparelho estatal, como grupos sociais, imprensa, entre outros (LEITE, 2017, p. 241).

Desse modo, um modelo de constitucionalismo dialógico pode intensificar os níveis de articulação institucional e fortalecer os controles ao Poder para que seus limites funcionem. Assim, o texto normativo torna-se uma linguagem através da qual interpretamos os conflitos e buscamos soluções deliberativas para eles. Nesse sentido, os Tribunais podem contribuir, segundo Gargarella, para um diálogo constitucional nos Estados a partir de diferentes iniciativas democráticas, como

cooperar para que as normas legislativas surjam como produto de uma troca de motivos e não como simples imposição de um grupo de interesse ou setor da sociedade em detrimento de outros; pedir aos legisladores que abram ao público o processo de tomada de decisão para reduzir a influência de grupos de interesse; exigir que as autoridades políticas convoquem audiências públicas para supervisionar questões complexas de aplicação da lei; examinar processos legislativos para garantir debates genuínos; colaborar no desenho de soluções e políticas frente às violações de direitos; convocar reuniões públicas para promover discussões abertas para soluções adequadas às violações de direitos; rever decisões políticas específicas e determinar se as autoridades políticas cumpriram suas obrigações legais no processo decisório; entre outras (GARGARELLA, 2013, p. 119).

Verifica-se, portanto, que a tese dos diálogos institucionais tem-se constituído em campo de análise e investigação jurídica no tema do cumprimento da constitucionalidade. No âmbito do SUS, este debate interessa aos gestores da saúde, pois, a partir das demandas e necessidades sociais, é possível articular os órgãos de responsabilidade sanitária, aqueles voltados para a defesa da cidadania, os formuladores de políticas de saúde e os Poderes instituídos para que a tradução das diretrizes contidas na Constituição consiga atender aos anseios da democracia brasileira. Sendo a política uma característica inerente às instituições, Fleury e Ouverney (*online*) estabelecem uma relação entre política de saúde e seus referenciais valorativos:

Assim, as estratégias, planos e programas se orientam a partir do desenvolvimento, da reprodução e da transformação de marcos reguladores que representam sustentáculos compostos por referenciais valorativos, políticos, organizacionais, econômicos, os quais, por sua vez, permeiam e sustentam a política de saúde e a interligam ativamente ao sistema de proteção social como um todo.

Nesse sentido, as interpretações da política de saúde pelo direito devem considerar, como atributo de Estado, a historicidade e a etapa do desenvolvimento social do país. Da mesma forma, a autonomia dos entes da Federação deve ser contextualizada para o estabelecimento de pactos ou contratos federativos eficazes. Por atravessar estes dois aspectos, o financiamento da saúde é um determinante estratégico, ainda que não exclusivo, interferindo nos resultados obtidos. As reflexões que se seguem trazem um olhar referenciado em experiência acumulada na gestão do SUS, com o objetivo de contribuir para as conversações institucionais, sem a pretensão de esgotar o debate.

Diferente dos processos ocorridos em outros países, a reforma sanitária no Brasil pode ser considerada como um processo inconcluso. Enquanto a Espanha está na segunda revisão da organização de seu sistema nacional de saúde, contemporâneo do SUS, no Brasil, além do atraso na regulamentação dos artigos constitucionais, existem várias decisões e normas que podem ser ditas paradoxais, atreladas à correlação de forças na conjuntura política.

Ainda que estas decisões e mudanças na institucionalidade do SUS estejam inseridas em processos de formulação com representação de vários atores sociais, aparentando ser resultado do consenso possível, expressam, em última instância, o resultante da disputa entre os projetos de sociedade e do papel do Estado, entre as concepções neoliberais e o denominado *Welfare State*, de cunho social-democrata e inspiração para a modelagem do sistema brasileiro na garantia dos direitos sociais. O caráter abrangente do SUS, enquanto política social, enfrenta adversidades desde o seu início. Além da progressiva mercantilização da saúde ocorrida no país, tem que lidar com os problemas persistentes na

[...] agenda do Estado brasileiro, expressos pelo patrimonialismo, pela reprodução das iniquidades sociais nas políticas públicas, pela persistência de um padrão infenso a qualquer forma de controle público, pela ineficiência social da máquina pública e por suas debilidades na regulação de áreas e setores estratégicos para a emancipação social, com o objetivo de mitigar a imensa dívida acumulada com amplos setores da população (ELIAS, 2004, p. 106).

Cumprir destacar que o Brasil é o único país com sistema nacional de saúde que alcançou alto grau de descentralização de competências sanitárias, sem levar em consideração o porte dos Municípios, do ponto de vista populacional e da capacidade de assegurar seu papel constitucional. Retomando o exemplo espanhol, os territórios são demarcados em áreas sanitárias e os serviços são implementados segundo o tamanho da população.

O tema da autonomia dos entes da federação, os problemas e a consequente fragmentação na oferta real e na capacidade de ofertar ações e serviços de saúde vêm contribuindo para a existência de iniquidade no acesso à saúde, judicialização e piores indicadores de saúde.

Estudo realizado por Viana, Burgos e Salles (2007, p. 39-85) acerca da caracterização das regiões de saúde brasileiras apontou a heterogeneidade das mesmas e a complexidade de estruturação dos sistemas regionais de saúde. O intenso processo de municipalização dos serviços de saúde contribuiu para a fragmentação da oferta, duplicidade e baixa corresponsabilidade sanitária. Segundo Viana, Burgos e Salles (2007, p. 39-85): “O sistema é fragmentado segundo diferentes lógicas orquestradas em micros espaços decisórios muito sensíveis/permeados por interesses locais, em detrimento de uma ação pautada pelos princípios da universalidade e equidade”.

Em consonância, há que se reconhecer os esforços vigorosos realizados para aprimorar as normas que estabelecem o sentido da integralidade da atenção à saúde no SUS. Em 2011, com o objetivo de regulamentar aspectos da Lei nº 8.080/90, foi promulgado o Decreto Presidencial nº 7.508/2011, o qual buscou não só avançar na institucionalização do SUS, como

também fortalecer e ampliar a unidade na implementação da política nacional de saúde pelos entes da federação no que tange à organização do SUS, ao planejamento da saúde, à assistência à saúde e à articulação federativa.

As maiores necessidades sentidas no âmbito da gestão do sistema de saúde e que motivaram a investida na construção do Decreto referido versavam sobre dois aspectos fundamentais do sistema de saúde: a relativa fragilidade da contratualização entre os entes da federação quanto ao planejamento e à implementação das redes de atenção à saúde e seu necessário caráter regional, além da imprecisão do que seria assumido como oferta de ações e serviços de saúde a partir do conceito de integralidade inserido na lei orgânica do SUS, em seu artigo 7º: “[...] integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”.

O conceito de integralidade e o padrão a ser garantido pelo SUS, em cada momento histórico, têm promovido relações entre o Poder Judiciário, a sociedade civil e os entes da federação nem sempre baseadas em conversações produtivas para alterar a realidade. O benefício da inserção das diretrizes da universalidade do acesso à saúde e a proposta de integralidade da atenção na Constituição de 1988 careceram de regulamentação por longo período, contribuindo para intensa judicialização do acesso às ações e serviços de saúde e para que os atos legislativos ou executivos recebessem variadas interpretações, com pouca chance de vitória jurídica por parte da estrutura do SUS. Segundo Schulze (2015, *online*):

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem entendido que o Judiciário possui competência e legitimidade institucional para condenar o Estado ao fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos não contemplados no Sistema Único da Saúde (SUS).

Exemplo disso é o crescente custo com demandas judiciais e a obrigatoriedade de atendimento imediato, algumas vezes sem viabilidade de cumprimento, como nos casos de fornecimento de medicamentos inexistentes no Brasil, sem registro na ANVISA e com determinação de entrega em 24 horas, envolvendo alta inversão de recursos financeiros e responsabilização pessoal do gestor.

A baixa intensidade de articulação entre as instituições envolvidas fez com que as estruturas organizacionais do SUS incluíssem, em seus organogramas, áreas específicas para o atendimento de demandas judiciais, carecendo de estrutura para adquirir itens com a responsabilidade de aquisição descentralizada para Estados ou Municípios, mediante a repartição das competências no âmbito da assistência farmacêutica, ainda que não reconhecida

pelo Poder Judiciário por meio do uso da responsabilidade solidária. Tornou-se comum a aquisição regular de itens da lista de medicamentos básicos, de competência municipal, devido ao alto número de sentenças judiciais e ao maior custo praticado nas compras emergenciais.

A partir de 2010, com o crescimento progressivo dos custos para adquirir medicamentos mediante decisão judicial, ocorreu um movimento de aproximação entre Saúde e Judiciário, no sentido de motivar os juizes para, antes de suas decisões, ampliarem a escuta de fontes técnicas acerca da pertinência da demanda e sua eficácia. Ao mesmo tempo, cuidou a Saúde de aprimorar os protocolos clínicos e demandar uma nova institucionalidade normativa e legal.

Na prática, observou-se ampliação nas relações entre a Saúde e o Poder Judiciário, mas, considerando-se a natureza das decisões, muitas vezes amparadas em relatórios médicos apontando situações graves de saúde e a complexidade de se reunir todas as informações acerca do caso concreto, acabam os juizes, ainda, tomando decisões de atendimento às demandas, as quais envolvem altas somas financeiras. Mesmo que a Saúde vença a ação, não há muito a ser feito, tampouco como jurisprudência, pois assim como os médicos justificam, os juizes acolhem a máxima da clínica de que “cada caso é um caso”. Os números de 2016 apontam, segundo Schulze (2017, *online*), um aumento expressivo:

As medições anteriores apontavam: (a) 854.506 demandas em 2015 (segundo pesquisa feita no Relatório Justiça em Números de 2016 – versão digital); (b) 392.921 processos em 2014 e; (c) 240.980 processos judiciais em 2011.

Essa realidade leva a refletir acerca da eficácia das medidas baseadas nas normas atuais e na expectativa de que os diálogos institucionais sejam suficientes, se não para coibir, ao menos reduzir, de modo expressivo, as demandas judiciais em saúde.

Estudos realizados sobre as iniciativas para reduzir a judicialização apontaram que os principais grupos de estratégias concentram-se naqueles que buscaram ampliar os espaços de discussão entre os diversos atores sociais, aqueles baseados na formulação de normas e parâmetros técnico-científicos para incorporação tecnológica e uso de protocolos e diretrizes terapêuticas e, finalmente, aqueles grupos que visam a fortalecer os sistemas de saúde, melhorando o acesso e a qualidade da atenção (BRASIL, 1990).

A partir desta realidade, é preciso investimento em estratégias de enfrentamento da judicialização na saúde com um largo âmbito de ação, indo desde a adequada seleção dos serviços e ações de saúde, baseadas no melhor aporte tecnológico em termos de eficácia e eficiência, até o ajuste no modelo de organização dos serviços, com ênfase no papel da atenção primária e demais componentes da rede de atenção à saúde.

As dificuldades vividas na prática da gestão do sistema de saúde levam a concluir que o modelo teórico para o SUS está melhor formatado do que os arranjos e dispositivos institucionais para sua efetivação. Muitas questões podem ser apontadas. O subfinanciamento do SUS acaba, muitas vezes, sendo tomado como explicação universal para todos os seus problemas. A alegação de que a Constituição “não é cumprida porque os recursos são insuficientes” ficaria melhor como “também não é cumprida” devido à escassez de recursos, reconhecendo que existem outras dimensões a serem trabalhadas, ainda que adversidades do financiamento para a saúde possam ser vistas como negação prática da Constituição (BRASIL, 1990), sendo o gasto público inferior ao gasto privado e o Brasil, o único país com sistema universal onde isso acontece, e o crescimento da participação dos Estados e Municípios proporcionalmente em relação ao alocado pela União (PINZÓN-FLÓREZI et al, 2016, p. 103).

O sistema judiciário tem um tempo de resposta paradoxal frente às necessidades da abordagem da judicialização: rapidez na decisão do atendimento às prescrições médicas para acesso a serviços de saúde ou medicamentos, muitas vezes com rigor insuficiente na verificação dos requisitos técnicos ou mesmo administrativos, ou mais lento do que o necessário para conseguir instituir, na prática, suas orientações, que, apesar de valiosas, ainda carecem de força decisória.

A interpretação da tese da responsabilidade solidária contribui para maior desorganização do sistema e fragilização dos pactos de responsabilidade realizados entre os gestores do SUS. Da mesma maneira, a ação das instâncias do SUS tem sido assíncronica com as necessidades sociais, seja no ritmo da incorporação necessária de itens à RENASES pela CONITEC, na intensificação sobre os produtores dos medicamentos e demais itens para o registro no país e controle de preço, para investir na maior autonomia do país na ciência e tecnologia, ou mesmo para abastecer seus serviços com medicamentos padronizados.

Nesse sentido, percebe-se que o Brasil conta com um patrimônio social que é o SUS, inscrito na Constituição e regado por um conjunto de leis e normas. Ainda que a maioria da população utilize o SUS como seu sistema de saúde, não se percebe ainda uma consciência coletiva acerca de seu significado nem é possível identificar movimentos sociais de profissionais de saúde, gestores e militantes do controle social em sua defesa. Como consequência, os diálogos institucionais no âmbito do SUS têm extrapolado pouco as instituições do Estado.

A judicialização da saúde é um fenômeno que emerge a partir de problemas estruturais da institucionalização do SUS. As estratégias de enfrentamento utilizadas em diferentes países apontam para um amplo leque de iniciativas, que adquirem caráter de maior complexidade num

país com as características federativas e demográficas do Brasil: ampliação dos espaços de discussão entre os diversos atores sociais, formulação de normas e parâmetros técnico-científicos para incorporação tecnológica, uso de protocolos e diretrizes terapêuticas e fortalecimento dos sistemas de saúde, melhorando o acesso e a qualidade da atenção.

Os caminhos percorridos até aqui no Brasil se, por um lado, ampliaram os canais de comunicação e diálogo entre Executivo e Judiciário, por outro, ainda não permitem identificar resultados promissores. Neste sentido, considera-se que uma prioridade seria fortalecer a carteira de serviços do SUS e identificar as responsabilidades dos entes da Federação, dando-lhes mais institucionalidade. Estas ações podem contribuir para que a decisão sobre inclusão de novos itens e a utilização da responsabilidade solidária sejam realizadas menos pelo Poder Judiciário, impactando as demandas judiciais de acesso a medicamentos básicos ou fora da carteira de serviços. O processo de incorporação tecnológica precisa manter-se proativo numa estreita articulação entre regulação, desenvolvimento produtivo e atenção à saúde.

O avanço nos mecanismos de integração regional para uma ação cooperativa e solidária entre União, Estados e Municípios contribuirá para melhor oferta de ações e serviços de saúde sem sobreposição e dispersão de recursos. Estratégica também esta ação para coibir as demandas judiciais que partem dos próprios serviços vinculados ao SUS.

Por fim, as experiências pregressas de lutas pela ampliação do financiamento do SUS demonstram que o debate tem caráter econômico, mas seu determinante fundamental é político e será necessária maior participação social para o alcance deste objetivo.

### 3.2 A participação social como fator para a desjudicialização da saúde

Este tópico visa demonstrar alguns instrumentos de desjudicialização que possam concretizar o direito à saúde. Não se quer, com isso, afastar o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, mas, sim, fomentá-lo a partir de ações extrajudiciais e de cooperação, com a utilização de práticas mediadoras.

Ao trabalhar com a temática da desjudicialização, Alexandre Barbosa da Silva e Gabriel Schulman destacaram sintomas do modelo atual que precisam ser superados, a saber:

- 1) prevalência de solução judicial diante de negativas, com grande número de ações individuais; 2) elevados custos não relacionados a tratamentos estruturados para atender o sistema; 3) ônus do tempo na disponibilização do medicamento ou tratamento; 4) diálogo insuficiente entre entes públicos e privados e entre diferentes esferas da administração pública; e 5) sobreposição de avaliações médicas independentes (SILVA; SCHULMAN, 2017, p. 290-300).

Com relação ao número de ações individuais, cumpre tecer algumas considerações. De fato, é necessário compreender que na conjuntura do constitucionalismo contemporâneo, aqui identificado como constitucionalismo fraterno (BRITTO, 2007, p. 16), deve-se relativizar a compreensão individualista dos direitos fundamentais sociais, relacionada à justiça comutativa, para inculcar a dimensão da fraternidade, de caráter distributivo.

A visão utilitarista dos direitos fundamentais deve ser afastada para alcançar a sua dimensão fraternal. Pensar em sentido diverso pode dificultar a realização da justiça social, que indica, entre outros aspectos, a necessidade de elaboração e de execução de políticas públicas voltadas à inclusão social e à concretização de direitos fundamentais.

Assim, partindo-se do pressuposto da existência de uma justiça social de fato, tem-se uma sociedade que inclui todos somente porque também é possível, ao mesmo tempo, excluir os “ditos” incluídos. Esse problema deve ser afrontado também pelos economistas, tendo em mente a perspectiva da justiça, mas não no sentido utilitarista. Não se pode esquecer que o utilitarismo tem, ainda, uma grande influência nos definidores de políticas públicas, tanto nacionais quanto internacionais (MARTINI, 2006, p. 119-134).

Em verdade, a efetivação da justiça distributiva revela um dos objetivos do constitucionalismo, razão pela qual convém estimular as ações coletivas ou a instrumentalização de demandas repetitivas para uniformização das decisões e a racionalização do sistema. Diante desta perspectiva é que o Superior Tribunal de Justiça concluiu o julgamento de recurso repetitivo (REsp nº 1.657.156 – RJ), de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, que determina quais são os requisitos para que o Poder Judiciário determine o fornecimento de medicamentos fora da lista do SUS. A tese fixada uniformizou o entendimento a ser observado em primeiro grau em razão do art. 1.040 do Código de Processo Civil de que constitui obrigação do Poder Público o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, desde que reunidos, cumulativamente, os seguintes requisitos (STJ, 2018):

(i) A 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 do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; e (iii) Existência de registro do medicamento no cadastro da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Além disso, a decisão também trouxe definição de critérios para balizar os julgamentos das instâncias inferiores: o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que, depois de transitada em julgado a decisão em cada caso concreto (envolvendo a obrigação de dispensação de fármacos não constantes nas “listas” do SUS), o Ministério da Saúde e a Comissão Nacional de

Tecnologias do SUS fossem comunicados para o efeito de procederem a estudos sobre a viabilidade de serem os medicamentos pleiteados incorporados às prestações a serem disponibilizadas pelo SUS.

Fato que também merece destaque é a ausência de diálogo entre os entes. Inelutavelmente, para que haja efetividade do direito à saúde, de caráter transindividual, é mister a cooperação entre os Poderes e a participação da sociedade. Ou seja, os conteúdos da integralidade e da assistência do sistema devem ser definidos entre sociedade e Estado, numa contínua cooperação por meio de diálogos interinstitucionais. O princípio da cooperação define, dentre outros aspectos, o modo como os Poderes Públicos e as partes envolvidas devem atuar no Estado Democrático. Surgem, destarte, deveres de conduta tanto para os Poderes Públicos como para toda a sociedade, decorrentes do princípio responsabilidade (JONAS, 2006, p. 45).

Compreende-se que, para efetivar uma política de saúde adequada, é mister que os atores envolvidos nela participem do processo, desde sua gestão até sua implementação. É neste sentido que o direito à saúde pode ser resgatado e efetivado, pois não basta dizer que a saúde é um direito do cidadão e um dever do Estado. É preciso criar condições para que este direito seja efetivado e isso se dará somente por meio de políticas públicas que respeitem as diferenças loco-regionais, mas que apresentem uma estrutura global, pois os problemas de saúde não são territorialmente limitados (MARTINI, 2006, p. 119-134).

Nesse ambiente, o componente democrático, a partir da efetiva participação dos cidadãos, é fundamental para máxima efetivação do princípio da cooperação, que deve ser observado em todas as etapas das políticas públicas, desde a formação até o controle. É da multiplicidade de opiniões e de interesses da sociedade que será elaborado o planejamento geral dos recursos públicos, direcionando os investimentos para setores priorizados pela própria comunidade. Somente assim será legítima a escolha para construção de determinada política pública em detrimento de outra no Estado Democrático.

À guisa de exemplo, as fases para implementação das políticas públicas necessárias à realização do direito à saúde devem ser construídas a partir da cooperação. Ou seja, é necessário que, no momento da formação, execução, avaliação e controle da política pública, se abstraiam os pensamentos individualistas de cada ente público para, a partir do diálogo, encontrar a melhor resposta para a coletividade. Vê-se, portanto, a relevância do diálogo interinstitucional.

A mediação administrativa pode ser um instrumento eficaz para a concretização do direito à saúde, uma vez que cria espaços de debate extrajudicial. Nessa linha de raciocínio, Silva e Schulman (2017, p. 290-300) defendem que, para a mediação administrativa, “deve-se ter em mente a possibilidade de espaços administrativos que avaliem especificamente os casos

concretos dos pacientes e possam aferir a necessidade (ou não) de se liberar tratamentos para além dos protocolos clínicos”.

Por certo, em diversas situações, a melhor alternativa é a articulação das partes com vistas a estabelecer um compromisso ou efetuar uma transação. Sufragando essa linha de raciocínio, José Reinaldo de Lima Lopes (2006, p. 168) esclarece: “as soluções de compromisso, a elaboração de propostas a serem cumpridas ao longo de certo prazo, não são ‘a segunda opção’, não são apenas a solução ‘na falta de solução melhor’: quero dizer que em vários casos são exatamente a solução própria”.

A fim de viabilizar o diálogo interinstitucional, a mediação administrativa deve contar com a participação do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos entes envolvidos nas competências de oferta dos procedimentos e fármacos (SILVA; SCHULMAN, 2017, p. 290-300).

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, permanecem os debates sobre a obrigatoriedade do custeio, pelo Poder Público, dos medicamentos de alto custo e complexidade e dos que não têm registro da ANVISA. Nesse ponto, convém registrar os Recursos Extraordinários nº 566471 e 657718, de relatoria do Ministro Marco Aurélio (STF, 2016). O RE nº 566.471/RN trata da dispensação de medicamentos de alto custo não incorporados pelo SUS e o RE nº 657.715/MG discute os casos de medicamentos sem registro da ANVISA (STF, 2016).

Ao proferir voto-vista no RE nº 657.718/MG, o Ministro Luís Roberto Barroso avaliou ser necessário desjudicializar o debate sobre saúde no Brasil, aduzindo que o Poder Judiciário não é a instância adequada para a definição de políticas públicas de saúde, razão pela qual o Poder Judiciário só deveria interferir em situações extremas ou quando a intervenção consistir unicamente em efetivar políticas públicas já formuladas pelo SUS. No seu voto-vista, Barroso propôs cinco requisitos cumulativos, que devem ser observados pelo Poder Judiciário para o deferimento de determinada prestação de saúde: 1º) incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; 2º) demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; 3º) inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; 4º) comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da Medicina baseada em evidências; 5º) propositura da demanda necessária em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos é exclusiva desse ente federativo (STF, 2016).

Outro ponto que deve ser destacado no voto do Ministro é a necessidade de realização de diálogo entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área de saúde,

como as câmaras e núcleos de apoio técnico, profissionais do SUS e CONITEC. Tal diálogo demonstra a preocupação do Supremo Tribunal federal com a interferência desarrazoada do Judiciário nas políticas públicas de saúde.

Deve-se ter em mente que o papel do Judiciário não é substituir o Legislativo ou o Executivo na elaboração e execução de políticas públicas, mas cooperar com esses Poderes a fim de alcançar e materializar o princípio jurídico da cooperação.

Parece consentâneo sustentar, em face da necessidade de cooperação entre os Poderes e a sociedade para atendimento do direito à saúde, que se busque métodos alternativos de tratamento de litígio com participação das partes envolvidas para as escolhas e implementações das políticas públicas de saúde. Desta forma, viabiliza-se o diálogo entre os Poderes e a mensuração do impacto financeiro do pedido, além de verificar a possibilidade orçamentária.

Em razão do caráter coletivo e distributivo do direito à saúde, tal direito deve ser afirmado por políticas públicas e não por decisões judiciais. O conhecimento das necessidades sociais da comunidade, da melhor técnica para distribuição de recursos escassos e das possibilidades orçamentárias é essencial para definir políticas públicas voltadas à concretização do direito à saúde. Decisão judicial sobre a exigibilidade do direito à saúde, que ignora estas circunstâncias, pode causar problemas sociais maiores do que os que estão sendo tutelados, pois provoca redistribuição indireta de recursos de políticas públicas.

Os canais de participação cidadã na formação de políticas públicas de saúde pela via extrajudicial são importantes para o fenômeno da desjudicialização. A inclusão de medicamento no RENAME, por exemplo, é uma decisão dotada de respaldo deliberativo e democrático, daí porque a inclusão judicial de medicamento não garante o respeito à ordem democrática. Melhor seria que demandas judiciais de caráter coletivo que discutissem a inclusão de novos medicamentos no RENAME fossem levadas para deliberação da sociedade por meio de audiências públicas. Assim, garantiria, ao mesmo tempo, o diálogo interinstitucional e a participação social.

O caráter plurilateral do conflito distributivo reflete o princípio da fraternidade, razão pela qual sustentou-se a desjudicialização da saúde como alternativa à efetivação do direito, a partir da participação efetiva da comunidade nos conselhos sociais, nas audiências públicas e por meio do diálogo interinstitucional.

Percebe-se, portanto, que instrumentos para desjudicialização da saúde, como mediação administrativa, diálogo interinstitucional e maior participação da sociedade nas tomadas de decisão, mostram-se como alternativas viáveis para a efetivação do direito à saúde. Certamente,

não será um processo rápido, pois depende de uma mudança cultural, mas deve-se defender métodos alternativos como forma de efetivar o direito e garantir a justiça social.

### 3.3 O Conselho Nacional de Justiça e a busca por soluções negociáveis para judicialização da saúde no Brasil

Ao considerar o Poder Judiciário como o último refúgio de esperança para a busca da concretização dos direitos insculpidos na Constituição Federal de 1988, emerge de forma cristalina o universo de ações que podem e devem ser desenvolvidas pelo CNJ, pois cabe a ele, ante a vasta gama de demandas que congestionam os Tribunais, buscar soluções que acelerem a entrega da prestação jurisdicional, criando ferramentas aptas a auxiliar o magistrado.

Como exemplo da atuação do CNJ no desenvolvimento de políticas públicas, é forte o envolvimento do Colegiado na questão carcerária, na rede de proteção à mulher, na busca da conciliação como instrumento pacificador de conflitos de forma célere, sem aprofundar o congestionamento do Sistema de Justiça, na judicialização das questões da saúde, na redução do tempo de duração dos processos que apuram prática de crime de homicídio, entre tantas outras ações.

No que tange ao sistema de saúde, o envolvimento do CNJ vem desde 2009, com o intuito de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas referentes às demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Em seguida, o CNJ promoveu a edição da Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, para indicar aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde (FLEURY; OUVÉNEY, *online*).

Logo em sequência, e buscando uma atuação mais assertiva, o CNJ editou a Resolução nº 107, de 6 de abril de 2010, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde (ELIAS, 2004). Importante registrar que, desde a sua formação, o Fórum da Saúde do CNJ é composto por magistrados, uma vez que destinatários imediatos das políticas por ele desenvolvidas, ouvindo também a experiência de especialistas na área da saúde.

A participação do Conselho Nacional de Secretários de Estado de Saúde (CONASS), por meio de seu representante, como membro titular, sempre se mostrou profícua, assim como a dos representantes do Ministério da Saúde, do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS), da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Em decorrência desta interação, destaca-se a proposição de normativos internos do próprio CNJ, como a Recomendação nº 36/2011, destinada aos processos relativos à Saúde Suplementar (ELIAS, 2004, p. 75); a Recomendação nº 43/2013, que estabeleceu diretrizes aos Tribunais com o fim de promover estudos para especialização de Varas; as Jornadas de Direito da Saúde, com a finalidade de discutir os problemas inerentes à judicialização da saúde e que resultaram na aprovação de 103 enunciados interpretativos sobre o direito à saúde (CNJ, *online*).

Também merece destaque a edição da Resolução nº 238/2016, que determinou a criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NATJUS), bem como, e de forma imperativa, a especialização de Varas em todos os Tribunais. Outro avanço da referida Resolução foi o incremento da pluralidade dos atores institucionais que participam do Comitê Nacional (VIANA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 39-85).

Isso vem consolidar diretrizes já traçadas quando da renovação, em fevereiro de 2016, da composição do Comitê Nacional, por intermédio da Portaria nº 8, de 2 de fevereiro de 2016, quando ele passou a contar com membros titulares oriundos do Ministério Público e da Defensoria Pública, algo até então inédito, além de ex-secretários de Estados e dos Municípios; portanto, todos os personagens conhecedores das agruras vivenciadas pelo usuário do sistema de saúde e pelo gestor público (BRASIL, 2011).

Ainda no primeiro semestre de 2016, foi possível desenvolver um projeto, hoje já implantado, denominado E-NATJUS, haja vista que uma das aflições, tanto do usuário do sistema quanto do gestor público, é a judicialização de medicamentos e tratamentos não incorporados pelo SUS, alguns nem mesmo com pedido de registro na ANVISA. No entanto, são pleiteados, via demanda judicial, quase sempre pela via da cognição sumária, sem que o magistrado tenha à mão informação científica sobre a pertinência do que está sendo pedido, considerando o quadro clínico alegado pelo paciente.

Com o intuito de subsidiar o magistrado, no que tange às interfaces técnicas do pedido, buscou-se construir uma ferramenta que pudesse supri-lo com informações técnicas aptas a embasar sua tomada de decisão em cada demanda. E essa informação será veiculada por meio de notas técnicas.

Firmou-se, então, em setembro de 2016, um Termo de Cooperação entre o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Saúde, com recursos do Programa de Desenvolvimento Institucional do Sistema Único de Saúde (PROADI-SUS), sendo o Hospital Sirio Libanês, localizado na capital do Estado de São Paulo, designado como parceiro essencial a essa cooperação. Iniciou-se, assim, a construção de um sistema, composto pelos Núcleos de Apoio

Técnico de cada Tribunal (NATJUS) com a tutoria, quando necessário, de cinco Núcleos de Avaliação de Tecnologia em Saúde da Rede Brasileira de Avaliação de Tecnologia em Saúde (REBRATS), regulamentados pela Portaria GM/MS nº 2.915/11 do Ministério da Saúde, selecionados pelos integrantes do Comitê Nacional, criando-se, então, um banco de dados nacional de notas técnicas, com acesso por todos os magistrados (BRASIL, 1990). O projeto foi desenvolvido tendo como principais objetivos:

- i. descentralizar a elaboração de notas técnicas (NTs) e pareceres técnico-científicos (PTCs) por Núcleos de Avaliação de Tecnologias em Saúde (NATS) para atender os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais e disseminá-los em forma de um banco de dados;
- ii. Evitar o conflito de opiniões entre diferentes NAT-JUS, estabelecendo uma ferramenta para sistematizar as NTs e PTCs antes de disponibilizá-los para consultas externas por outros Tribunais;
- iii. dispor de uma fonte de dados que possa demonstrar quantitativamente e qualitativamente as ações judiciais relativas a medicamentos e órteses, pró-teses e materiais especiais (OPME);
- iv. evitar a incorporação acrítica, prestigiando o que determina a Lei 12.401/2011 e os decretos 7.646/2011 e 7.508/2011, de forma que as demandas por novas tecnologias – procedimento, medicamento, insumo ou produto para a saúde – deverão ser encaminhadas para a avaliação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC);
- v. incentivar os mecanismos de conciliação envolvendo gestores do sistema de saúde e partes nas questões relacionadas à gestão e infraestrutura (BRASIL, 1990).

O mencionado banco de dados é administrado pelo CNJ, com auxílio do núcleo de informática do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, e que terá também em sua base de dados pareceres técnicos de temas complexos e recorrentes nas demandas ajuizadas, conforme orientação dos Comitês Estaduais, tendo em vista a realidade vivenciada em cada uma das regiões do país. Insta pontuar que esse projeto é inspirado pelo paradigma científico da Medicina baseada em evidências e está orientado à racionalização do uso dos recursos orçamentários e da oferta dos serviços de saúde.

O projeto foi efetivamente inaugurado em 21 de novembro de 2017 e se encontra em fase de desenvolvimento. Conta também com um curso de capacitação, ministrado sob a coordenação do Hospital Sírio Libanês, para todos os núcleos técnicos dos Tribunais, bem como para os magistrados interessados, tudo procurando atualizar o corpo técnico do Judiciário com as melhores práticas para construção de notas técnicas que forneçam suporte à avaliação das demandas judiciais.

Considerando os diferentes estágios de atuação e diversos graus de conhecimento dos profissionais atuantes nos NATJUS sobre a temática da Avaliação em Tecnologias de Saúde (ATS), a referida capacitação usa estratégias de aprendizagem em problemas sobre a avaliação

da evidência e formação com metodologia de ensino à distância, com tutoria de profissionais especialistas.

Durante o curso, são abordados temas como: política e gestão de sistemas públicos de saúde, bases de dados e sistemas de informações do SUS, métodos em avaliação em tecnologias de saúde, custos e preços na saúde, economia da saúde e incorporação de tecnologias no Brasil. A iniciativa conta, ainda, com a disponibilização, para cada Comitê, de assinatura de biblioteca internacional especializada em estudos de novas tecnologias na área da saúde.

Outro trabalho realizado pelo Comitê Nacional do Fórum da Saúde é o de conscientização junto à administração superior de cada um dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais da importância de se fortalecerem as estruturas dos Comitês Estaduais e dos NATJUS, nos moldes propugnados pela Resolução nº 238.

É o Comitê Estadual o espaço destinado à interlocução de todos os agentes envolvidos na questão da judicialização da saúde, buscando solução das questões afetas à saúde estruturante, aquela que deve ser prestada pelo SUS, pois refere-se ao que está incorporado no Sistema Público, mas não é oferecido de forma adequada e cidadã. Enfim, conhecer e disseminar as práticas de resolução extrajudicial dos conflitos, de forma a estimular a adoção de inovações institucionais, pela via consensual entre o usuário e o Poder Público, observadas as peculiaridades dos contextos locais.

Cumprir pontuar ainda que, em dezembro de 2017, o CNJ realizou audiência pública, quando foi possível ouvir usuários do sistema, gestores públicos, magistrados, advogados, inclusive representantes dos laboratórios de medicamentos, com a intenção de subsidiar novas ações no âmbito do Sistema de Justiça.

É fato que na questão da saúde, as novas tecnologias se expandem em velocidade extrema. Todos os dias, as pesquisas científicas nos trazem novos medicamentos e procedimentos. Por isso, quanto mais ferramentas dispuserem os magistrados para auxiliá-los na análise dos pedidos que lhe são ofertados, mais próxima do ideal de justiça será a decisão. A justiça em prol do paciente que busca a cura ou melhor qualidade de vida, bem como a justiça no trato do orçamento público, pois se saúde é um direito individual e os Tribunais Superiores assim já decidiram, também é um direito coletivo. Portanto, a questão orçamentária há de ser cuidada em prol do conjunto dos usuários do sistema.

Para tanto, os critérios devem auxiliar juízes a identificar e acolher demandas legítimas e a rejeitar demandas abusivas. Dessa forma, pode-se melhor aproveitar o potencial do direito para proporcionar acesso efetivo do cidadão aos serviços de saúde de qualidade, ao mesmo tempo em que se estimula o sistema de saúde a corrigir omissões e atualizar políticas públicas.

Percebe-se que, culturalmente, a sociedade brasileira nunca se preocupou com a eficiência, mas, hoje, a eficiência tornou-se crucial para a efetivação de direitos. Há um conjunto de arranjos possíveis que torna necessária a discussão para a melhoria do sistema de saúde e um deles é, certamente, a intervenção do Judiciário nesta área.

Apesar do SUS ainda não atingir com eficácia a sua proposta, ele pode ser considerado um sucesso. Sem ele, estar-se-ia numa situação de barbárie social, em que cada um teria a saúde que pudesse pagar no mercado. Os demais países enxergam o Brasil como a experiência mais interessante das últimas décadas. A melhora nos indicadores de saúde é impressionante: expectativa de vida ao nascer, mortalidade infantil, controle de doenças infectocontagiosas, redução da mortalidade de doenças crônicas etc. Na atenção à saúde individual, os resultados são heterogêneos. Houve avanços importantes, como o Programa Nacional de Imunização e o Programa de Transplantes.

Por fim, cumpre esclarecer que, apesar da escassez orçamentária já conhecida, vez que a maior parte do dinheiro para o financiamento do sistema é oriundo do capital privado, o fato é que o SUS representou um avanço. Cabe ao Poder Judiciário ajudar na melhoria do Sistema, contribuindo para sua estruturação. E isto é possível por meio da garantia ao acesso a esse direito básico de modo mais célere, onde o impacto orçamentário seja o menor possível.

#### 3.4 A experiência da Colômbia e da África do Sul e como pode contribuir para o Brasil

Denota-se que a experiência brasileira, colombiana e sul-africana de constitucionalismo de direitos sociais, em especial no que tange ao direito à saúde, merece uma análise comparativa, em primeiro lugar, porque esses países são signatários da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e aderem à modelagem internacional que impõe aos agentes estatais um dever prestacional com relação à promoção da saúde.

Outro ponto que se torna necessária à análise é que suas Constituições atuais passaram por períodos de regime autoritário, sendo posteriormente conceituadas como Constituições de “povos”, tendo em vista que o processo de elaboração das Constituições do Brasil (1988), Colômbia (1991) e África do Sul (1996) decorreu da realização de Assembleias Constituintes que contaram com a participação popular.

A Constituição Federal de 1988 no Brasil foi promulgada após a Assembleia Constituinte de 87-88, um fato político que simbolizou o fim de um período de restrição de direitos e garantias, implicando na transição democrática que não ocasionou necessariamente

em um processo de ruptura com a ordem constitucional anterior, mas, sim, de transformação, com a abertura do debate para todos os setores da sociedade e todas as pautas.

Conquanto a *Constitution of the Republic of South Africa*, 1996, decorreu, segundo o próprio memorando explicativo da Constituição, do “maior programa de participação pública já realizado na África do Sul”, cujo texto consiste em uma “[...] integração de ideias de cidadãos comuns, sociedade civil e partidos políticos representados dentro e fora da Assembleia Constitucional” (ÁFRICA DO SUL, 1996). As Constituições do Brasil e da África do Sul objetivavam promover democracias estáveis e também inclusivas (ROSEVEAR, 2018, p. 152).

Convém destacar que Brasil, Colômbia e África do Sul suportaram de forma diferente as questões envolvendo os litígios de saúde. Nos países estrangeiros, a “Sentencia T- 760/2008” e o “Case CCT 32/97” são considerados *leading cases*, decisivos na condução das experiências daqueles países a partir de então.

Como salientado anteriormente, no Brasil, o RE nº 271.286/2000 representa uma dilatação da percepção constitucional de saúde com relação ao acesso a medicamentos. Apesar de ser considerado um dos principais casos que envolvem o direito à saúde e sua matriz individual de atendimento, já foi objeto de análise de outros estudos que se debruçaram sobre os seus fundamentos e reflexos.

Anteriormente, foi possível verificar a existência de altos indícios de que a postura adotada pelo STF reflete na judicialização da saúde no Brasil. Ou, ao menos, que o posicionamento da Corte não contribui para a solução do problema. Pelo contrário, a Corte abre espaço para novas demandas e coloca maior responsabilidade para os demais atores estatais.

Tanto o Brasil quanto a Colômbia são países que instituíram a democracia recentemente e decorrem de períodos marcados por regimes autoritaristas. Da mesma forma que ocorreu com o Brasil, a promulgação da Constituição colombiana faz parte do movimento denominado “neoconstitucionalismo latino-americano”, nos processos de consolidação da democracia na América Latina.

As últimas três décadas mantiveram um número razoável de mudanças políticas de transição na América Latina; a maioria delas resultando em novas Constituições ou em profundas alterações dos processos de menção nos textos anteriores. Essas experiências realizadas em países que realizam traços comuns de historicidade e geografia foram estudadas como diferentes manifestos do que se denominou de constitucionalismo latino-americano (VALLE, 2014, p. 67-102).

Ressalta-se que, consoante ao constitucionalismo latino-americano, há que se ter em mente que muito se fala em constitucionalismo aspiracional, o qual consiste em rejeitar as

limitações existentes na sociedade, da forma como ela verdadeiramente se apresenta, e lança-se na busca de uma visão de sociedade como deveria ser, de forma a confiar totalmente no poder transformador do direito e eleger o Judiciário como o guardião das promessas, que, ao que pese, se demonstram mais como promessas políticas insculpidas no texto constitucional.

A promulgação das atuais Constituições do Brasil em 1988 e da Colômbia em 1991, conforme exposto, decorre de Assembleias Constituintes com ampla participação popular, embora no caso do Brasil, como também já mencionado, essa participação não se traduziu exatamente no texto constitucional, que, não obstante os seus inegáveis avanços na tutela de direitos dos grupos desfavorecidos, também traduz a pressão e os interesses das classes mais abastadas.

Afirma-se que direitos sociais na Colômbia são marcados pela necessidade de corrigir injustiças no acesso aos direitos por seus cidadãos, causadas pela desigualdade social presente no país (NAKAMURA; CAOBIANCO, 2019, p. 63-85), muito embora o quadro de desigualdade e pobreza que condenou e ainda condena esses países, em maior ou menor grau, obrigue centenas de milhões de pessoas a viverem em condições indignas e desumanas.

Ao contrário da Europa, construída sobre revoluções de direitos em busca de liberdade, um fator comum aos países latino-americanos – como é o caso do Brasil e da Colômbia – é que no início do século XXI se sobressai a “[...] luta contra a pobreza e a desigualdade social, entre outros meios, por via do direito constitucional, nomeadamente através da garantia efetiva dos direitos sociais fundamentais” (ARANGO, 2006, p. 19, tradução nossa).

Tanto é assim que a CF/88 e a Constituição Política da Colômbia de 1991 (CPC/91) são consideradas inclusivas, plurais e abrangentes no que diz respeito à proteção e promoção de direitos, especialmente quanto ao reconhecimento de direitos das minorias e à introdução de direitos coletivos importantes (LOURENÇO, 2016, p. 7).

A Constituição colombiana, assim como a Constituição brasileira de 88, traduz promessas constitucionais ambiciosas e que não foram totalmente efetivadas ao longo dos anos. A CPC/91 também é considerada um marco constitucional de garantia do direito à saúde naquele país. Isso porque, apesar de a saúde ser reconhecida na ordem constitucional colombiana anterior a 1991, é somente com a CPC/91 que a saúde foi consagrada como um direito.

Ressalvadas algumas peculiaridades, a garantia da saúde na Constituição colombiana se assemelha às bases tuteladas da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, é importante ressaltar que a Colômbia também é signatária da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e adere à noção internacionalmente estabelecida de saúde, assim como o Brasil. Ambos

os países possuem o compromisso de promover o direito à saúde por meio de políticas públicas, que devem fazer parte da agenda governamental como instrumentos para promoção do desenvolvimento socioeconômico da nação.

De acordo com a CPC/91, a saúde também está vinculada à seguridade social e é reconhecida como um direito universal (artigo 48 da CPC/91, tradução nossa) dependente de prestação estatal, mas também de outros atores. O modelo colombiano, assim como na maior parte da América Latina, reduziu o âmbito de atuação do Estado e os custos dos serviços públicos, sendo caracterizado pela descentralização e ingresso da política de mercado bem como pelo estímulo à participação privada (NAKAMURA; CAOBIANCO, 2019, p. 63-85).

No país colombiano, incumbe ao Estado o controle, a coordenação e a direção relativas à efetividade do direito à saúde e também do saneamento ambiental, a regulamentação da saúde de maneira descentralizada e a consignação de políticas para a prestação dos serviços de saúde por meio de entidades privadas, de modo a exercer total controle e vigilância (artigos 48 e 49 da CPC/91, tradução nossa), além de possuir correlações com outros direitos (artigos 11 e 13 da CPC/91, tradução nossa).

Denota-se que o artigo 48 da CPC/91 estrutura o princípio do sistema de seguridade social, com o apoio da cláusula de Estado Social de Direito (artigo 1) e o artigo 11, no tratamento do direito à vida. Percebe-se, portanto, que na Colômbia o direito à saúde também está fortemente relacionado a este direito, assim como ocorre na ordem constitucional brasileira.

A saúde naquele país é estabelecida sob as bases dos princípios da “eficiência, universalidade e solidariedade” (COLÔMBIA, 1991, tradução nossa), constatando-se que a política de saúde pública está pautada pelo propósito de alcançar cobertura universal.

O atual sistema de saúde colombiano tem origem na *Ley 100 de 1993* que modifica, sobretudo, a forma de financiamento da saúde. Por meio do respectivo texto legislativo, o país criou um sistema obrigatório de seguro de saúde, o *Sistema General de Seguridad Social e Salud (SGSSS)*, com participação público-privada que possui como principal finalidade o acesso à saúde de forma universal e igual a todos (RESTREPO-ZEA; CASAS-BUSTAMANTE; ESPINAL-PIEDRAHITA, 2018, p. 670, tradução nossa).

Diferente do que ocorre no Brasil, a Colômbia não possui um sistema único, baseado na gratuidade e integralidade dos serviços, mas um “regime subsidiado” (RAMIREZ, 2013, p. 204, tradução nossa). Neste regime, o Estado fornece “apoio” para garantir o acesso da população de baixa renda através da concessão de subsídios, além de garantir a gratuidade da saúde para crianças menores de um ano que não tenham o serviço. Dessa forma, o Estado passa a prestar diretamente o serviço à saúde, mas não de forma exclusiva.

Ocorre que, com o passar dos anos, os problemas de efetivação do direito à saúde na Colômbia ocasionaram uma série de regulamentações por meio de legislações esparsas. Essa situação, que é bastante similar ao caso do Brasil, fez com que, nas últimas décadas, ocorresse naquele país o mesmo movimento que decorreu no Brasil: os direitos não efetivados passaram a ser reclamados perante o Judiciário.

Afirma-se que “[...] a justiça colombiana não somente passou por profundas transformações, como entrou com muita força na dinâmica política. A atividade dos juízes teve, em muitos casos, uma grande repercussão na evolução global do país” (YEPES, 2007, p. 53). Em um movimento do já mencionado protagonismo judicial, o caso da saúde tem sido, tanto quanto no Brasil, apenas um dos exemplos significativos da judicialização da política colombiana.

Na Colômbia, a saúde foi consagrada como um direito econômico, social e cultural, ou seja, de segunda geração. Diante das dificuldades de efetivação do direito à saúde no plano fático, a população colombiana passou a recorrer ao Judiciário por meio das chamadas “tutelas”, que objetivam o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais, no caso, o direito fundamental à saúde.

Um dos pontos mais controversos da jurisprudência da Corte colombiana (CCC), assim como no caso brasileiro, ocorre quando os medicamentos solicitados pela via judicial não estão incluídos na lista programada que se estende nas listas de alto custo do país, como o caso do HIV, tendo o Tribunal decidido pela justiciabilidade quando havia uma ameaça à vida ou à dignidade (YOUNG; LEMAITRE, 2013, p. 189, tradução nossa).

Em 2003, o Tribunal colombiano teria tentado esclarecer seu conceito de direito à saúde, estabelecendo uma abordagem de “núcleo mínimo” e especificando circunstâncias específicas existentes acerca da ameaça ao núcleo do direito à saúde, mesmo assim, ignorando os problemas financeiros (YOUNG; LEMAITRE, 2013, p. 190, tradução nossa).

Até esse ponto, a experiência da Colômbia é bastante próxima ao que vem ocorrendo no Brasil, sendo que a postura da Corte colombiana era, até então, retraída, não enfrentando o problema às claras, fato que culminou no ajuizamento de inúmeras ações judiciais. Em decorrência, salienta-se que, no que tange à recorribilidade ao Judiciário com o intuito de efetivação do direito à saúde, na Colômbia um dos casos mais emblemáticos é a “Sentencia T-760/2008”.

Nesse sentido, de antemão, a fim de elucidar o que se expõe a seguir, cumpre destacar que o Estado colombiano, assim como o Brasil, adota um sistema de precedentes em matéria constitucional. Dessa forma, parte-se para análise de alguns apontamentos cruciais da

“Sentencia T- 760/2008” em comparação com o caso brasileiro já analisado no RE nº 271.286/2000:

	<b>SENTENCIA T- 760/2008</b>	<b>RE nº 271.286/2000</b>
<b>Objetivo do case</b>	A sentença trata de diversos casos em que se invoca a proteção ao direito à saúde, como: acesso aos serviços de saúde incluídos e não incluídos nos planos de saúde obrigatórios; acesso de saúde ao menor; reconhecimento de deficiência para o trabalho; acesso ao serviço de saúde em condições integrais; acesso a serviços de saúde de alto custo; acesso aos serviços de saúde exigidos por pessoas vinculadas ao Sistema Único de Saúde, em especial os menores; acesso aos serviços de saúde quando necessária a mudança de local de residência – liberdade de escolha da entidade encarregada de garantir o acesso à prestação dos serviços de saúde e reembolso de despesas com serviço médico não cobertos pelo seguro obrigatório.	O caso brasileiro buscava objetivar o acesso a medicamentos de alto custo à pessoa portadora de HIV/AIDS sem recursos financeiros.
<b>Fundamentos da Sentença</b>	No caso, o Tribunal colombiano desenvolve uma	A decisão se fundamenta no fato de que não cabe ao Estado

	<p>série de obrigações ao Estado, eis que deve proteger o direito à saúde, bem como o controle público das ações dos agentes de saúde; reitera que o Estado é responsável por tomar medidas deliberadas para alcançar o cumprimento progressivo do direito à saúde e que medidas regressivas são, via de regra, inadmissíveis; afirma que o direito à saúde requer transparência e acesso à informação, além de planos baseados em evidências e decisões de cobertura apoiadas por processos participativos. Para tanto, o Tribunal compreende que o direito fundamental à saúde deve ser garantido a todas as pessoas. A decisão é respaldada na previsão acerca do direito à saúde constante na Constituição colombiana, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e em precedentes da Corte.</p>	<p>apenas a declaração e o reconhecimento formal de direitos, mas, sim, torna-se essencial o seu respeito e garantia. Nesse contexto, cabe ao Poder Público a obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e da comunidade em geral, medidas tanto preventivas quanto de recuperação, fundadas em políticas públicas que viabilizem e concretizem o disposto no artigo 196 da CF/88. A decisão em comento, além de ser respaldada no texto constitucional, também se alicerçou em precedentes da Corte, como o RE nº 236.200/ES; RE nº 247.900/RS e RE nº 267.612/RS.</p>
<p><b>Entendimento fixado</b></p>	<p>O caso colombiano, mais do que julgar os casos concretos, traçou estratégias governamentais para que o Estado pudesse efetivar o</p>	<p>No caso em questão, o Supremo Tribunal Federal negou provimento ao recurso interposto pelo Município, a fim de manter a decisão agravada</p>

	<p>direito à saúde. Nesse sentido, a T-760/08, além de resolver 22 tutelas, exige uma transformação do sistema de saúde como um todo. Diante disso, o Tribunal determinou que o Estado deveria suprir as falhas concernentes à atualização, unificação e acesso aos planos de benefícios; sustentabilidade financeira e fluxo adequado de recursos; determinação de direitos e deveres do paciente; cobertura universal do sistema, além de clarificar a definição dos benefícios do seguro obrigatório; realizar auditorias institucionais de desempenho a fim de informar os usuários sobre as diferentes empresas fornecedoras do serviço de saúde; facilitar a conformidade com as ordens de tutelas; estabelecer plano de contingência para garantir a recuperação em casos de custos associados com cuidados de saúde não abrangidos pelo seguro obrigatório; e revisar as taxas de captação que não foram revisadas completamente no decorrer dos anos.</p>	<p>com o intuito de fornecer o medicamento de alto custo para pessoa portadora de HIV/AIDS, eis que recai ao Estado inafastável vínculo institucional consistente em conferir efetividade às prerrogativas básicas, em ordem a permitir às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculado à realização, por parte das entidades governamentais, conforme lhe impõe a própria Constituição Federal de 1988.</p>
--	--	--

Vislumbra-se que, no caso colombiano, a emblemática sentença dispôs sobre 22 tutelas (*cases*) selecionados para ilustrar a problemática sistêmica sobre a regulamentação do sistema de saúde do país. Assim, a tutela não apenas buscou resolver os 22 casos como também exigiu uma transformação do sistema de saúde como um todo; eis que os órgãos responsáveis pela regulamentação do sistema não adotaram medidas capazes de garantir à população acesso ao direito à saúde sem recorrer à tutela judicial.

Percebe-se, assim, que no ano de 2008, a Corte colombiana reconheceu a fundamentalidade deste direito na Sentença T- 760, considerada um marco no direito constitucional colombiano. A mesma decisão determinou que os Estados fizessem cumprir esse direito (RESTREPO-ZEA; CASAS-BUSTAMANTE; ESPINAL-PIEDRAHITA, 2018, p. 671, tradução nossa).

O reconhecimento da fundamentalidade do direito à saúde provocou repercussões que revolucionaram o cenário colombiano, impondo responsabilidades a diversos atores estatais e não-estatais. Considera-se que a mencionada sentença “[...] é uma expressão do papel que o Tribunal desempenhou na construção de políticas públicas, em certos casos contabilizando lacunas no exercício dos poderes executivo e legislativo, de modo que ele dá ordens para fazer defender os princípios e mandatos da Constituição” (RESTREPO-ZEA; CASAS-BUSTAMANTE; ESPINAL-PIEDRAHITA, 2018, p. 670, tradução nossa).

A Corte colombiana, assim como o STF, reconhece o direito à saúde como um direito subjetivo e justiciável, apoiado pela disponibilidade de uma ação-tutela, que permite a qualquer indivíduo intentar uma ação por seus direitos fundamentais (YOUNG; LEMAITRE, 2013, p. 183, tradução nossa). Contudo, como explicado, Brasil e Colômbia são países com diferentes sistemas de saúde. A principal diferença reside no caráter de universalidade. Enquanto o primeiro possui um sistema de saúde universal, o segundo possui um sistema de saúde descentralizado.

Denota-se que a “Decisão T- 760”, em 2008, foi a primeira decisão da Corte que efetivamente enfrentou os problemas orçamentários, determinando uma série de ações do governo, trazendo nova clareza ao direito à saúde diante do volume de ações, além de ordenar que o governo revisasse a lista de programas e benefícios, que fossem criados mecanismos não judiciais para disputas entre pacientes e profissionais, bem como que se criassem mecanismos eficazes para reduzir o número de demandas e corrigir outras falhas de administração (YOUNG; LEMAITRE, 2013, p. 191, tradução nossa).

Todavia, esse enfrentamento da Corte, principalmente levando em consideração a questão orçamentária e sendo inegáveis as contribuições para uma nova percepção do direito à saúde naquele país, não colocou fim ao problema da judicialização.

Mesmo com a adoção de critérios considerados razoáveis pela Corte, o problema persistiu. Estudos apontam que no período posterior à “Decisão T- 760”, considerando os anos de 2009-2014, não houve uma redução significativa da proporção de tutelas relacionadas à saúde com relação ao total de tutelas, continuando bastante similar ao período que antecedeu a decisão, compreendido pelos anos 1999-2008 (PRADA; CHAVES, 2018).

Conquanto, no período posterior à “Decisão T- 760”, a Colômbia, apesar de adotar a definição de saúde mundialmente estabelecida, assim como o Brasil, ainda estava atrelada a uma definição meramente curativa de saúde e se afastava de considerar o seu aspecto preventivo diante daquele cenário.

Destaca-se, do estudo realizado por Young e Lemaitre (2013, p. 192, tradução nossa), que o período compreendido entre 2009-2010 foi caracterizado por protestos e crises no país. Isso porque, em resposta à decisão do Tribunal, o governo seguiu dez decretos que reformaram o sistema de saúde, em janeiro de 2010, com medidas de austeridade com relação à política orçamentária, revelando um cenário em que empresas manipularam o regime de seguro, ocasionando crises e protestos fiscais (YOUNG; LEMAITRE, 2013, p. 183, tradução nossa).

Diante disso, pelos estudos analisados, percebe-se que o Tribunal colombiano teve grande influência no caminho que seguiu a judicialização da saúde naquele país e que dessa postura decorreram inúmeros problemas. Atrelado a esse fator, não se pode ignorar o plano de fundo dessa situação: a crescente expansão e consolidação do mercado de saúde, sobretudo o mercado farmacêutico.

Em contrapartida, a situação da África do Sul, segundo Young e Lemaitre (2013, p. 187), contrasta com essa situação. Diante disso, cumpre também analisar a política constitucional de saúde na África do Sul e o posicionamento da Corte Constitucional (CCSA).

Estudos indicam que a África do Sul, diferente do que ocorre no Brasil e na Colômbia, tem uma experiência marcada pela baixa justiciabilidade do direito à saúde (YOUNG; LEMAITRE, 2013; LANDAU, 2018, tradução nossa). Essa experiência, segundo Landau (2018, tradução nossa), está relacionada à técnica utilizada pela Corte.

Os estudos realizados sobre a temática sustentam que “a jurisprudência do CCSA sobre o direito à saúde, iniciada seis anos após o do CCC, é marcadamente distinta das medidas estridentes tomadas na Colômbia”. A jurisprudência da Corte sul-africana se tornou objeto de discussão global ao longo dos anos. Estudos mais antigos, dos anos de 2006-2008, de Sarmiento

refutam a possibilidade de se considerar a postura adotada por aquele Tribunal. Todavia, há um crescente número de estudos sobre a sua jurisprudência. Landau (2018, p. 406) considera que parte da notoriedade dos casos sul-africanos decorre da abordagem distinta do Tribunal.

Especificamente, o emblemático caso sul-africano *Soobramoney vs Minister of Health (Kwazulu- Natal)* envolveu a reclamação de um doente crônico e terminal que procurou diálise renal e um hospital público rejeitou o seu pedido com base em um processo de racionamento que favorecia pacientes com chances de recuperação a longo prazo. Soobramoney, por sua vez, sustentou que a recusa o privou de seu direito à vida e que seu tratamento médico era de emergência (CCSA, 1996).

O posicionamento da Corte Constitucional da África do Sul, nesta situação, é o que chama a atenção, vez que afirmou que a diálise renal, contrariamente ao argumento sustentado por Soobramoney, era uma intervenção que prolongava a vida e não um tratamento corretivo imediato. Neste caso, a Corte Constitucional decidiu pela não concessão do tratamento a Soobramoney, admitindo a trágica escolha subjacente ao caso e as implicações para pesar a vida de Soobramoney contra a vida de outras pessoas (CCSA, 1996).

Isso fez com que o país, ao longo dos anos, tivesse uma experiência de baixa justiciabilidade de demandas relacionadas à proteção e promoção da saúde. Assim, no que se verifica, a experiência da África do Sul, de baixa justiciabilidade, apoiou intervenções judiciais limitadas apenas em cenários específicos de saúde, juntamente com algum espaço extrajudicial para negociar políticas de saúde (YOUNG; LEMAITRE, 2013, p. 180).

Há indícios de que essas experiências estão relacionadas ao tratamento das Cortes. Brasil e Colômbia se destacam pela experiência de alta justiciabilidade, estando o Brasil praticamente repetindo a história colombiana. A diferença é que a Colômbia demonstra uma situação de influência política direta que não pode ser ignorada e, diante disso, vem adotando outras estratégias e ações para a solução da problemática. A África do Sul, por sua vez, há muito tempo tem adotado técnicas decisórias que possibilitaram ao país apresentar uma experiência de baixa justiciabilidade, sobretudo pelo posicionamento adotado pelo país.

Nesse sentido, importante clarificar que justiciabilidade corresponde essencialmente à competência constitucional dos Tribunais para julgar uma ação judicial que compele o Estado a ofertar serviços de saúde como um dever correlato ao direito tangível à saúde.

Existem críticas contrárias à justiciabilidade do direito à saúde que giram em torno de menor tangibilidade dos direitos socioeconômicos e mais da competência judicial em termos constitucionais e institucionais. Argumenta-se que déficits históricos dessas competências interagem em diferentes níveis e intensidades, tornando difícil, senão impossível, para os

Tribunais reivindicar as mesmas competências constitucionais e institucionais para decidir sobre questões envolvendo os direitos civis e políticos, a fim de julgar casos sobre direitos socioeconômicos.

Como já abordado anteriormente, a problemática envolta à competência constitucional é ligada à teoria de separação dos Poderes – Executivo e Judiciário. O direito à saúde como direito socioeconômico implicaria em uma separação desses Poderes, como popularizado por Montesquieu no século XVIII. Ao analisar a justiciabilidade do direito à saúde, a questão da competência constitucional não se correlaciona com o impacto dos direitos socioeconômicos na separação de Poderes, pois sabe-se que mesmo os direitos civis e políticos influenciam tal separação.

Quando se busca apoiar a separação de Poderes em democracias liberais, os princípios políticos e constitucionais adjacentes são o de que o orçamento está subordinado ao controle democrático e à transparência. Conseqüentemente, em um sistema político democrático, seria ilegítimo para um órgão, que não é sujeito ao mesmo nível de fiscalização e controle do eleitorado, como o Judiciário, fazer valer sua própria visão do bem público em detrimento do Poder Executivo. Em resumo, sem um mandato constitucional claro, as Cortes estão em águas turbulentas quando julgam direitos socioeconômicos e, mesmo quando há um mandato constitucional, os Tribunais devem ser contidos em relação à sua própria competência para não parecerem prontos a substituir o Executivo ou, pior ainda, a usurpar seu poder.

Adentrando à justiciabilidade consoante as decisões em termos de saúde nos países comparados, é possível verificar que a África do Sul possui uma jurisdição quimérica a fim de testar a justiciabilidade do direito à saúde, isso por quatro motivos que se interligam: 1) o país tem uma Constituição transformadora; 2) esta Constituição tem um compromisso com a igualdade; 3) a importância que a Constituição atribui ao respeito à dignidade humana, visto como parte do respeito à igualdade; e 4) o reconhecimento explícito dos direitos socioeconômicos, incluindo o direito à saúde, como direitos fundamentais aplicáveis.

Consoante a decisão emanada pelo Tribunal sul-africano, nota-se que os direitos socioeconômicos, inclusive o direito à saúde, estão inscritos na Declaração de Direitos da Constituição do país, sendo que a abordagem da Corte Constitucional no julgamento do “Case CCT 32/97”, paradoxalmente, parece transformá-lo em um caso a favor dos defensores do argumento de que os Tribunais não têm competência constitucional e institucional para decidir sobre a alocação de recursos da saúde.

Diante disso, destaca-se que o equívoco da decisão não está no desfecho do caso. A decisão foi correta, dada a escassez predominante de recursos para oferecer um tratamento

prolongado, quando o setor público de saúde tem capacidade para atender apenas 30% da demanda por aquele tipo de tratamento. No caso, o requerente sofria de uma doença renal crônica. Por conta de seu histórico médico e de seu prognóstico, ele não era um candidato a um transplante e precisava de um tratamento vitalício.

O equívoco no julgado consiste no fato de que a Corte Constitucional limitou o papel dos Tribunais na questão sobre a alocação de recursos de saúde e sobre a proteção dos direitos socioeconômicos em geral. A Corte estimou que, uma vez que o Estado declare que os recursos não estão disponíveis, essa afirmação não depende de esclarecimentos, sendo suficiente para resolver a temática. Esse ponto de vista por parte do Tribunal tem a consequência nefasta de fazer com que os direitos socioeconômicos dependam de informações do Poder Executivo, mais do que da decisão do Judiciário, visto que o Tribunal não estaria interessado em investigar se o Poder Público estaria priorizando devidamente a realização do direito requerido, disponibilizando recursos que deveriam estar disponíveis e utilizando estes recursos de forma eficaz.

Nota-se que o caso não abrangeu todas as diretrizes que poderiam ser seguidas para a interpretação dos direitos socioeconômicos, de modo a iluminar e a “africanizar” a jurisprudência e também de modo a orientar as Cortes das instâncias menores, com uma jurisdição para julgar assuntos constitucionais. A Corte não considerou como o direito à saúde ou o direito de acesso aos serviços de saúde foi interpretado nos instrumentos internacionais de direitos humanos. Embora a decisão tenha sido correta, a Corte Constitucional ficou aquém dos avanços em direção a um panorama jurídico mais completo da justiciabilidade dos direitos socioeconômicos.

Ressalta-se, assim, que, ao contrário da decisão sul-africana, na qual se observa um baixo nível de justiciabilidade, na Colômbia, por sua vez, observa-se um alto nível de justiciabilidade. Isso porque a Corte Constitucional precisou desenvolver técnicas e procedimentos a fim de superar diversos problemas estruturais do país. Logo, em razão dos litígios estruturais, a Corte colombiana inovou ao prolatar a sentença dialógica marcada por determinadas características.

As características observadas das decisões colombianas correspondem a traços de objetivos a serem alcançados com o fim de efetivar direitos fundamentais básicos, não só ligados à tutela do direito à saúde. A decisão é firme no sentido de pressionar o funcionalismo público a cumprir as decisões que envolvam diversos grupos da sociedade civil para a deliberação pública e à solução colaborativa.

É possível extrair da decisão colombiana que o ativismo judicial dialógico é capaz de superar o problema estrutural derivado de prolongada omissão estatal, bem como a existência de lacunas legislativas e poucos instrumentos administrativos; eis que a Corte Constitucional dita diretrizes e princípios para fortalecer ou reformular as políticas públicas.

Os doutrinadores colombianos apontam que a principal marca desse ativismo é o diálogo entre as instituições, os Poderes e a sociedade civil. Nota-se que no ativismo judicial dialógico o Tribunal Constitucional passa a acumular a função de mediador autorizado a promover diálogos dirigidos à solução dos problemas estruturais e à corrente violação de direitos humanos, exigindo o envolvimento dos três poderes do Estado.

Diante disso, verifica-se que, para que as decisões da Corte colombiana sejam efetivas, na maioria dos casos é imprescindível a existência de sanções ante o possível descumprimento das decisões, especialmente nos casos de maior gravidade. Todavia, na Colômbia, a Corte aplicou poucas sanções, pois privilegiou a participação construtiva e democrática no processo de acompanhamento, além de estimular indiretamente a indignação e a vergonha pública das violações aos direitos humanos em audiências públicas, usando o poder brando da persuasão e da transparência.

Comparando as decisões da África do Sul e da Colômbia com a situação brasileira, nota-se que no Brasil não se observa um nível de justiciabilidade tão baixo quanto na África, contudo, muito aquém se comparado à Colômbia. Talvez, isso se deva ao fato de que o Brasil está muito mais ligado ao modelo norte-americano de ativismo, além de ser notável a politização das decisões judiciais brasileiras, especialmente nos casos envolvendo o direito à saúde.

Entretanto, não se pode perder de vista que historicamente o modelo constitucional brasileiro se limitava a afastar do ordenamento jurídico as normas inconstitucionais, sendo impedido de inovar na ordem jurídica, ainda que fosse para estender a força normativa da Constituição e a efetividade na garantia dos direitos fundamentais, sendo que isso vem mudando ao longo desses últimos anos, como evidenciado na decisão analisada proferida pela Corte Superior brasileira.

Com a renovação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e a evolução do embate teórico de repercussões práticas, políticas e institucionais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem desenvolvendo a dimensão metodológica do julgador como legislador positivo. O Ministro Gilmar Mendes propõe dinâmica decisória dirigida à superação completa da postura de autorrestrrição metodológica e processual, atuando de forma mais liberta das restrições da literalidade das leis impugnadas e amplificando os efeitos e a utilidade de algumas ações. Quanto a inúmeras questões, especialmente *hard cases*, a solução jurídica não se

encontra clara e evidente no ordenamento jurídico. Exige que seja “construída argumentativamente pelo juiz, a quem caberá formular juízos de valor e optar por uma das soluções comportadas pelo ordenamento”, conforme os deveres de justiça, integridade e coerência.

Dessa forma, é notória “a mudança da autopercepção do juiz acerca da natureza e da extensão das suas funções”. A jurisdição constitucional ganha novo relevo diante das demandas sociais de um Estado cada vez mais complexo, expondo um direito principiológico em sintonia com a ordem jurídica e a sociedade, bem como a falência da exclusividade do direito legislado.

Não há como negar que o Brasil passa por um movimento de transformação, inclusive pode-se evidenciar no voto do Ministro Luís Roberto Barroso em sede de ADPF nº 397, importando a decisão colombiana ao reconhecer que o Brasil possui um conjunto de omissões estatais que faz com que se tenha um estado de inconstitucionalidade por falha estrutural do sistema.

Consoante a essa problemática, o próximo capítulo buscará projetar uma alternativa de como o Estado brasileiro pode superar a problemática envolta do ativismo judicial quanto à afronta à Teoria de Montesquieu da Separação dos Poderes e, ao mesmo tempo, garantir maior efetividade a esse direito, sem que o sistema judiciário seja soterrado pelas demandas envoltas à tutela da saúde.

#### **4. (DES)JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE ATRAVÉS DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

O presente capítulo buscará permear o tema central deste estudo, qual seja, os métodos alternativos de resolução de conflitos e em como eles podem impactar no fenômeno da judicialização da saúde.

Esses mecanismos pretendem evitar a abertura de processos judiciais de caráter contencioso e pôr fim àqueles iniciados ou reduzir o seu alcance. Assim, os Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos (MARC)s representam um esforço em todos os níveis para gerar um efetivo acesso à justiça e um novo mecanismo que pode ser considerado e tenha o mesmo valor que os Tribunais.

A jurisdição não contenciosa passou a ter uma importância ímpar com o advento do Código de Processo Civil de 2015, de modo que alguns Tribunais brasileiros já se dispõem a oferecer esses mecanismos também para a efetivação do direito à saúde.

Dessa forma, na busca por soluções, muitas vezes, as respostas ou, ao menos, as propostas de novas alternativas apontam para a utilização e a disponibilização de mecanismos institucionais diversos daqueles dos meios judiciais. Outrossim, objetiva-se neste capítulo averiguar a existência, no Brasil, de iniciativas institucionais de aplicação da mediação como meio para resolução de conflitos na área de saúde.

#### 4.1 Conciliação e Mediação na área da Saúde

Diante do apresentado, vislumbra-se que as demandas que tratam do direito à saúde passaram a aumentar cada vez mais nos últimos anos, até mesmo diante das diversas políticas públicas na área, assim como diante do avanço da Medicina e da legislação referente ao assunto.

Na verdade, todos os efeitos desse direito básico fluíram para o Judiciário, tema que este estudo tenta elaborar. Portanto, a judicialização da saúde conflita com os direitos básicos de acesso à justiça e celeridade dos procedimentos, pois, conforme retratado, em função da sobrecarga, muitas pessoas acabam morrendo enquanto aguardam a resolução do conflito com o ente estatal.

Nesse sentido, o direito à tutela jurisdicional deve ser analisado através de 3 (três) perspectivas essenciais: a) o acesso à justiça; b) adequação da tutela; e c) efetividade da tutela. Assim, não basta que se declarem direitos, mas devem existir meios que propiciem a realização de procedimentos adequados e efetivos para garantir tais direitos.

Para Santos (2007, p. 42), com a conquista de novos direitos sociais, culturais e econômicos e a consequente expansão do Estado de Bem-Estar, a ampliação da Constituição ocorrida após a Segunda Guerra Mundial levantou a questão do acesso à justiça a uma conexão que proporcionaria justiça para a ação. Do contrário, a impossibilidade de acesso à justiça significa rejeitar toda e qualquer justiça desde o início. O autor também acredita que o processo não pode ser reduzido às dimensões iminentes da tecnologia e da neutralidade social e que as

funções sociais e a forma como as escolhas tecnológicas trazem consequências às partes envolvidas na disputa devem ser investigadas, limitando, assim, a necessidade.

Com efeito, a concretização do Estado de Bem-Estar e dos direitos sociais torna os órgãos estatais responsáveis pela garantia desses direitos, pelo que o acesso efetivo à justiça é considerado um requisito básico. Para Cappelletti e Garth (2015, p. 13), a justiça pode ser explicada por movimentos contínuos que coexistem em harmonia no tempo e se utilizam para gozar plenamente do direito universal à justiça.

Verificou-se a constatação de 3 (três) campanhas judiciais, ou seja, a primeira solução garantida, nomeadamente o aconselhamento jurídico, corresponde a ajudar as pessoas em dificuldade financeiramente (justiça gratuita), sendo a segunda campanha a reforma da representação legal e a terceira, os movimentos de interesses descentralizados, caracterizados por formas alternativas de resolução de conflitos.

Em primeiro lugar, é importante explicar brevemente como essas campanhas envolvendo assistência judiciária ocorrem de forma sistemática. No entanto, segundo o autor, a assistência judiciária aos mais necessitados, o movimento para obter justiça pela primeira vez, é, na verdade, “o primeiro esforço importante para aumentar o acesso à justiça nos países ocidentais, com enfoque mais abrangente na prestação de serviços jurídicos aos ‘pobres’” (CAPPELLETTI; GARTH, 2015, p. 16).

Já quanto ao segundo movimento, inerente à representação dos direitos difusos, estes, por sua vez, têm como termo inicial a Revolução Francesa, em 1789. Apesar de ser considerado relativamente novo pela sistemática legislativa atual, caracteriza-se pela indefinição da titularidade e da indivisibilidade do direito perseguido.

Consequentemente, o terceiro movimento correspondente ao acesso à justiça e diz respeito à representação legal. É um novo enfoque que deve ser levado a efeito fora do circuito jurisdicional. Isso porque, assim como surgiram direitos materiais de terceira geração conforme defende Bobbio (2004, p. 26), também surgiram direitos como a participação na decisão do conflito e no acesso à justiça, que se constituem em direitos processuais de terceira geração (CAPPELLETTI; GARTH, 2015, p. 23).

Neste interim, o conceito de mediação, segundo a Diretiva 2008/52 da Comunidade Europeia, é “um procedimento estruturado, seja qual seja seu nome ou denominação, em que dois ou mais partes em litígio tentam voluntariamente alcançar por si mesmos um acordo sobre a resolução de um litígio com a ajuda de um mediador”.

Para Vazques de Castro (2010, p. 46), a maneira de resolver conflitos por meio da autocomposição, em que as partes contam com um terceiro neutro, mas que pode desempenhar um papel ativo no processo de adoção de acordos no sentido de superar o litígio é a mediação.

A mediação, como método de gestão pacífica de conflitos, pretende evitar a abertura de processos judiciais de caráter contencioso e pôr fim àqueles iniciados ou reduzir o seu alcance. Assim, a mediação é espécie do gênero Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos (MARC) e representa um esforço em todos os níveis para gerar um efetivo acesso à justiça, representando um novo mecanismo que pode ser considerado e tenha o mesmo valor que os Tribunais.

Como narrado, os Tribunais estão sobrecarregados e demonstram que este modelo de resolução de disputas encontra-se esgotado, sendo necessárias buscas alternativas.

A mediação é um processo privado, voluntário, confidencial e informal em que as partes podem discutir seus conflitos. A conversa pode ser facilitada por uma terceira pessoa neutra que ajuda as partes na obtenção de uma resolução do conflito (STOLLER, 2008, p. 63).

Coerentemente, pode-se apontar que

o direito de acesso ao Direito, pilar fundamental do Estado de Direito, vem sofrendo profundas transformações. Deixou de ser um direito de acesso ao Direito através do direito de acesso aos tribunais para passar a ser um direito de acesso ao Direito, de preferência sem contato ou sem passagem pelos tribunais (CEBOLA, 2013, p. 273).

Reconhecido o direito de acesso à justiça como um direito a recorrer a todos os meios legítimos, legais e válidos para solucionar conflitos, sejam judiciais ou extrajudiciais, resta analisar se esta orientação contraria a Carta Brasileira de 1988, na intenção de saber se tais modelos alternativos de resolução de conflitos estão albergados na Constituição.

Ante a previsão do artigo 5º, XXXV (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), que implica o poder de acudir-se de um Tribunal para a resolução de um conflito jurídico, é oportuno questionar se nesse contexto há admissibilidade dos meios extrajudiciais.

O fato é que os MARCs representam a adesão à cultura da pacificação, em oposição à cultura hoje existente em torno da necessidade de uma decisão judicial para que a lide possa ser resolvida. Isso porque a solução pacífica é sempre preferível, inclusive economicamente, deixando para trás a busca do aparato judicial. Há uma atmosfera favorável para os MARCs, entendidos como instâncias legitimadas para a solução de conflitos pelo próprio meio social, gerando maior conscientização política e participação popular. Boaventura Santos (2007, p. 157) costuma afirmar que “não me parece tão pouco que esses mecanismos de resolução dos

litígios à margem do controle do Estado sejam intrinsecamente negativos ou atentatórios da democracia. Podem, pelo contrário, ser agentes de democratização da sociedade”.

Desse modo, tem-se três formas de resolver os conflitos: a) as resoluções estatais ou a heterocomposição dos conflitos, como hoje são conhecidas as decisões judiciais; b) as resoluções estatais negociadas com as partes ou a autocomposição, realizada no âmbito jurisdicional, prévia ao início do processo ou no âmbito de órgãos auxiliares da justiça, como o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia Geral da União; e c) a resolução dos conflitos ou autocomposição dos conflitos, em âmbitos extrajudiciais, privados ou não.

Segundo Martins (2008, p. 66), o conhecimento dos métodos alternativos de resolução de conflitos se apresenta superficial e confinado no compartimento de uma disciplina do conhecimento, requerendo se expandir para novas plataformas sociais, políticas e jurídico-culturais. Assiste razão à autora, especialmente diante do fenômeno da judicialização no campo da saúde, que além de ser um movimento que assoberba o próprio Poder Judiciário, tem encontrado no setor da saúde um campo fértil para solapar todo o planejamento do Sistema Único que o organiza.

No Brasil, os litígios em matéria de saúde que possuem mais evidência são aqueles em que o acesso é o objeto material da demanda. De um lado, está o cidadão enfermo, demandando ações ou insumos de saúde contra o Estado provedor de serviços públicos de saúde, que, por razões de ausência do serviço ou não previsibilidade do mesmo em políticas públicas, deixa de oferecer. Trata-se de um “enfrentamento social” que ganhou proporções epidêmicas e que os mecanismos clássicos de resolução dos conflitos acabaram por produzir externalidades negativas para o SUS, já debilitado por razões diversas.

A questão ganha maior importância frente à Resolução nº 125 do CNJ, conhecida como Política Judiciária Nacional, a qual, além da mediação, prevê o movimento pela conciliação.

Desde 2006, a Secretaria de Reforma do Judiciário (SRJ), do Ministério da Justiça, em ação conjunta com o CNJ, vem capacitando mediadores por meio da Escola Nacional de Mediação e Conciliação (ENAM), com o intuito de realizar uma transformação da sociedade brasileira no sentido de criar a cultura do consenso e da cooperação na composição das disputas, aceitando-se um polissêmico conceito de justiça. Os sucessivos cursos de mediadores são voltados para operadores do direito, membros da academia e da sociedade civil.

A mediação pode ser um modelo alternativo de resolução de conflitos na área da saúde. As relações em saúde transcendem a ótica bilateral do médico com o paciente, para envolver muitos outros atores presentes em um sistema de saúde, daí advindo conflitos de toda a ordem, internos e externos ao sistema, criando condições para a judicialização. Conflitos internos,

como os assistenciais e organizativos, e conflitos entre profissionais geram desgastes e judicialização excessiva.

Assim, para além da resolução dos conflitos pela mediação e conciliação, é possível também antever os conflitos, precavendo-se de seus efeitos, por intermédio da construção e permanente atenção ao mapa dos conflitos no âmbito do SUS, fazendo com que o sistema deixe de operar apenas quando o conflito já está instaurado – demandando até mesmo mais recursos orçamentários por parte do ente estatal –, e propiciando um movimento de paz, celeridade, humanidade e conseqüente redução de custos.

Para tanto, é preciso inculcar uma nova prática, uma nova cultura no âmbito do SUS. Uma vigilância permanente dos conflitos na área da saúde, que pode ocorrer de muitos modos. A construção de núcleos de mediação no âmbito das Secretarias de Saúde, em todos os níveis, para operar a mediação interna ao sistema e externa com seus usuários, há de ser um novo paradigma a substituir a litigância e a judicialização.

Podem ser mediadores profissionais distintos dos operadores do direito, o que é altamente recomendável, em vista das questões especializadas, como as que podem surgir no âmbito da saúde. Disseminando esse conhecimento para os demais profissionais no âmbito do SUS, será estabelecida uma nova e importante mudança de cultura dentro do sistema da saúde.

Recomenda-se também aos órgãos do Poder Judiciário, os quais têm se esforçado enormemente para diminuir a litigância na saúde, que implementem, igualmente, a conciliação prévia, como já previsto no Código de Processo Civil, bem como a Defensoria Pública que invista com mais ênfase nessa processualística de resolução dos conflitos sanitários.

Nessa busca por soluções, muitas vezes, as respostas ou, ao menos, as propostas de novas alternativas apontam para a utilização e a disponibilização de mecanismos institucionais diversos daqueles dos meios judiciais. Outrossim, objetiva-se nesta pesquisa averiguar a existência no Brasil de iniciativas institucionais de aplicação da mediação como meio para resolução de conflitos na área de saúde.

A mediação e a arbitragem apresentam vantagens em relação ao procedimento judicial. Esses benefícios não se limitam apenas à questão da rapidez na solução do conflito, vez que a morosidade do Judiciário costuma ser um dos principais problemas apresentados, mas incluem ainda vantagens na redução dos custos e, principalmente, na manutenção das relações entre as partes conflitantes.

Em paradigma, essa busca por meios não estatais/judiciais para solução de controvérsias, no âmbito da União Europeia, tem importante norma na Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, que trata da mediação em matéria civil e comercial. A

norma citada, no Item 6 de seus considerandos, explica que a “mediação pode proporcionar uma solução extrajudicial rápida e pouco onerosa para litígios em matéria civil e comercial através de procedimentos adaptados às necessidades das partes”, expondo, assim, os aspectos acerca da eficácia e do baixo custo da mediação. Ainda, a mesma norma faz alusão à cultura da paz, que pode ser disseminada por meio da adoção da mediação, ao expressar que é “mais provável que os acordos obtidos por via de mediação sejam cumpridos voluntariamente e preservem uma relação amigável e estável entre as partes”.

Os apontamentos anteriores corroboram a noção de que a solução de controvérsias fora do meio judicial, embora não seja um fenômeno recente, passa por um processo de regulação e institucionalização em âmbito mundial. Nesse sentido, Santos (2007, p. 98) entende que “o florescimento internacional da arbitragem e dos mecanismos conhecidos em geral por *Alternative Dispute Resolution (ADR)* são a manifestação mais concludente das transformações em curso nos processos convencionais de resolução de conflitos”.

Dentre os diferentes temas e assuntos que podem ser objeto de MARCs, está o acesso à saúde ou as disputas envolvendo questões de saúde. Para Darr (1994, p. 23), a utilização destes métodos na área de saúde traz vantagens, como a privacidade dos procedimentos, o baixo custo econômico, a rapidez de resultados e, ainda, a possibilidade de se manterem relações abaladas pela discussão do direito em disputa.

No Brasil, segundo Grinover (2016, p. 31), os marcos regulatórios que disciplinam os métodos consensuais são três: (a) a Resolução nº 125/2010, do CNJ; (b) a Lei nº 13.105/2015 (CPC); e (c) a Lei nº 13.140/2015, que trata da mediação. Também por aqui se tem usado a mediação como alternativa para a solução de conflitos na área de saúde.

Assim, a mediação e a conciliação são formas de autocomposição pelas quais um terceiro intercede promovendo a discussão do conflito entre as partes na tentativa de se construir a melhor solução da disputa, podendo se dar no âmbito judicial ou extrajudicial, como meio alternativo de solução de conflitos. Todavia, caberá analisar de forma mais minuciosa cada um desses institutos e seus impactos na judicialização da saúde.

A Lei nº 13.140, em seu art. 1º, dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e no âmbito da Administração Pública. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia (BRASIL, 2015).

Sales e Rabelo (2009, p. 75-88) conceituam a mediação como um meio não adversarial de solução de conflitos marcado pela interação de um terceiro. Os principais objetivos da

mediação seriam a restauração da comunicação e a facilitação do diálogo, a busca pela solução dos conflitos e a prevenção da má administração dos conflitos, uma vez que incentiva a avaliação das responsabilidades de cada parte naquele momento e estimula a cultura da comunicação pacífica.

Na mediação, não se busca aferir responsabilidades, definir quem está certo ou errado; o que importa é restabelecer o diálogo e, assim, firmar um pacto, um acordo, possível pela ressignificação de fatos e condutas, que permita a pacificação da convivência entre as partes, prevenindo novos conflitos (JESUS, 2017, p. 47-53).

Há na mediação uma quebra de paradigma social na medida em que o cidadão, antes acostumado a atribuir ao Estado à resolução de seus conflitos, com a prática da mediação, passa a exercer autonomia para gerir seus conflitos, fomenta a inclusão e a emancipação social e transforma a cultura política de sujeição em cultura política de participação. Dessa forma, o sentimento de inclusão promove uma mudança de cultura que estimula a participação ativa das pessoas na solução individual e, conseqüentemente, na coletiva (SALES; RABELO, 2009, p. 75-88).

A mediação demanda uma atuação proativa das partes interessadas, razão pela qual ganham força não só o contraditório participativo, como também os princípios da cooperação e da colaboração. Esses princípios estabelecem a necessidade de participação das partes na construção da resolução da lide. No caso da mediação, eles ganham ainda mais força porque são as próprias partes que, em conjunto, darão uma solução para aquela disputa, através da celebração de um acordo por elas elaborado (com o auxílio do mediador) (PINHO; ALVES, 2015, p. 55-70).

Imprescindível destacar que é importante que o mediador seja qualificado para bem desempenhar seu papel, visto que não lhe cabe exercer juízo de valor sobre as questões debatidas ou assumir papel de árbitro ou juiz. Dotado de humildade, seu atuar deve permitir que os envolvidos estejam à vontade para se despir do conteúdo emocional da contenda e, dessa forma, encontrar o ponto de equilíbrio entre os interesses defendidos (JESUS, 2017, p. 47-53).

O mediador será designado pelo Tribunal ou escolhido pelas partes e poderá atuar no conflito no âmbito judicial ou extrajudicial. Em regra, a mediação é um procedimento extrajudicial; ocorre antes da procura pela adjudicação. Contudo, nada impede que as partes, já tendo iniciado a etapa jurisdicional, resolvam retroceder em suas posições e tentar, uma vez mais, a via conciliatória (PINHO, 2011, p. 219-235).

Conforme a Lei nº 13.140, poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo

Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) ou pelos Tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo CNJ em conjunto com o Ministério da Justiça (BRASIL, 2015).

Como mediador extrajudicial, poderá atuar qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

Em contrapartida, a conciliação consiste na participação de um terceiro imparcial, que atua de modo ativo para a delimitação da autocomposição, podendo, inclusive, sugerir soluções concretas para o caso, não sendo pertinente, é claro, que se imiscua em toda extensão da celeuma, mas, sim, que encontre uma solução para aquele conflito (JESUS, 2017, p. 25).

A conciliação é uma forma de resolução de controvérsias administrada por um conciliador indicado ou aceito pelas partes. Esse conciliador deve ser um terceiro imparcial, com competência para aproximar as partes, controlar as negociações, “aparar as arestas”, sugerir e formular propostas, apontar vantagens e desvantagens, objetivando sempre a resolução do conflito (SALES; RABELO, 2009, p. 75-88).

Diferentemente da mediação, mecanismo que exige a gestão do conflito pelas próprias partes, onde o mediador apenas auxilia as pessoas em conflito a identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo, o conciliador tem a prerrogativa de poder sugerir um possível acordo, ou seja, opinar acerca de qual seria a melhor solução para a controvérsia.

Além disso, a mediação visa resolver, da forma mais abrangente possível, o conflito entre os envolvidos. Por sua vez, a conciliação é um procedimento mais célere. Dessa forma, contenta-se em resolver o litígio conforme as posições apresentadas pelos envolvidos.

Assim como o instituto da mediação, no direito brasileiro, atualmente, coexistem dois tipos de conciliação: a conciliação judicial e a conciliação extrajudicial ou administrativa. Portanto, tais instrumentos alternativos podem solucionar os conflitos antes mesmo destes chegarem ao Poder Judiciário, mas deve ficar claro que o meio consensual é uma opção; não pode ser, em nenhuma hipótese, imposto aos envolvidos.

A probabilidade de se alcançar a aderência dos sujeitos ao estabelecido em soluções concretizadas mediante o diálogo entre as partes é muito maior do que nos casos resolvidos por um juiz, sobretudo porque, não raro, o demandante se satisfaz apenas com um pedido de retratação ou com o reconhecimento do atuar equivocado pela outra parte (JESUS, 2017, p. 46). Dessa forma, várias são as legislações que estimulam a resolução dos conflitos através dos instrumentos consensuais.

O Código de Ética e Disciplina do Advogado descreve, em seu artigo 2º, parágrafo único, que são deveres do advogado: “[...] VI – estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios” (OAB, 1995, p. 2).

A Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) afirma que os Juizados Especiais Cíveis são competentes para realizar a conciliação das partes (BRASIL, 1995). A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) previu a existência de Juntas de Conciliação e Julgamento (BRASIL, 1943) e a Lei nº 9.958/2000, alterando e acrescentando artigos à CLT, estatuiu que “as empresas e os sindicatos podem instituir Comissões de Conciliação Prévia” (BRASIL, 2000).

Por fim, o Código de Processo Civil, em seu art. 174, e a Lei nº 13.140, no art. 32, consagram que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo (BRASIL, 2015). A Lei da Mediação, que entrou em vigor em dezembro de 2015, dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

No desiderato de conter o excesso de judicialização de demandas envolvendo a Administração Pública e, por conseguinte, conferir maior agilidade ao Poder Judiciário, as legislações supracitadas regulamentaram a autocomposição de conflitos em que seja parte pessoa jurídica de direito público, facultando aos entes federativos a possibilidade de criarem câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos órgãos da Advocacia Pública (JESUS, 2017, p. 47-53).

Nos últimos anos, observa-se um crescente estímulo à utilização de instrumentos de resolução consensual de conflitos, como a mediação e a conciliação, seja no próprio Poder Judiciário ou no âmbito extrajudicial. Nesse sentido, estão sendo criadas câmaras administrativas, ligadas a entes federativos ou órgãos públicos, como as Defensorias Públicas e Procuradorias Estaduais ou Municipais, tendo como objetivo dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da Administração Pública por meio da composição extrajudicial do conflito.

Além disso, é importante notar a escalada de questões e mudanças que têm efeitos diretos, e muitas vezes negativos, nas experiências dos pacientes e suas interações com o setor de saúde, desembocando no sistema de justiça. Esse conflito reduz a qualidade desse atendimento e aumenta o custo, colocando em segundo plano as metas de eficácia e eficiência. Isso abre um espaço particularmente favorável para novas formas de gestão construtiva de conflitos (ou seja, negociação, mediação e reconciliação entre profissionais de saúde, usuários e seus familiares e demais envolvidos) para mitigar os efeitos adversos dessas conjunturas.

Diante disso, a relação entre direito e medicina está longe de ser harmoniosa. Portanto, os locais de garantia e uma cultura de responsabilidade precisam ser incentivados. Neste ambiente de tomada de decisão complexa, autoridade desacreditada e implicações sociais muito importantes, é necessário promover métodos de prevenção e gestão construtiva de conflitos, semelhantes ao que está acontecendo em outros setores da sociedade, mas adaptados às recomendações do setor da saúde.

Considerando que a saúde tem sido descrita como um sistema adaptativo complexo, não surpreende que os conflitos nesta área tenham se tornado particularmente agudos e apresentem muitas dificuldades de resolução. A saúde é um setor vulnerável e, apesar dos avanços indiscutíveis na ética, está longe de ser um equilíbrio que proporcione mais segurança sobre a eficácia da mudança de comportamento individual e organizacional.

Para superar os desafios que surgem, é necessário corrigir os desequilíbrios de poder e conhecimento entre pacientes e profissionais de saúde, e entre estes e gestores, para que o setor possa se beneficiar dessas correções. É um processo cultural em que a educação desempenha um papel muito importante para permitir que o conhecimento científico, organizacional e empírico seja adequadamente expresso. A presença de práticas funcionais para prevenir e gerenciar conflitos pode potencializar o resultado das disputas que ocorrem e desenvolver um ambiente organizacional mais saudável.

Busca ir além de práticas como a obtenção do consentimento informado, elemento essencial na intervenção e na pesquisa em saúde, mas as dificuldades e questões que levanta não foram adequadamente investigadas. A mudança cultural necessária envolve o desenvolvimento de habilidades e integração de equipes colaborativas, estratégias de comunicação, liderança esclarecida, processos construtivos de gestão de conflitos e maior diálogo entre todas as partes.

Num cenário de globalização, é de se esperar que a interdependência entre envolvidos tenha importantes consequências nas dinâmicas de profissionais, quer individualmente, quer em grupo. A interdependência é um dos focos possibilitadores de conflitos. Com as sociedades cada vez mais “abertas” e com uma maior interdependência entre organizações e grupos, o fenômeno conflitual transformou-se em algo inteiramente estrutural das nossas vidas.

As diferentes organizações na área da saúde sentem, com cada vez mais premência, a necessidade dos seus colaboradores possuírem instrumentos eficazes para lidar com contendas, de forma a responderem à cada vez maior pluralidade de personalidades e de situações de divergência interpessoal e à necessidade imperiosa de construção da paz nos diferentes contextos que constituem a saúde.

Quando se fala em conflito interpessoal, é essencial possuir uma abordagem ampla e plural para procurar uma tentativa de delimitação do conceito. Embora o conflito venha a ser estudado por diversas ciências do conhecimento humano, destaca-se a abordagem psicossocial da complexidade inerente ao próprio fenômeno e o fato de que, desde sempre, os seres humanos, pertencentes a comunidades de maior ou menor dimensão, se viram compelidos a lidar com conflitos consigo mesmos e com o outro.

Apesar dos numerosos desafios com que atualmente se defrontam os profissionais de saúde, muito poucos estão familiarizados com as competências e os processos necessários para negociar conflitos no seu ambiente de trabalho. Há um esforço educativo que deve ser estimulado não só para a área da saúde como para a do direito. Este esforço multidisciplinar promete melhor futuro, tornando-se indispensável a possibilidade de criar novos conhecimentos, o que concede à investigação uma importância fundamental.

Na área da saúde, a investigação multidisciplinar de natureza socioprofissional e econômica, sendo uma área vasta, terá de contar com o maior envolvimento dos profissionais mais diretamente ligados à saúde e os contributos das ciências humanas e sociais.

O treino dos profissionais em comunicação, trabalho de equipe e técnicas para aprender com os erros poderão contribuir para que os conflitos possam ser mais eficazmente resolvidos, facilitando um diálogo mais profícuo com os doentes e no qual todas as partes envolvidas se sintam ganhadoras, pois os acordos estabelecidos permitem integrar os interesses dos vários envolvidos.

Situa-se, aqui, na gestão construtiva e eficaz de conflitos, a qual aposta numa mudança ao nível macro da organização, focalizando-se no conflito substantivo e minimizando o conflito afetivo nos níveis individual, grupal, intergrupal e organizacional, o que implica em alterações na liderança, na cultura e no desenho da organização.

Apenas como contraponto, lembra-se que a abordagem tradicional de conflitos não questiona se a estrutura ou os processos organizacionais estão na origem de uma determinada situação litigiosa, procurando resolvê-la ou reduzi-la através de uma atuação ao nível micro do sistema.

Não é possível equacionar um programa de gestão eficaz de conflitos se as questões das reações e das rotinas defensivas – características da visão do antigo paradigma sobre intervenção em conflitos – não forem objeto de reconhecimento e de confrontação.

As estratégias clássicas de gestão de conflitos, ainda muito existentes nos dias na saúde, têm negligenciado estas duas importantes questões, o que tem conduzido a que as organizações

não possuem, em muitos casos, uma cultura que desenvolva o processo de solução de problemas, típico de uma cultura de paz, solução e negociação.

Definir negociação significa ter presente que se capitalizam os meios de resolução de um problema através do diálogo e de forma civilizada. A negociação procura solucionar o conflito, de forma que a solução encontrada se revele satisfatória para todos os implicados. Consiste num processo de resolução de um conflito entre duas ou mais partes opostas, mediante o qual todas as partes alteram as suas exigências, com vistas a alcançarem um compromisso sentido como aceitável por todas.

Apesar de tudo, nem sempre se torna possível resolver um conflito mediante a negociação, uma vez que existem conflitos que não podem e nem devem resolver-se mediante a via negocial.

De qualquer modo, uma negociação, mediação e/ou conciliação adequadas podem permitir rápida e eficazmente uma melhor resolução dos conflitos, revelando-se estratégias mais funcionais face às alternativas mais dolorosas, mais caras e mais difíceis. O objetivo principal, tanto da negociação direta como da negociação assistida por um terceiro (a mediação e a conciliação), é, pois, explorar opções que facilitem soluções bilateralmente construtivas.

Nesse sentido, a mediação é um processo que valoriza a condição humana e favorece a produção de mudança através de uma terceira parte (o mediador). Quando a negociação não é exequível, a mediação surge como uma alternativa credível que proporciona resultados satisfatórios, de forma que os intervenientes desenvolvam autonomamente vias para lidarem com as tensões inerentes à sua interligação (e não meramente procurarem acordos que finalizem uma controvérsia pontual).

Por sua vez, a conciliação constitui um meio informal de resolução extrajudicial de conflitos, centrado na tentativa das partes de encontrarem uma solução para o litígio existente, recorrendo ou não a um terceiro interveniente. Existindo um terceiro interveniente, este conduzirá o processo conjuntamente com as partes para que atinjam, de forma voluntária, um acordo, sem haver a necessidade de recurso a outras instâncias.

A terceira parte promove uma solução célere para a gestão do mesmo, adotando uma posição ativa, podendo apresentar sugestões e recomendações. A conciliação é um meio de resolução que antecede geralmente a via arbitral.

As vias da negociação, da mediação e da conciliação – que constituem processos de regulação social, com crescente prestígio – estimulam o desenvolvimento da melhoria contínua da qualidade e evitam o dispêndio de energias em tarefas de menor interesse.

A gestão de conflitos na saúde é uma área que não para de crescer. Os processos de negociação, mediação e conciliação podem dar a ambas as partes um sentido de ultrapassagem do conflito, ajudando a aliviar o sentido bilateral dos agravos. Cria-se, assim, um clima de ausência de vencedores ou vencidos.

As partes atenuam comportamentos de confrontação e, no final, surge uma sensação de autorrealização, evitando disputas médico-legais ou outras, sempre indesejáveis, onerosas e penosas. De fato, mesmo quando a gestão construtiva de conflitos não é bem-sucedida, tem resultados positivos para todos os envolvidos no processo, mais ainda num cenário de diversidade cultural, linguística e socioeconômica a que se assiste.

Em consonância, o fenômeno conhecido como judicialização da saúde – entendido como “o envolvimento do Poder Judiciário na esfera política” – não é novo e é estudado desde a década de 1990, a partir dos primeiros processos judiciais envolvendo o fornecimento de medicamentos para o tratamento de HIV/AIDS.

Por sua complexidade e abrangência, envolvendo diversas áreas do conhecimento jurídico, o tema é discutido sob diferentes enfoques, como: (a) a possibilidade da justiciabilidade de direitos sociais; (b) a judicialização promover o antagonismo do direito social contra os pobres; (c) o interesse da indústria farmacêutica na distribuição de medicamentos de alto custo; (d) as falhas no SUS, entre outros.

Nesse contexto de judicialização crescente de direitos sociais, algumas iniciativas têm sido buscadas e implementadas com a finalidade de diminuir o número de demandas envolvendo o tema, usando, em especial, alguma forma institucionalizada de mediação.

É possível vislumbrar exemplos da aplicação dos meios de resolução de conflito em vários Estados brasileiros, como no Estado de Minas Gerais, onde o Ministério Público, por meio do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça e Defesa da Saúde (CAO/Saúde), tem promovido ações de mediação com o fito de realizar encontros entre o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública, gestores e conselheiros municipais, entidades do terceiro setor e pessoas da comunidade a fim de discutir questões relacionadas à saúde individual ou pública.

Segundo Assis (2013, p. 3), a mediação sanitária é uma proposta institucional criada pelo Ministério Público de Minas Gerais “que visa discutir os desafios (problemas-causas) coletivos de saúde, no âmbito micro ou macrorregional, a partir do seu ativismo em uma agenda que possa envolver todos os atores do Sistema, jurídicos ou não”.

A idealização da mediação na área da saúde parte da percepção de duas situações político-institucionais: (a) o impacto negativo da judicialização da saúde no orçamento e no

planejamento coletivo da saúde; e (b) a “necessidade da (re)organização das ações e serviços de saúde, no âmbito regional, de forma solidária e não solitária, com participação democrática, visando a elaboração desse mesmo planejamento de saúde numa perspectiva integrada e regional” (ASSIS, 2013, p. 3). A mediação pode ocorrer tanto em assuntos de saúde pública como em assuntos de natureza suplementar em que estejam envolvidos interesses tutelados pelo Ministério Público.

No Distrito Federal, a Camedis, instituída por ação conjunta da Secretaria de Estado de Saúde e da Defensoria Pública do Distrito Federal, tem como missão “buscar a solução às demandas por serviços e produtos de saúde no intuito de evitar ações judiciais e propor soluções para aquelas em trâmite”.

Trata-se de um espaço de mediação em que a Defensoria Pública do Distrito Federal atua como mediadora nas questões envolvendo algum conflito entre cidadãos e a Secretaria de Saúde. Ainda, a Camedis é responsável pela mediação inerente às demandas por serviços ou produtos de saúde oferecidos pelo SUS no Distrito Federal. A Camedis conta com um cronograma de reuniões periódicas, sendo que, além da Defensoria Pública e da Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, ainda poderão ser chamados para participar órgãos ou entidades da Administração Pública, Ministério Público, entes privados nacionais e internacionais e instituições de ensino.

No Cirads, por meio de ação conjunta, a Procuradoria da União no Rio Grande do Norte, a Defensoria Pública da União, procuradores estaduais e municipais e Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde visam a solucionar, administrativamente, demandas envolvendo o cidadão e o SUS. A mesma iniciativa tem sido estendida a outros estados, como Pará e Bahia.

O Cirads busca a solução administrativa dos conflitos na área de saúde, por meio da análise de casos concretos em que o cidadão não conseguiu resolver sua pendência diretamente com o SUS. Assim, o Cirads busca dar suporte administrativo a questões que podem ser resolvidas extrajudicialmente, evitando a judicialização e oferecendo alternativas àqueles conflitos já judicializados.

Para Delduque e Castro (2015, p. 510), a adesão a meios alternativos de solução de conflitos, especialmente a mediação, busca realizar “uma lenta transformação da sociedade brasileira, no sentido de criar a cultura do consenso e da cooperação na composição das disputas, aceitando-se um polissêmico conceito de justiça”. Ainda para os mesmos autores, a mediação na área da saúde se apresenta como uma possibilidade de discutir as relações diante da natureza do tema envolvido – que transcende a ótica bilateral da relação entre médico e paciente, envolvendo vários outros indivíduos, instituições e interesses.

Entretanto, essa transformação que se espera da mediação como solução pacífica de conflitos e a conseqüente diminuição da judicialização da saúde não devem ser realizadas de forma generalizada e muito menos desacompanhadas de criteriosa fiscalização por instituições de caráter imparcial e comprometidas com o acesso e a realização da justiça. Se é certo que a judicialização da saúde traz conseqüências deletérias para o Estado e para a sociedade, também não se pode descuidar que os direitos sociais precisam ser implementados e respeitados.

Não obstante a via escolhida para resolver a questão conflituosa, é sempre o direito da pessoa que deve ser privilegiado, haja vista os valores constitucionais envolvidos. Isso porque, como ressalta Santos (2007, p. 34), “a diminuição relativa do contencioso civil detectada em vários países tem sido considerada disfuncional, ou seja, como negativa em relação ao processo de democratização da justiça”. Ainda segundo o autor, “se é certo que as classes de menores recursos tendem a não utilizar a justiça pelas razões que expusemos, a verdade é que as classes de maiores recursos tendem igualmente a resolver os seus litígios fora do campo judiciário” (pois, muitas vezes, a utilização dos meios judiciais poderia dar uma visibilidade incômoda aos interesses das classes de maiores recursos).

Portanto, a mediação situada na área da saúde apresenta-se como uma importante ferramenta colocada à disposição das instituições dentro e fora do Poder Judiciário com a finalidade de possibilitar uma cultura baseada no entendimento entre as partes, com custos e prazos menores, além da desejada manutenção das relações antes conflituosas. Relevantes e bem intencionadas iniciativas têm sido apresentadas e implementadas em diferentes regiões do país, com significativos ganhos para as partes envolvidas, podendo-se destacar a mediação pelo CAO/Saúde em Minas Gerais, pela Camedis no Distrito Federal e pelo Cirads no Rio Grande do Norte.

Além disso, deve-se admitir também que a mediação deve ser atrelada à participação de instituições neutras e comprometidas com o acesso e a realização da justiça aplicada ao caso concreto. A mediação, para além dos contornos sociais que a ela têm sido dispensados, também é uma técnica muito utilizada por conglomerados econômicos ansiosos por proteger segredos financeiros e industriais. Assim, há que se ponderar a utilização da mediação como instrumento de promoção e acesso à justiça, não se descuidando das condições e possibilidades de sua realização para que não se torne um instrumento de obtenção de vantagem por certos interesses privilegiados.

Conforme explanado, o próprio CNJ, ainda no ano de 2015, realizou debates institucionais com o objetivo de analisar o “panorama da judicialização da saúde e da política judiciária de saúde no Brasil”. Entre inúmeros desafios e propostas que são apresentados,

destacou-se a necessidade de o Judiciário estabelecer meios de capacitação que possibilitem aos atores políticos, jurídicos e participativos envolvidos na resolução do conflito transitar na área de saúde. Dentre essas capacidades, está o desenvolvimento de “competências e habilidades práticas de mediação, construção do consenso e diálogo institucional focados em saúde”. Chama a atenção o fato de que estes os conflitos na área de saúde passe a reconhecer a necessidade de extrapolar a esfera da ação judiciária, requerendo alternativas institucionalizadas que incluam também a esfera política e a dos demais entes envolvidos.

Portanto, cumpre destacar que a mediação e a conciliação devem ser atreladas à participação de instituições neutras e comprometidas com o acesso e a realização da justiça aplicada ao caso, de modo que tais meios alternativos na resolução de conflitos se tornem um meio de promoção do acesso à justiça, não se descuidando das condições e possibilidades de sua realização para que não se transformem em um instrumento de obtenção de vantagem por certos interesses privilegiados.

#### 4.2 A judicialização da saúde e o papel das câmaras de conciliação na Administração Pública

O âmbito da gestão e Administração Pública exige muito mais do que plena ciência dos procedimentos, leis e conhecimentos específicos da área de seu regimento para que se possa mostrar um desempenho eficaz no cotidiano das pessoas. A área da saúde, por exemplo, enfrenta diversos processos jurídicos nas mais variadas esferas (públicas, como federais, estaduais e municipais, e privadas) que buscam garantir o direito básico de todos que se sintam lesados pela falta de atendimento, estrutura, suprimentos, medicamentos, dentre outras questões que vão desde as consideradas mais básicas até as mais complexas.

Sendo assim, este tópico busca discutir, a partir da revisão da literatura, sobre as considerações e debates voltados à implementação dessa nova política pública e a câmara de resolução de conflitos, na área da saúde, na esfera pública, mais precisamente no âmbito da gestão municipal, abordando, para isso, a importância dessa rede de cooperação entre entes públicos para tornar o processo de desjudicialização da saúde mais acessível e democrático a todos que sentirem a necessidade de a ela recorrer.

Segundo Willers (2017, p. 1-18), a Lei nº 13.140/15 e o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) consistem nos dois principais documentos que regulamentam o processo de mediação no Brasil. Pode-se notar que esses dois documentos são consideravelmente recentes na área, ou seja, são objetos de novos estudos para aqueles que discutem a desjudicialização da saúde. Sendo assim, a autora destaca os documentos como algo inovador para a

disciplinarização da mediação da Administração Pública, ou seja, é algo que contribui, de maneira substancial, para com os caminhos da resolução de conflitos de modo pacífico nessa área.

Willers (2017, p. 1-18) elucida, ainda, sobre a necessidade da implementação de uma cultura da paz social que envolva a esfera pública, pautada em uma linha de raciocínio semelhante. Bergamaschi (2015, p. 48) também cita a resolução de conflitos e defende que ela deve ser alcançada por meio da mediação e do diálogo, pois é um dos métodos mais adequados no contexto dos processos judiciais. O autor explicita e defende tal ponto de vista e, nesse processo, afirma que as duas esferas próximas (Poder Judiciário e Poder Público) devem ter como objetivo a busca pela desburocratização das diversas demandas oriundas de um direito social básico, como é o caso da esfera sobre a qual estamos abordando, a saúde.

Entretanto, Bergamaschi (2015, p. 50) assume que há também limites na esfera administrativa e judiciária para a utilização dos meios consensuais de resolução de conflitos, limites esses relacionados, na maioria das vezes, às bases teóricas de alguns processos e trâmites diretamente ligados ao Poder Público, sendo pertinente aos envolvidos a realização de uma análise mais profunda acerca da possibilidade de utilização desses meios em cada caso específico. Alô (2016, p. 101-112), por sua vez, também trata o tema da desjudicialização da saúde de forma pacificadora e, dessa forma, aponta para a importância não só da resolução de conflitos, mas da prevenção da judicialização como uma ação de enfrentamento à sobrecarga do Poder Judiciário.

Para Alô (2016, p. 101-112), primeiramente, deve-se visar o desafogamento do Poder Judiciário de forma preventiva ao conflito e, em não havendo essa possibilidade de resolução pacífica do mesmo, deve-se propor o tratamento dessas demandas de maneira coletiva. Sousa e Castro (2016, p. 101-112), por exemplo, explanam os ideais de resolução de conflitos da área da saúde por meio da proposta de diálogo institucional entre as esferas do Poder, considerando os impactos positivos para o erário. Sendo assim, além de uma significativa melhora na manutenção dos Poderes envolvidos como um todo e seus recursos, a questão da celeridade do andamento desses trâmites também seria um ponto positivo deste diálogo.

Pereira (2018), em seu estudo, conceitua e defende que a judicialização é a causa principal do atraso e morosidade do Poder Judiciário, visto que, segundo ele, acaba refletindo na ineficiência das gestões e instituições públicas. Moreira (2016, p. 33), por sua vez, aborda e destaca a mediação, compreendendo como um método importante a ser implementado para a resolução de conflitos que envolvem as partes do Judiciário e da Administração Pública, já que é por meio de sua aplicabilidade que haverá uma maior possibilidade de reflexões entre

a teoria e a prática em relação aos discursos voltados para ambas as áreas. A proximidade entre a esfera judiciária e a Administração Pública é de fundamental importância, pois, ao caminharem de forma mais harmônica, tendem a propiciar um bom desempenho das políticas públicas e dos direitos básicos e sociais de uma maneira geral.

O SUS possui uma série de complexidades e questões problemáticas por conta de variadas causas, que, segundo Santos e Monti (2015, p. 40-42), são oriundas do subfinanciamento, da formação inadequada de pessoal e recursos, da falta de modernização de gerenciamento público, dentre outros problemas. Por isso, a judicialização da saúde acaba, por muitas vezes, sobrecarregando as causas públicas, já que a população não se sente devidamente orientada e, portanto, desassistida em meio a tantos problemas dessa área.

De um lado, o Poder Executivo insistindo há 27 anos no subfinanciamento da saúde, que não consegue passar de 3,9% do PIB, quando já deveria ter atingido 8% se tivesse havido planejamento de seu crescimento ao longo desse tempo fundado nas necessidades de saúde da população; a integralidade da assistência que não pode ter o céu como limite, pendente até hoje de um pacto Estado-sociedade para definir que SUS queremos e podemos. Esses desacertos se somam ao do Judiciário que decide medicamento, procedimento, o como, o quanto, a tecnologia a ser incorporada, em acordo a uma determinada prescrição médica (SANTOS; MONTI, 2015, p. 40-42).

Segundo Silva e Schulman (2017, p. 290-300), há que se lembrar de que por trás de todo processo judicial para garantia de algum serviço da área da saúde, há um paciente, seus familiares, suas lutas para a sobrevivência e a manutenção da qualidade de vida de um parente ou ente querido e, em muitas das vezes, o desconhecimento sobre as esferas jurídicas e administrativas reflete na falta de acesso aos espaços disponibilizados para demonstrar suas necessidades e fazer valer sua voz em ambientes de disputa. Ao conceituar o processo de desjudicialização, não há que se olvidar também de que é preciso pensar em um processo de igual importância: a redemocratização, não só do acesso à saúde como também do acesso ao conhecimento básico para se lutar por ela, caso necessário.

Antes de entender, portanto, o que é a desjudicialização da saúde, de fato, é preciso compreender o motivo para que ela seja necessária e a causa dessa judicialização. A judicialização ocorre por conta, primeiramente, de um conflito que carrega insatisfação de alguma parte, parte essa que geralmente é oriunda da sociedade civil que se sente injustiçada pela falta de recursos ou atendimento em saúde. A partir desse conflito, se dá o processo judicial como meio de reaver a justiça e os direitos do requerente.

Conflito pode ser conceituado como o processo e o estado em que há insatisfação, frustração às expectativas, desacordo, choque, enfrentamento, desavença. E a pacificação, pode ser entendida como tomada de decisão conjunta que ponha fim ao litígio ou diminua custos e eventuais efeitos negativos tanto para o cidadão quanto

para a sociedade. Até pouco tempo atrás o paradigma prevalecente fez com que houvesse, no caso brasileiro, uma crença segundo a qual o Estado agiria em substituição à vontade das partes para dirimir os conflitos de interesse. Para tanto, os agentes estatais no âmbito da administração pública vinham utilizando o arcabouço dogmático das teorias da ação e do processo judicial (WILLERS, 2017, p. 1-18).

Dessa forma, se entende por desjudicialização o traçar de um caminho inverso da burocratização no processo judicial, buscando, por meio de diálogos, formas consensuais entre as partes para a resolução do conflito, firmando, assim, acordos para que tudo possa ser resolvido de uma forma menos desgastante e penosa. Isso, no entanto, acaba reduzindo o processo do trâmite extrajudicial, não sobrecarregando, então, a esfera jurídica, o que acarreta uma maior rapidez para sanar as dificuldades da parte que se sente lesada.

A Lei Federal nº 13.140/15 é a norma responsável por organizar os princípios do processo de mediação no Brasil e, por conseguinte, o papel do mediador, sendo um parâmetro utilizado tanto para a mediação considerada judicial quanto para a mediação extrajudicial. Dessa forma, é necessário que primeiro se entenda no que consiste a mediação.

Assinala-se que mediação é uma atividade que objetiva estimular a identificação e desenvolvimento de soluções consensuais para as controvérsias. Este conceito pode ser extraído do parágrafo único do artigo 1º da referida norma. Além da solução consensual dos conflitos, a mediação também visa à prevenção dos litígios e a transformação dos envolvidos na demanda (WILLERS, 2017, p. 8).

Willers (2017, p. 12), em seu estudo, evidencia que o processo de mediação só pode ser efetivado quando há uma intenção real de colaboração entre as partes envolvidas. O processo deve tomar forma a partir de um bom funcionamento do diálogo, bem como por meio do respeito às diferenças em uma relação humana na qual o entendimento é incentivado. Logo, para que isso ocorra, as partes devem acreditar que não são adversárias e, sim, partes diferentes que precisam unir seus pontos de vista na busca por um encaixe dos pontos que convergem para que a negociação seja facilitada. Assim, pode-se definir que o papel das câmaras de resolução de conflitos por meio da mediação é essencial para que esse entendimento ocorra.

As câmaras terão competência para dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particulares e pessoa jurídica de direito público; promover, quando couber, a elaboração de termo de ajustamento de conduta (TAC). Ainda compete às câmaras a prevenção e resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados entre administração e particulares. O acordo deverá ser reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial (WILLERS, 2017, p. 9).

Também é importante reafirmar que, anterior à Lei nº 13.140/15, o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) determina a criação das câmaras de mediação e conciliação. Pode-se,

assim, perceber que os dois documentos regulatórios citados incentivam um novo olhar e uma nova perspectiva para a questão da resolução de conflitos.

Trata-se de uma nova cultura de solução de conflitos que se deseja implantar na Administração Pública, com vistas a colaborar dos envolvidos, celeridade processual e desafogamento do Poder Judiciário. A expectativa é reduzir significativamente o número de processos judiciais ou a perpetuação da discussão sobre questões envolvendo a Administração Pública, representando economicidade ao Poder Público. Mas, esta mudança de mentalidade, talvez seja o principal desafio na adoção dos procedimentos autocompositivos na Administração Pública, especialmente nos Municípios (WILLERS, 2017, p. 9).

Fica explícito que a conscientização é um fator crucial que precisa ser abordado em mais pesquisas científicas que devem contribuir para com a mudança e o enriquecimento do pensamento sobre a mediação, podendo ser implantadas mais câmaras de resolução de conflitos nos Municípios. Assim, a Administração Pública municipal conseguiria não somente mais praticidade em resolver seus conflitos e pendências como também economizaria recursos que poderiam ser empenhados em outras diversas demandas ou, quiçá, investir em políticas públicas de saúde. Porém, como as câmaras de resolução de conflitos e suas leis regulamentadoras são algo muito recente no universo da gestão pública, ainda se mostra patente o desafio da difusão e conscientização da importância de suas práticas.

O tema da mediação possui alguns trabalhos recentes (como observado ao realizar a coleta de dados em periódicos e bases de dados distintos). Contudo, quando comparado a outros temas já amplamente debatidos por estarem sendo tratados há mais tempo, trabalhos sobre a temática são pouco expressivos. Já as publicações sobre a mediação e o diálogo inseridas na esfera da gestão municipal são ainda mais raras, o que leva à reflexão sobre a urgência e a necessidade da abordagem dessa temática. Assim sendo, pode-se utilizar, por exemplo, dados percentuais trazidos pela pesquisa de Oliveira et al (2019, p. 22). A pesquisa analisa o perfil de juízes envolvidos em causas de saúde e dos gestores municipais de saúde.

No estudo de Oliveira et al (2019, p. 17), o que mais chama a atenção é o significado da judicialização da saúde para esses gestores municipais pesquisados. A maioria dos gestores municipais de saúde da amostragem da pesquisa considera a judicialização como meio de cumprimento da lei frente ao que preconiza o SUS (um total de 44 gestores, representando 28% dos pesquisados). Logo atrás desses, 24 gestores, num total de 20% dos pesquisados, enxergam a judicialização como um risco para o SUS. Esses dados chamam a atenção, pois há um contraste entre as opiniões. Uma quantidade maior de gestores municipais acredita na judicialização como uma ferramenta necessária para a garantia dos direitos em saúde pela

população e outra parcela dos consultados aponta que a mesma judicialização é um fator de risco para o SUS.

Fica notório que essa grande polarização ocorre, por exemplo, em razão da divisão de opiniões que o tema acaba gerando, principalmente no que tange à sua necessidade e aos impactos da judicialização nos recursos públicos, como apontam Oliveira et al (2019, p. 21) em seu estudo. Retomando a questão da mediação e do diálogo, percebe-se que esses mecanismos estão na contramão da judicialização como alternativas possíveis e concretas para a facilitação e desobstrução dos processos que atingem o setor municipal quanto à saúde.

A judicialização ocorre em todo o país provocando crise no judiciário que por si só já não se faz suficiente para atender e solucionar a larga demanda com a celeridade e eficiência necessárias às demandas de saúde. As alternativas extrajudiciais de resolução de conflitos não têm ganhado forças mesmo com o advento da Lei 13.140 que trata da mediação. Proporcionando o exercício de cidadania associado com a prática da mediação sanitária, método alternativo de solução de conflitos no setor saúde adotado nas secretarias municipais, possivelmente, haverá uma redução considerável de conflitos e demandas judiciais (OLIVEIRA et al, 2019, p. 4).

Mais uma vez, mostra-se evidente que existe certa rejeição às alternativas de resolução de conflitos por meio da mediação, mesmo com todos os esforços e impulsos na legislação para tal funcionamento. A câmara é resultado da Resolução nº 107/2010 do CNJ, que sugeriu aos Tribunais de todo o país a adoção de medidas que garantissem maior eficiência na solução de demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

Diante da exposição, ressalta-se a importância da saúde como direito fundamental, em que os conflitos devem ser solucionados com maior celeridade, sob pena de violação irreparável ao direito à vida. Da mesma forma, pode-se afirmar que, ainda que se tenha o acesso à justiça tutelado constitucionalmente, existem altas demandas sobre o referido direito, o que ressalta a importância de soluções alternativas com a participação das partes na solução de conflitos, evitando-se as vias processuais ou, mesmo, diminuindo o tempo do andamento processual.

Ainda pode ser evidenciado que a criação de regras de autocomposição administrativa, bem como a instalação de câmaras administrativas de conciliação, sustenta a tendência da solução alternativa de conflitos, ensejando o estímulo que deve ser incorporado pelas partes, pelos advogados, juizes, Ministério Público e pela própria Administração Pública. Neste sentido, Didier Jr. (2016, p. 167) aduz:

Pode-se, inclusive, defender atualmente a existência de um princípio do estímulo da solução por autocomposição – obviamente para os casos em que ela é recomendável. Trata-se de princípio que orienta toda a atividade estatal na solução dos conflitos jurídicos.

Diante do exposto, as câmaras de conciliação em saúde são instrumentos de fomentação do direito fundamental à saúde, fazendo com que os interessados possam dialogar para resolver o conflito no lugar do processo judicial e todos os elementos que o cercam.

Percebe-se, assim, que o papel dos órgãos públicos na promoção de medidas alternativas para solução desses conflitos torna-se fundamental para diminuir os custos com o aparato judicial, dar uma solução maior aos conflitos decorrentes da negativa no fornecimento de remédios ou suplementos nutricionais e amenizar os problemas sociais e psicológicos que sobrevêm aos pacientes, sendo que as câmaras de conciliação buscam promover uma interlocução entre gestores de saúde e órgãos do Judiciário com o objetivo de se evitar a via judicial, tendo como princípio atender aos reclamos por uma vida digna, considerando as implicações orçamentárias e técnicas que envolvem a questão do direito à saúde.

#### 4.3 A efetivação do direito à saúde através dos meios alternativos de resolução de conflitos

A saúde é assegurada como um direito fundamental pela Constituição Federal e, mediante a implementação de políticas públicas, o Estado deve garantir acesso universal, integral e igualitário a todos os cidadãos brasileiros. Os benefícios das políticas públicas de saúde precisam ser distribuídos de forma a diminuir as desigualdades, promovendo a saúde daqueles que apresentam mais necessidades.

Nesse sentido, a prestação de ações e serviços públicos, especialmente de saúde, é função precípua do Estado, mas a definição das prioridades e a realização das políticas públicas adequadas para satisfazer as necessidades dos cidadãos devem advir do processo democrático. A participação popular é legitimadora da efetivação dos direitos fundamentais sociais e da construção das políticas públicas, entretanto, o que comumente se nota são espaços comunicativos escassos e quando existentes, não resultam no produto almejado, seja a discussão da melhor política a ser implementada ou a priorização das escolhas para concretização dos inúmeros direitos fundamentais consagrados.

A fragilidade da construção democrática das políticas públicas de saúde resulta na definição institucional das ações e serviços que serão prestados pelo Estado e, conseqüentemente, na ineficácia das políticas implementadas frente às reais necessidades dos cidadãos. Dessa forma, surgem os conflitos.

Diante da omissão ou ineficácia da Administração Pública em concretizar esses direitos fundamentais garantidos pela Constituição e, portanto, exigíveis, o que vem ocorrendo é uma crescente procura pelo Poder Judiciário brasileiro. A judicialização das ações e serviços de

saúde que não foram prestados de forma a suprir as necessidades dos cidadãos vem acarretando um “excesso” de litigiosidade judicial. Ainda, a concessão desmedida das demandas judiciais, sem o devido conhecimento técnico e o estabelecimento de um diálogo entre os Poderes e a sociedade, pode resultar em inúmeros prejuízos.

O exercício da função jurisdicional do Estado ao tentar aplicar a lei ao caso concreto, muitas vezes, prolate decisões não consensuais, ou seja, concede direitos individuais para uns e não concede para outros, gerando insegurança jurídica e ferindo o princípio da isonomia. Além disso, tais decisões, por não conhecerem as diretrizes do SUS, não têm solucionado o acesso a bens e serviços de saúde e acabam interferindo nas políticas públicas.

Consoante ao abordado até o momento, importante pontuar que não se deve apegar a ideia de que a resolução do conflito permeia um caminho exclusivo ou que só é possível quando há a intervenção estatal, mas, sim, construir a ideia de que um sistema de resolução de conflitos é eficiente quando conta com instituições e procedimentos que buscam prevenir e resolver controvérsias a partir das necessidades e dos interesses das partes envolvidas (SALES; RABELO, 2009, p. 75-88).

Dessa forma, a solução para a ineficiência ou, mesmo, a ausência de políticas públicas pode, muitas vezes, ser obtida extrajudicialmente, pela via administrativa, seja através de uma maior participação popular na construção e implementação dessas políticas públicas, seja no fortalecimento de órgãos administrativos de soluções de litígios no campo das políticas públicas sociais.

Além disso, o uso de meios consensuais na solução de conflitos, especialmente envolvendo o direito à saúde, tem ganhado espaço na sociedade em função da melhor percepção do conflito e, conseqüentemente, do encontro da solução mais adequada e pacífica, construída de forma democrática. Esses modelos alternativos de resolução de conflitos, tais como os diálogos institucionais, a mediação, a conciliação e a arbitragem, poderiam ser utilizados no âmbito extrajudicial, desafogando essa judicialização das políticas sociais e garantindo maior efetividade às decisões no intuito de se solucionar os conflitos sanitários.

Importa afirmar que a OMS (1946) define “saúde” não apenas como a ausência de doença, mas como a situação de perfeito bem-estar físico, mental e social. Essa definição, até avançada para a época em que foi realizada, é, no momento, irreal, ultrapassada e unilateral. Segundo Segre e Ferraz (1997, p. 538-542), a definição de saúde da OMS está ultrapassada, porque faz distinção entre o físico, o mental e o social. Alega o autor que não existe uma clivagem entre mente e soma, mas, sim, uma continuidade entre o psíquico e o somático e considera ainda que a expressão “perfeito bem-estar” é uma utopia.

Aith (2007, p. 10) afirma que fatores estruturais do indivíduo, dados por sua condição social dentro do ambiente comunitário, como a origem social e o nível de educação, explicam as diferenças dos estados de saúde, mais do que as condutas individuais existentes entre os diferentes seres humanos.

Segre e Ferraz (1997, p. 542) afirmam que o que mais conta é o subjetivismo do indivíduo e destaca a autonomia do ser humano. Supostamente existe uma “vontade”, fazendo parte de uma *psyche* (alma) que transcende o próprio ambiente sociocultural e, mesmo, a bagagem genética. Define saúde como um estado de razoável harmonia entre o sujeito e a sua própria realidade e questiona que não é pelo simples fato de não ter recursos para se alimentar, de acordo com os padrões, que o sujeito poderá, aprioristicamente, ser considerado com qualidade de vida inferior ao de uma pessoa bem alimentada.

Os autores seguem ressaltando que as políticas públicas de saúde partem de indicadores objetivos e que esse subjetivismo do indivíduo talvez dê uma condição melhor de entender a virtual ineficácia de políticas de saúde em determinados casos e circunstâncias (SEGRE; FERRAZ, 1997, p. 321).

Ressalta-se o fato de que no Brasil, o direito à saúde foi consagrado como direito fundamental pela Constituição Federal de 1988. E o seu artigo 6º menciona, de modo expresso, que o direito à saúde é um direito social, assim como o direito à educação, sendo um dever do Estado sua implementação que deve ser efetivada através de políticas públicas.

Outros artigos do texto constitucional definem os princípios que norteiam o direito à saúde, como o princípio da universalidade de acesso, expresso no artigo 196 que descreve:

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 (BRASIL, 1988).

Entretanto, os dispositivos constitucionais que tratam do direito fundamental à saúde (artigos 6º e 196 e seguintes) não enumeram as prestações que lhes são inerentes. Por mais que se reconheça a existência de um direito subjetivo a exigir prestações relativas à saúde em face do Estado e por mais que se admita que esse direito subjetivo deflui de forma direta da Constituição, sem necessidade de intermediação legislativa, é certo que não se pode aferir o que é assegurado por esse direito e mensurar em que extensão ele é assegurado.

Em razão de tais incertezas, parte da doutrina defende que o direito fundamental social à saúde enquanto direito originário a prestações, ou seja, como direito garantido constitucionalmente, cujas prestações constitutivas podem ser exigidas pelo cidadão em face do

Estado independentemente de qualquer mediação legislativa, não garante nada (CARNEIRO, 2016, p. 19).

Portanto, a Magna Carta de 1988, apesar de ser classificada como uma Constituição-garantia, por estabelecer e garantir os direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais, falha ao deixar de indicar, em seu texto, a extensão das prestações inerentes a esses direitos sociais e ao deixar de dotá-los de mecanismos adequados à sua exigibilidade.

Além disso, os preceitos constitucionais estabelecidos pela atual Constituição Federal do Brasil surgem num momento político contrário ao de proteção social. O percurso da política se voltou para um projeto de Estado de inspiração neoliberal que se mostrou adverso à expansão da atuação do Estado e impôs restrições ao exercício de suas responsabilidades na garantia da saúde como direito de cidadania (BAPTISTA et al, 2009, p. 829-839).

Mesmo diante desse contexto, a saúde teve avanços importantes que resultaram na concretização desse direito fundamental, como a expansão das ações e serviços públicos de saúde no território nacional e a construção do SUS, previsto pelo artigo 198 da Constituição Federal. Em observância ao regramento constitucional, a Lei nº 8.080 criou o SUS, de extensão nacional, integrado por todos os entes federativos (BRASIL, 1990).

Tendo em vista a crise evidenciada através da ineficiência estatal em garantir a efetividade do direito à saúde corroborada com a excessiva judicialização dos conflitos, conforme acima mencionado, e a consequente crise estrutural do Poder Judiciário, iniciou-se uma busca por meios alternativos de resolução de conflitos que possam ser capazes de assegurar a efetivação do direito à saúde.

Segundo Medina (2004, p. 18-19), a nomenclatura *Alternative Dispute Resolution (ADR)* surgiu por volta da década de sessenta do século passado nos Estados Unidos, sendo, portanto, relativamente nova, mas o registro de utilização de seus métodos é muito antigo. Tem-se notícia, apenas a título de exemplo, de registros de uso da arbitragem por volta de 3.000 a.C. na Babilônia.

Salienta-se que, usualmente, quando se fala em meios alternativos de resolução de conflitos, se tem em mente a mediação, a conciliação e a arbitragem. Verifica-se, contudo, que por mais que a conciliação seja uma forma eficiente e rápida de resolver um litígio, quando feita da forma correta, ainda não lhe foi dada a devida importância, seja em decorrência da cultura que a maioria das pessoas possui no sentido de ser necessária uma decisão judicial para resolver o litígio, seja pela forma como é feita, que, em regra, é muito rápida, existindo um despreparo dos conciliadores ou, até mesmo, pela ausência de profissionalização desta importante função.

A conciliação tem sido amplamente utilizada nos Tribunais brasileiros e prevista em lei. O CNJ tem incentivado sobremaneira a realização de audiências de conciliação através da Semana Nacional de Conciliação, mas fora deste tipo de evento ainda não se obtém muito êxito na grande maioria dos litígios, o que pode decorrer de uma cultura de ineficiência, gerando descrença no uso do procedimento.

No que diz respeito à arbitragem, por ser aplicada nas relações em que as partes sejam capazes de contratar e que envolvam direitos disponíveis, nota-se que se distancia dos conflitos instaurados no âmbito da saúde.

A mediação, que já era conhecida desde a Grécia antiga, na China e usada também na Civilização Romana, apenas recentemente vem se tornando cada vez mais usada, especialmente em certos países que vêm se beneficiando e se especializando nas últimas décadas, ganhando destaque na década de 1980, nos Estados Unidos.

Na mediação, a resolução do conflito é construída pelas partes, as quais não estão limitadas apenas aos critérios legais, mas também a outros parâmetros importantes para que possam chegar a um acordo por elas construído (SOUZA, 2010, p. 130), o que, contudo, merece aprofundamento no estudo e regulamentação legal para eventual uso no caso do fornecimento de medicamentos e/ou tratamentos almejados pelos jurisdicionados.

A Lei nº 13.140 de 2015, além de regulamentar a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias, também dispõe sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

Assim, parece que o legislador direcionou, preferencialmente, a mediação para os conflitos que envolvam particulares e a autocomposição para os conflitos no âmbito da Administração Pública, realizando, ainda, uma separação geográfica, ou seja, enquanto a mediação é tratada no Capítulo 1 da Lei (artigos 2º ao 31), a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público é abordada no Capítulo 2 (artigos 32 ao 40). Não obstante, no artigo 33, o legislador se refere à criação de câmaras de mediação para os casos de prevenção e resolução de conflitos no âmbito da Administração Pública.

Portanto, nos casos do direito à saúde, o meio alternativo mais adequado a solucionar o conflito deve se dar através da autocomposição, nos termos da Lei nº 13.140 de 2015, sem, contudo, excluir a possibilidade de utilização de outros meios neste caso.

Ressalte-se que, segundo o processualista Fredie Didier Jr. (2016, p. 68), os meios de solução dos conflitos variam de acordo com a titularidade do poder de decidir o conflito, que pode ser das partes (autonomia) ou de terceiro (heteronomia).

Às formas de solução de conflitos em que não haveria o exercício da jurisdição estatal, o doutrinador denomina de equivalentes jurisdicionais, que se dão através da autotutela, autocomposição, mediação e arbitragem.

No presente trabalho, diante do fato de o legislador tratar na Lei nº 13.140/2015 da autocomposição nos casos dos litígios envolvendo a Administração Pública, faz-se importante mencionar que neste tipo de equivalente jurisdicional, existe o consentimento espontâneo de pelo menos um dos envolvidos no conflito em favor do interesse alheio, podendo se dar de três formas, quais sejam, a transação, com concessões mútuas; a submissão, quando existe o reconhecimento da procedência do pedido; e a renúncia da pretensão deduzida (DIDIER JR., 2016, p. 69).

Outra norma legal que aborda os meios alternativos de resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública é o Código de Processo Civil vigente, Lei nº 13.105, de março de 2015, que já no artigo 3º trata do tema, aprofundando-o no seu artigo 174.

No caso do CPC, o legislador já menciona no artigo 174, *caput* e incisos, que é competência de todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) criar as câmaras de mediação e conciliação com atribuição para resolução de conflitos envolvendo órgãos e entidades da Administração Pública. Verifica-se que neste dispositivo legal o legislador menciona novamente as câmaras de mediação e conciliação para dirimir os conflitos envolvendo os órgãos e entidades da Administração Pública.

Warat (1999, p. 102) entende que a mediação é uma forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos, uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. A mediação é uma forma alternativa (com o outro) de resolução de conflitos jurídicos, sem que exista a preocupação de dividir a justiça ou de ajustar o acordo às disposições do direito positivo.

Por este conceito, o que importa é a resolução do conflito, sem que o acordo deva se ajustar às disposições do direito positivo, ou seja, parece que pode ser feito um acordo sem amparo legal, mas que possa resolver o conflito instaurado, o que não pode ocorrer no âmbito da Administração Pública, eis que devem ser respeitados os princípios da legalidade e da indisponibilidade do bem público.

Feita esta breve abordagem, salienta-se que, além de Estados como a Bahia e Minas Gerais, é possível constatar a experiência já iniciada no Município do Rio de Janeiro, que tem se mostrado bastante eficaz na resolução dos litígios de saúde. Trata-se da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde, cuja finalidade é promover o atendimento de partes assistidas pela Defensoria Pública do Estado e pela Defensoria Pública da União que demandem prestação de

serviços de saúde do SUS, de modo a buscar solução administrativa para os pedidos e evitar o ajuizamento de ações.

Esta Câmara reúne a Procuradoria Geral do Estado, a Procuradoria Geral do Município, o Tribunal de Justiça do Estado, a Defensoria Pública do Estado, a Defensoria Pública da União, a Secretaria de Estado de Saúde e a Secretaria Municipal de Saúde na tentativa de buscar uma alternativa terapêutica padronizada pelo SUS no caso de o medicamento solicitado não estar inserido naquela lista.

Na mesma linha, o Estado de Pernambuco implementou a Câmara de Resolução de Litígios em Saúde no ano de 2019, parceria realizada entre a Defensoria Pública do Estado e da União com o Tribunal de Justiça do Estado, Prefeitura e Governo Estadual. O objetivo da Câmara é viabilizar acordos em demandas pré-processuais e ações judiciais em curso que envolvam o SUS (PERNAMBUCO, 2019).

Nesse sentido, quando a Defensoria Pública recebe a reclamação de um paciente, a Secretaria de Saúde verifica se o medicamento ou tratamento pleiteado consta na lista padronizada pelo Ministério de Saúde; caso não conste, é oferecida uma alternativa terapêutica ao paciente, momento esse em que a Defensoria Pública propõe um acordo entre a Secretaria de Saúde e o paciente, lembrando que cabe ao paciente aceitar o acordo ou não. Havendo o acordo, a documentação será encaminhada ao Poder Judiciário para que o magistrado homologue ou, ainda, em caso negativo, o paciente pode buscar diretamente a via judicial (PERNAMBUCO, 2019).

Importa destacar também o caso do Estado de Sergipe. Foi instituída, por intermédio da Resolução nº 010/2018, a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde. Esse órgão é da Defensoria Pública do Estado e visa resolver extrajudicialmente as demandas envolvendo o direito à saúde. A Câmara é composta pela equipe técnica da Secretaria Estadual de Saúde e da Secretaria Municipal (SERGIPE, 2018).

De acordo com a Resolução, o atendimento à população ocorre sem necessidade de agendamento prévio, é designado um defensor para atender as demandas, sendo coletados por ele todos os dados do paciente, documentação e exames médicos. Assim, constatada sua necessidade, a documentação é encaminhada para as equipes técnicas da Secretaria de Saúde do Município e Estado, visando a resolução administrativa da demanda. Caso isso não aconteça, a própria Câmara encaminha a documentação para a devida judicialização da demanda (SERGIPE, 2018).

Destaca-se também a existência do NATJUS/CE, criado no Estado do Ceará após a edição da Resolução nº 107/2010 do CNJ. O NATJUS foi criado por meio de um Termo de

Cooperação Técnico nº 07/2016, firmado entre o Tribunal de Justiça do Estado com o Hospital Universitário Walter Cantídio e visa o esclarecimento em ações judiciais de prestações envolvendo o direito à saúde (CEARÁ, 2021).

A equipe técnica é formada por profissionais das Secretarias de Saúde (do Estado e Município), sendo prestadas informações aos magistrados, sob a coordenação do Comitê Executivo Estadual de Saúde. Muito embora a medida adotada não exerça impacto sobre a judicialização, ela demonstra um claro exemplo de diálogo institucional em favor da concretização do direito à saúde, isso porque a medida cumpre um papel de aperfeiçoamento da magistratura quanto à temática envolta do direito à saúde (CEARÁ, 2021).

Percebe-se que não se trata de uma câmara de mediação como proposto pelo legislador ordinário, mas, sim, de uma câmara de resolução de litígios de saúde, conforme propõe este trabalho enquanto forma de melhor assegurar a eficácia do direito fundamental social à saúde, sem ter que submeter o conflito à tutela jurisdicional e assoberbar ainda mais o Poder Judiciário.

Assim, em muitos casos, o litígio deixa de ser judicializado e o paciente tem sua demanda satisfeita de forma rápida e eficaz, se comparado com o tempo que o processo judicial levaria para determinar ou não o fornecimento do medicamento ou tratamento pelo Estado, devendo ser dada maior atenção a este tipo de estudo que objetiva promover o direito à saúde constitucionalmente assegurado.

Diante do exposto, pode-se verificar que existe uma grande dificuldade do administrador público e também do Judiciário em assegurar o acesso a medicamentos e tratamentos médicos que garantam o direito social fundamental à saúde.

Verifica-se que a previsão constitucional de garantia universal e a ausência de recursos públicos ensejam uma deficiência no fornecimento e no custeio voluntário de medicamentos e tratamentos médicos, fazendo com que pessoas permaneçam enfermas e recorram ao Poder Judiciário na tentativa de conseguir determinado medicamento ou tratamento, ensejando a discussão entre a reserva do possível e o mínimo existencial.

O fato de haver uma crescente demanda por fornecimento de medicamentos através da via judicial contribui sobremaneira para a judicialização excessiva, provocando a crise estrutural do Poder Judiciário e acarretando demora nas decisões em decorrência do excesso de demandas ajuizadas frente à insuficiente mão-de-obra qualificada para dar andamento às ações com pedido de fornecimento de medicamentos ou custeio de tratamentos que sejam essenciais à garantia do direito social fundamental à saúde.

Portanto, foi possível demonstrar, através de casos práticos que estão em andamento em vários Estados brasileiros, o sucesso dos meios alternativos de resolução de conflitos na área de

saúde, de modo a propiciar maior efetividade dessa garantia constitucional, além de reduzir gastos públicos e frear a judicialização, razão pela qual torna-se viável a ampliação de tais meios com políticas públicas adequadas.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho delimita que, muitas vezes, as Constituições têm sido um símbolo político destinado a compensar o déficit de manobras políticas cometidas pelos governos, ao invés de regras e leis destinadas a limitar o poder ou consagrar direitos. No Direito Constitucional, há uma ambiguidade entre o olhar discursivo para o presente e outro que olha para o futuro, ou seja, essa ambiguidade reside entre o discurso jurídico e o discurso político. Isso acontece especialmente em um tipo particular de Constituição, cujo objetivo é alcançar o progresso social e um futuro melhor para a sociedade e está relacionado com a concepção de Constitucionalismo Aspiracional, advinda da América Latina.

Em consonância, ao passo que o constitucionalismo brasileiro surge, a partir da promulgação da Constituição Federal, o país encerra o processo de redemocratização e vê o crescente fortalecimento de suas instituições, em especial o Poder Judiciário. Os estudos realizados sobre o fenômeno da judicialização partem do pressuposto do protagonismo do Judiciário na efetivação de direitos, sejam eles de cunho político, social e coletivo.

É fato que o protagonismo do Judiciário parece ter se tornado irreversível. Com efeito, muitas das questões políticas transferidas para os Tribunais são por partidos políticos ou por grupos de interesses e, portanto, isso não pode ser visto como um fenômeno jurídico ou como um fenômeno de apoderamento de um Poder sobre o outro, mas como um fenômeno político. Advém que o protagonismo desenfreado e excessivo do Judiciário tem ocasionado incertezas e contradições no sistema, exigindo um reexame de seu sentido e limites. Hodiernamente, percebe-se que a judicialização da política não resolveu o problema da eficácia dos direitos sociais, em especial do direito à saúde.

A partir desse cenário, é perceptível que a judicialização da saúde se tornou uma disputa de cunho político e institucional, atingindo todo o governo. Em primeiro lugar, todas as decisões orçamentárias e administrativas, ainda que adotadas exclusivamente pelo critério técnico, foram contestadas pelo Poder Judiciário; em segundo lugar, o fato de que não há critérios objetivos e técnicos que embasem as decisões, resultando em consequências negativas no âmbito da saúde. A judicialização da saúde no Brasil não resultou em uma solução, mudando o cenário apenas

para que as questões que envolvessem a temática deixassem de ser apenas resolvidas na esfera administrativa (Estado). Ao adentrar com força a esfera judicial, acaba gerando uma série de contradições que resultam em mais dificuldades que facilidades.

Nesse sentido, importante considerar que a judicialização corresponde a um fato enquanto o ativismo se trata de uma atitude, eis que não existe impedimento para que o Judiciário se utilize de formas diversificadas para solucionar os problemas. O problema ocorre quando se usa de tais formas para criar direitos sem embasamento legal, atitude que não deve ser admitida.

O traço comum na judicialização da saúde é marcado por ações individuais contra o SUS, nas quais se requer medicamentos e tratamentos que ora não se encontram previstos pela política ou cuja oferta enfrenta barreiras administrativas ou ineficiência da política estabelecida. O resultado dessas demandas é a concessão do pleito pelo Judiciário em todas as suas instâncias, sob a previsão constitucional de um direito fundamental à saúde. No Brasil, esse ativismo é particularmente constatado na atuação do STF.

Até o ano de 2009, o STF ordenadamente decidiria que o direito constitucional à saúde implicaria na solidariedade entre os entes federados (União, Estados e Municípios) para figurarem – qualquer um desses ou todos – no polo passivo das ações, na prerrogativa do Ministério Público para propor ações individuais requerendo medicamentos e insumos e na possibilidade de imposição de multas e bloqueios de valores contra entes públicos para garantir a prestação individual, fato que culminou em crescente judicialização da saúde.

Em razão disso, o STF, no julgamento do RE nº 657.718, entendeu ser constitucional o artigo 19-T da Lei nº 8.080/1990, que proíbe, em todas as esferas do SUS, o pagamento, reembolso ou ressarcimento de medicamento experimental ou de uso não autorizado pela ANVISA. O STF ainda fixou alguns parâmetros com repercussão geral reconhecida com relação temática, entre eles: 1) o Estado não pode ser compelido a fornecer medicamentos experimentais; 2) a ausência de registro na ANVISA, em regra, constitui impeditivo ao fornecimento de medicamento por decisão judicial; 3) excepcionalmente é possível a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, se constatada a mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016) e se preenchidos os requisitos da existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras; 4) a existência de registro do medicamento agências renomadas de regulação no exterior e a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. Ainda, quanto a competência da discussão da matéria,

assentou-se que as ações que demandem o fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão ser necessariamente propostas em face da União.

Em vista disso, apesar do grande avanço do RE nº 657.718, este não cumpriu a importante função de repercussão geral. Em virtude da ausência de parâmetros objetivos, paira uma lacuna, onde medicamentos sem registro na ANVISA possam continuar a ser concedidos judicialmente quando não se configurarem as cinco hipóteses trazidas pela decisão, ou seja, a Corte deixou uma grande atmosfera de interpretações. Espera-se que parte dos problemas apontados seja solucionado em sede de embargos de declaração, após a publicação do acórdão. Imperioso afirmar que o STF ainda não estabeleceu parâmetros suficientes de prestação jurisdicional no âmbito de medicamentos, deixando de conduzir a possibilidade de redução de casos afetos à judicialização da saúde. O RE nº 657.718 também se esquivou de abordar o uso de medicamentos para indicações que não constam na bula, os *off label*.

Denota-se que a judicialização da saúde é um fenômeno que emerge a partir de problemas estruturais da institucionalização do SUS. As estratégias de enfrentamento utilizadas em diferentes países apontam para um amplo leque de iniciativas, que adquirem caráter de maior complexidade num país com as características federativas e demográficas do Brasil: ampliação dos espaços de discussão entre os diversos atores sociais, formulação de normas e parâmetros técnico-científicos para incorporação tecnológica, uso de protocolos e diretrizes terapêuticas e fortalecimento dos sistemas de saúde, melhorando o acesso e a qualidade da atenção.

Conquanto a análise comparativa da judicialização do direito, há indícios de que as experiências do Brasil, da Colômbia e da África do Sul se destacam pela justiciabilidade, estando o Brasil praticamente repetindo a história colombiana, de alta justiciabilidade. A diferença é que a Colômbia demonstra uma situação de influência política direta que não pode ser ignorada e, diante disso, vem adotando outras estratégias e ações para a solução da problemática. A África do Sul, por sua vez, há muito tempo tem adotado técnicas decisórias que possibilitaram ao país apresentar uma experiência de baixa justiciabilidade, sobretudo pelo posicionamento adotado.

Neste sentido, importante clarificar que justiciabilidade corresponde essencialmente à competência constitucional dos Tribunais para julgar uma ação judicial que compele o Estado a ofertar serviços de saúde como um dever correlato ao direito tangível à saúde.

Portanto, a judicialização da saúde conflita com os direitos básicos de acesso à justiça e celeridade dos procedimentos, pois, conforme retratado, em função da sobrecarga, muitas pessoas acabam morrendo enquanto aguardam a resolução do conflito com o ente estatal.

Ante os obstáculos evidenciados, a mediação pode ser um modelo alternativo de resolução de conflitos na área da saúde. As relações em saúde transcendem a ótica bilateral do médico com o paciente, para envolver muitos outros atores presentes em um sistema de saúde, daí advindo conflitos de toda a ordem, internos e externos ao sistema, criando condições para a judicialização. Conflitos internos como os assistenciais, organizativos e conflitos entre profissionais geram desgastes e judicialização como também os conflitos gerados fora do sistema, mas com reflexos diretos dentro dele, como os conflitos sociais e legais, os quais, igualmente, geram judicialização.

Assim, para além da resolução dos conflitos pela mediação e conciliação, é possível também antever os conflitos, precavendo-se de seus efeitos, por intermédio da construção e permanente atenção ao mapa dos conflitos no âmbito do SUS, fazendo com que o sistema deixe de operar apenas quando o conflito já está instaurado – demandando até mesmo mais recursos orçamentários por parte do ente estatal –, e propiciando um movimento de paz, celeridade, humanidade e conseqüente redução de custos.

Para tanto, é preciso incutir uma nova prática, uma nova cultura no âmbito do SUS. Uma vigilância permanente dos conflitos na área da saúde, que pode ocorrer de muitos modos. A construção de núcleos de mediação no âmbito das Secretarias de Saúde, em todos os níveis, para operar a mediação interna ao sistema e externa com seus usuários, há de ser um novo paradigma a substituir a litigância e a judicialização.

Para vencer os desafios que se colocam, há que se corrigir os desequilíbrios de poder e de conhecimentos entre doentes e profissionais da saúde e entre estes e os gestores, de modo a que o setor possa se beneficiar dessas correções. Trata-se de um processo cultural em que a educação tem um papel muito importante, de modo a que os saberes científicos, organizacionais e experienciais se articulem devidamente. A existência de práticas funcionais para a prevenção e gestão de conflitos poderá potencializar uma melhoria dos resultados nas disputas que ocorrem e desenvolver um ambiente organizacional mais saudável.

Procura-se ir além de práticas como a obtenção do consentimento informado, elemento essencial no âmbito da intervenção e investigação em saúde, mas cujas dificuldades e problemas suscitados não são ainda suficientemente investigados. A mudança cultural reclamada passa pela integração de aptidões de desenvolvimento e equipes colaborativas, estratégias de comunicação, lideranças esclarecidas, processos de gestão construtiva de conflitos e um maior diálogo entre as partes.

Num cenário de globalização, é de se esperar que a interdependência entre envolvidos tenha importantes conseqüências nas dinâmicas de profissionais, quer individualmente, quer em

grupo. A interdependência é um dos focos possibilitadores de conflitos. Com as sociedades cada vez mais “abertas” e com uma maior interdependência entre organizações e grupos, o fenômeno conflitual transformou-se em algo inteiramente estrutural das nossas vidas.

As diferentes organizações na área da saúde sentem, com cada vez mais premência, a necessidade dos seus colaboradores possuírem instrumentos eficazes para lidar com contendas, de forma a responderem à cada vez maior pluralidade de personalidades e de situações de divergência interpessoal e à necessidade imperiosa de construção da paz nos diferentes contextos que constituem a saúde.

Nesse sentido, a mediação é um processo que valoriza a condição humana e favorece a produção de mudança através de uma terceira parte (o mediador). Quando a negociação não é exequível, a mediação surge como uma alternativa credível que proporciona resultados satisfatórios, de forma que os intervenientes desenvolvam autonomamente vias para lidarem com as tensões inerentes à sua interligação (e não meramente procurarem acordos que finalizem uma controvérsia pontual).

Por sua vez, a conciliação constitui um meio informal de resolução extrajudicial de conflitos, centrado na tentativa das partes de encontrarem uma solução para o litígio existente, recorrendo ou não a um terceiro interveniente. Existindo um terceiro interveniente, este conduzirá o processo conjuntamente com as partes para que atinjam, de forma voluntária, um acordo, sem haver a necessidade de recurso a outras instâncias.

A terceira parte promove uma solução célere para a gestão do mesmo, adotando uma posição ativa, podendo apresentar sugestões e recomendações. A conciliação é um meio de resolução que antecede geralmente a via arbitral.

As vias da negociação, da mediação e da conciliação – que constituem processos de regulação social, com crescente prestígio – estimulam o desenvolvimento da melhoria contínua da qualidade e evitam o dispêndio de energias em tarefas de menor interesse.

A gestão de conflitos na saúde é uma área que não para de crescer. Os processos de negociação, mediação e conciliação podem dar a ambas as partes um sentido de ultrapassagem do conflito, ajudando a aliviar o sentido bilateral dos agravos. Cria-se, assim, um clima de ausência de vencedores ou vencidos.

As partes atenuam comportamentos de confrontação e, no final, surge uma sensação de autorrealização, evitando disputas médico-legais ou outras, sempre indesejáveis, onerosas e penosas. De fato, mesmo quando a gestão construtiva de conflitos não é bem-sucedida, tem resultados positivos para todos os envolvidos no processo, mais ainda num cenário de diversidade cultural, linguística e socioeconômica a que se assiste.

O fato de haver uma crescente demanda por fornecimento de medicamentos através da via judicial contribui sobremaneira para a judicialização excessiva, provocando a crise estrutural do Poder Judiciário e acarretando demora nas decisões em decorrência do excesso de demandas ajuizadas frente à insuficiente mão-de-obra qualificada para dar andamento às ações com pedido de fornecimento de medicamentos ou custeio de tratamentos que sejam essenciais à garantia do direito social fundamental à saúde.

Portanto, foi possível demonstrar, através de casos práticos que estão em andamento em vários Estados brasileiros, o sucesso dos meios alternativos de resolução de conflitos na área de saúde, de modo a propiciar maior efetividade dessa garantia constitucional, além de reduzir gastos públicos e frear a judicialização, razão pela qual torna-se viável a ampliação de tais meios com políticas públicas adequadas.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Derechos Sociales como Derechos Exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

ÁFRICA DO SUL. **The Constitution of the Republic of South Africa, 1996**. As adopted on 8 May 1996 and amended on 11 October 1996 by the Constitutional Assembly. África do Sul, 2012. Disponível em: <https://www.cabrisbo.org/pt/documents/theconstitution-of-the-republic-of-south-africa-1996>. Acesso em: 10 mar. 2020.

AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

ALMEIDA, E.S.; CHIORO, A.; ZIONI, F. **Políticas públicas e organização do Sistema de Saúde: antecedentes, reforma sanitária e o SUS**. In: WESTPHAL, M.F.; ALMEIDA, E.S. (Orgs.). *Gestão de serviços de saúde*. São Paulo: EDUSP, 2001. p.13-50.

ALÔ, B. dos. R. Desjudicializando o direito à saúde - o papel da Defensoria Pública nesse processo. **Revista CEJ**, v. XX, n. 70, p. 101-112, set./dez. 2016.

ALVES, L. A dicotomia do Princípio da Integralidade do SUS. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, v. 6, 2017.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha: Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

ARANGO, R. **Justiciabilidad de Los Derechos Sociales Fundamentales en Colombia.** Aporte a La Construcción. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2006. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3063/4.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2020.

ARAÚJO, Cynthia Pereira de; LÓPEZ, Éder Mauricio Pezzi; JUNQUEIRA, Silvana Regina Santos. **Judicialização da saúde: saúde pública e outras questões.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

ASENSI, F. D. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. **Physis**, v. 20, n. 1, p. 33-55, 2010.

ASSIS, Gilmar de. Mediação sanitária. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, v. 2, n. 2, jul./dez. 2013.

BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria et al. Responsabilidade do Estado e direito à saúde no Brasil: um balanço da atuação dos Poderes. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 829-839, 2009.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, v. 8, n. 1, p. 59-85, jan. 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de et al. Direito à saúde e prioridades: introdução a um debate inevitável. **Revista Direito GV**, v. 13, n. 2, p. 457-483, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 9, n. 46, nov. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.** Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal.** Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito – UERJ**, v. 2, n. 21, p. 1-50, jan./jun. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.** 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERGAMASCHI, A. L. **A resolução dos conflitos envolvendo a Administração Pública por meio de mecanismos consensuais.** 2015. 290 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

BIEHL, J.; PETRYNA, A. Tratamentos jurídicos: os mercados terapêuticos e a judicialização do direito à saúde. **História, Ciências, Saúde – Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p. 173-192, enero-marzo 2016.

BLIACHERIENE, Ana Carla; RUBIM, Thiago Freitas; SANTOS, José Sebastião dos. Delimitação do sentido normativo dos princípios doutrinários do direito à saúde como parâmetro mitigador da judicialização das políticas públicas de saúde. **Revista Eletrônica Jurídica**, v. 3, n. 2, 2016.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: a quem cabe dar a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília/DF, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 7.508/2011**. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 26 jun. 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato20112014/2011/Decreto/D7508.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20112014/2011/Decreto/D7508.htm). Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.401/2011**. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 29 abr. 2011. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm). Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105/2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 17 mar. 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.140/2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 29 jun. 2015. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm). Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.080/90**. 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, 20 set. 1990. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8080.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8080.htm). Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.099/1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 27 set. 1995. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9099.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm). Acesso em: 12 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.958/2000**. Altera e acrescenta artigos à Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5452, de 1º de maio de 1943, dispondo sobre as Comissões de Conciliação Prévia e permitindo a execução de título executivo extrajudicial na Justiça do Trabalho. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 13 jan. 2000. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9958.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9958.htm). Acesso em: 12 nov. 2020.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUCCI, M. P. D.; DUARTE, C. S. (Coords.). **Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAMPOS, G. W. de S. **O público e o privado na saúde brasileira**. Le Monde Diplomatique, 04 mar. 2008. Disponível em: <http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=174>. Acesso em: 14 ago. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2015.

CARNEIRO, João Paulo de Souza. **Delimitação Judicial do Direito à Saúde: um exercício de aplicação do modelo de direitos fundamentais de Robert Alexy**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CARVAJAL, A. **Farmacoepidemiologia**. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1993. 162 p.

CARVALHO, G. A saúde pública no Brasil. **Estudos Avançados**, v. 27, n. 78, p. 7-26, 2013.

CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. LXXIV [separata], 1998.

CEARÁ. Secretaria de Saúde do Estado do Ceará. **Plano Estadual de Saúde 2016-2019**. Disponível em: <https://www.saude.ce.gov.br/download/plano-estadual-de-saude-2016-2019>. Acesso em: 04 fev. 2022.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. **Manual de desjudicialização da saúde no Ceará**. Fortaleza: Tribunal de Justiça do Ceará, 2021. Disponível em: [file:///D:/DADOS%20DO%20USUARIO/Downloads/manual\\_desjudicializac%CC%A7a%CC%83o\\_da\\_sau%CC%81de\\_miolo\\_02%20\(1\).pdf](file:///D:/DADOS%20DO%20USUARIO/Downloads/manual_desjudicializac%CC%A7a%CC%83o_da_sau%CC%81de_miolo_02%20(1).pdf). Acesso em: 05 fev. 2022.

CEBOLA, C. M. **La mediación**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: FMG, 2003. p. 17-42.

COLÔMBIA. **Constitución Política de Colombia de 1991**. Actualizada con los Actos Legislativos a 2016. Edición especial preparada por la Corte Constitucional Consejo Superior de la Judicatura Centro de Documentación Judicial – CENDOJ. Biblioteca Enrique Low Murtra – BELM. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Enunciados da I, II e III Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661e101b2d80ec95593d03dc1fld3e.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Resolução nº 125/2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao\\_n\\_125-GP.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/Resolucao_n_125-GP.pdf). Acesso em: 19 jul. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETARIAS MUNICIPAIS DE SAÚDE – CONASEMS. **Integração entre saúde e direito pode contribuir para reduzir judicialização**. 2019. Disponível em: <https://www.conasems.org.br/cnj-integracao-entre-saude-e-direito-pode-contribuir-para-reduzir-judicializacao/>. Acesso em: 27 jun. 2020.

CORRÊA, Darciso; MASSAFRA, Cristiane Quadrado. O Direito à Saúde e o Papel do Judiciário para a Sua Efetividade no Brasil. **Unijuí**, ano 2, n. 3, jan./jun. 2004.

CUNHA, A. A integralidade do direito à saúde na visão do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 20, n. 1, p. 167-184, nov. 2019.

CCSA, CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA. “**Case CCT 32/97**” Thiagraj Soobramoney x Minister of Health (Kwazulu-Natal). África do Sul, 1997. Disponível em: [https://collections.concourt.org.za/bitstream/handle/20.500.12144/2038/Full%20judgment%20\(260%20Kb\)-1617.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://collections.concourt.org.za/bitstream/handle/20.500.12144/2038/Full%20judgment%20(260%20Kb)-1617.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em 10 jul 2020.

DALLARI, S. G. **Os Estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995.

DARR, Kurt. Alternative dispute resolution in health services: now more than ever. **Hospital Topics**, Washington/DC, v. 72, n. 4, 1994. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/00185868.1994.9948494>. Acesso em: 18 jul. 2021.

DELDUQUE, Maria Célia; CASTRO, Eduardo Vazquez. A mediação sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil. **Saúde Debate**, Rio de Janeiro, v. 39, n. 105, p. 506-513, abr./jun. 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

DUARTE, Clarice Seixas. Inovações de método para o trabalho jurídico: a experiência do grupo de pesquisa “direitos sociais e políticas públicas”. In: BUCCI, M. P. D.; DUARTE, C. S. (Coords.). **Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

ELIAS, P. E. **Estado e saúde: os desafios do Brasil contemporâneo**. São Paulo: Perspec., 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/spp/a/YRRfpsV4btVLhMqbHqgJLyp/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 25 ago. 2021.

ELSTER, Jon. **Local Justice**. New York: Russel Sage Foundation, 1992. p. 21-22 *apud* AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FLEURY, S.; OUVENEY, A. M. **Política de saúde: uma política social**. Disponível em: [http://www.escoladesaude.pr.gov.br/arquivos/File/TEXT0\\_1\\_POLITICA\\_DE\\_SAUDE\\_POLITICA\\_SOCIAL.pdf](http://www.escoladesaude.pr.gov.br/arquivos/File/TEXT0_1_POLITICA_DE_SAUDE_POLITICA_SOCIAL.pdf). Acesso em: 25 jul. 2021.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Judicialização na Saúde faz desigualdade avançar, dizem especialistas**. 2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2014/03/1432517-judicializacao-na-saude-faz-desigualdade-avancar-dizem-especialistas.shtml>. Acesso em: 11 mai. 2021.

FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE – FUNASA. **Cronologia histórica da saúde pública: uma visão histórica da saúde brasileira**. 2017. Disponível em: <http://www.funasa.gov.br/cronologia-historica-da-saude-publica>. Acesso em: 14 ago. 2021.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas: Justiça e Democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GARGARELLA, Roberto. Justicia dialógica en la ejecución de los derechos sociales: algunos argumentos de partida. In: YAMIN, Alicica E.; GLOPPEN, Siri (Edit.). **La lucha por los derechos de la salud ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?** Buenos Aires: Siglo XXI, 2013. p. 119.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo Código de Processo Civil**. 2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/art20160105-01.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2021.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 251, p. 139-178, mai. 2009.

HOMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos**. Por qué La libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA – INSPER. **Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Conselho Nacional de Justiça, 2019.

JESUS, Marcela do Amaral Barreto de. Mediação e Conciliação no âmbito da jurisdição administrativa no Brasil. **Revista CEJ**, Brasília, v. 21, n. 71, p. 47-53, jan./abr. 2017.

JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montex. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

JÚNIOR, I. B.; PAVANI, M. R. O direito à saúde na ordem constitucional brasileira. **Revista Dir. Gar. Fund.**, Vitória, v. 14, n. 2, p. 71-100, jul./dez. 2013.

LANDAU, D. South African Social Rights Jurisprudence and the Global Canon: A Revisionist View. In: DIXON, R.; ROUX, T. (Eds.). **Constitutional Triumphs, Constitutional Disappointments: A Critical Assessment of the 1996 South African Constitution's Local and International Influence**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 406-428.

LEITE, Glauco Salomão. A Dinâmica da Política Constitucional: o que podemos extrair do Caso "Brown vs. Board Education"? **Revista do Direito de Santa Cruz do Sul**, v. 2, n. 55, p. 2-12, mai./ago. 2018.

LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e Constitucionalismo Democrático**: do ativismo judicial ao diálogo constitucional. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LEMOS, M. M. **A Secretaria da Saúde e a realidade sanitária do Estado de São Paulo**. São Paulo: Secretaria da Saúde, 1967.

LIMA, F.; FRANÇA, E. Ativismo dialógico X Bloqueios institucionais: limites e possibilidades do controle jurisdicional de políticas públicas a partir da sentença T-025/04 da Corte Colombiana. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, n. 31, p. 209-243, 2018.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Jurisdição constitucional e política**: ativismo e autocontenção no STF. Curitiba: Juruá, 2014.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais**: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006.

LOURENÇO, J. L. O Constitucionalismo e as experiências democratizantes na América Latina: um estudo comparativo entre as Constituições do Brasil, Colômbia e Equador. In: **Anais do II Simpósio Internacional Pensar e Repensar a América Latina**, USP, 2016. Disponível em: [https://sites.usp.br/prolam/wpcontent/uploads/sites/35/2016/12/Joyce\\_Lourenco\\_IISimpósio-Internacional-Pensar-e-Repensar-a-America-Latina.pdf](https://sites.usp.br/prolam/wpcontent/uploads/sites/35/2016/12/Joyce_Lourenco_IISimpósio-Internacional-Pensar-e-Repensar-a-America-Latina.pdf). Acesso em: 15 mai. 2020.

LUÑO, Antonio E. Pérez. **Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2013.

MACHADO, E. D. **Ativismo Judicial**: limites institucionais democráticos e constitucionais. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda Constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: o Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017.

MARTINI, Sandra Regina. Direito fraterno na sociedade cosmopolita. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006.

MARTINS, Urá Lobato. A judicialização das políticas públicas e o direito subjetivo individual à saúde, à luz da teoria da justiça distributiva de John Rawls. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, n. 2, 2015.

MARTINS, Wal. **Direito à saúde**: compêndio. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. **Meios alternativos de solução de conflitos**: o cidadão na administração da justiça. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.

MEDRADO, Raquel Guedes et al. **SOS SUS**: Muita Justiça, Pouca Gestão? Estudo sobre a Judicialização da Saúde. 2013. Disponível em: [http://www.mpdf.mp.br/saude/images/judicializacao/SOS\\_SUS.pdf](http://www.mpdf.mp.br/saude/images/judicializacao/SOS_SUS.pdf). Acesso em: 01 ago. 2021.

MELLACE, L.; ROMEO, A. As “desventuras” dos direitos sociais: entre dificuldades teóricas e crise econômica. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, n. 27, p. 192-224, 2017.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Lisboa: Coimbra, 2012.

MOREIRA, A. de. O. **Institucionalização da mediação: análise crítica de sua aplicação no sistema jurídico brasileiro**. 2016. 56 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2016.

MULROW, C. D. Systematic reviews rationale for systematic reviews. **British Medical Journal**, v. 309, 1994.

NAKAMURA, Fernanda de Castro; CAOBIANCO, Nathália Melazi. A judicialização do direito à saúde em uma perspectiva comparada: Brasil e Colômbia. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 20, n. 1, p. 63-85, mar./jun. 2019.

NORONHA, J. C.; PEREIRA, T. R. Princípios do sistema de saúde brasileiro. In: GADELHA, P. (Coord.). **A saúde no Brasil em 2030**: prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro: organização e gestão do sistema de saúde. v. 3. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/Ministério da Saúde, 2013. Disponível em: <http://books.scielo.org>. Acesso em: 02 mar. 2020.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2010.

NUNES, E. D. Sobre a história da saúde pública: ideias e autores. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 5, n. 2, 2000.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. **Ministério Público e Políticas de Saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

OLIVEIRA, M. dos. R. M. et al. Mediação como prevenção à judicialização da saúde: narrativas dos sujeitos do judiciário e da saúde. **Escola Anna Nery**, v. 23, n. 2, 2019.

ORDACGY, André da Silva. O Direito Humano Fundamental à Saúde Pública. **Revista da Defensoria da União**. Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/article/view/185/162>. Acesso em: 15 ago. 2021.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – OAB. **Código de Ética e Disciplina dos Advogados**. Brasília: OAB, 1995.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>. Acesso em: 07 fev. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)**. Nova Iorque, 22 de julho de 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organizacao-MundialdaSaude/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswwho.html>. Acesso em: 07 fev. 2020.

PAIM, Jairnilson. O sistema de saúde brasileiro: história, avanços e desafios. **The Lancet**, mai. 2011. Disponível em: <http://download.thelancet.com/flatcontentassets/pdfs/brazil/brazilpor1.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2021.

PELÁEZ, Contreras F. *apud* ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Chistian. **Derechos Sociales como Derechos Exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

PENSE SUS. **Público X Privado**. Disponível em: <http://pensesus.fiocruz.br/p%C3%BAblico-x-privado>. Acesso em: 11 ago. 2021.

PEPE, V. L. E.; VERAS, C. M. T. A prescrição médica. **Instituto de Medicina Social**, Rio de Janeiro, n. 111, 1995.

PEREIRA, J. R. G. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, M. W. **Implantação de Centro de Solução Extrajudicial de Conflitos Administrativos e Judiciais no Município de Governador Valadares**. Brasília/DF, 2018. Disponível em: <http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/4420>. Acesso em: 20 nov. 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. O novo CPC e a mediação: reflexões e ponderações. **Revista de Informação Legislativa**, v. 48, n. 190, p. 219-235, abr./jun. 2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. Novos desafios da mediação judicial no Brasil: a preservação das garantias constitucionais e a implementação da advocacia colaborativa. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 52, n. 205, p. 55-70, jan./mar. 2015.

PINZÓN-FLÓREZI, C. E. et al. Priorización de estrategias para el abordaje de la judicialización en salud en América Latina y el Caribe. **Revista de Saúde Pública**, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsp/a/Gr3t5VrhrdjNz8DwCRfS6Kt/?format=pdf&lang=es>. Acesso em: 20 mar. 2021.

PRADA, C.; CHAVES, S. Health system structure and transformations in Colombia between 1990 and 2013: a sociohistorical study. **Critical Public Health**, 2018. Disponível em:

[https://www.researchgate.net/publication/323887984\\_Health\\_system\\_structur\\_and\\_transformations\\_in\\_Colombia\\_between\\_1990\\_and\\_2013\\_a\\_socio-historical\\_study](https://www.researchgate.net/publication/323887984_Health_system_structur_and_transformations_in_Colombia_between_1990_and_2013_a_socio-historical_study). Acesso em: 16 set. 2020.

RAEFRAY, A. P. O. **Direito da saúde**: de acordo com a Constituição Federal. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RAMIREZ, E. C. Alcances del derecho a la salud en Colombia: una revisión constitucional, legal y jurisprudencial. **Revista de Derecho**, n. 40, 2013. Disponível em: <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/4855/3589>. Acesso em: 02 jun. 2020.

RESTREPO-ZEA, J. H.; CASAS-BUSTAMANTE, L. P.; ESPINAL-PIEDRAHITA, J. J. Cobertura universal y acceso efectivo a los servicios de salud: ¿ Qué ha pasado en Colombia después de diez años de la Sentencia T-760? **Rev. Salud Pública**, v. 20, n. 6, p. 670-676, 2018. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/rsap/v20n6/0124-0064-rsap-20-06-670.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2020.

RIBAS, Giovanna Paola Primor; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. A judicialização das políticas públicas e o Supremo Tribunal Federal. **Rev. Direito PUC**, n. 44, 2014.

ROSEVEAR, E. Social rights interpretation in Brazil and South Africa. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 5, n. 3, set./dez. 2018.

SALDIVA, Paulo Hilário Nascimento; VERAS, Mariana. Gastos públicos com saúde: breve histórico, situação atual e perspectivas futuras. **Estudos Avançados**, v. 32, n. 92, p. 47-61, 2018.

SALES, Lilia Maia de Moraes; RABELO, Cilana de Moraes Soares. Meios consensuais de solução de conflitos como instrumentos de democracia. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 182, p. 75-88, abr./jun. 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, L.; MONTI, J. F. C. É preciso desjudicializar a saúde como uma das medidas de salvação do SUS. **Conasems**, Brasília, v. 61, 2015.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil. **RIDB**, v. 2, n. 4, p. 3185-3186, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais Sociais**: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora?** Porto Alegre, p. 163-206, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, D. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. 2009. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/fd58/230b669c4f9e0792bb940c54183969eac761.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2020.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças Aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 133-153.

SCHEPPELE, K. L. Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying crossconstitutional influence through negative models. **International Journal of Constitutional Law**, v. 1, n. 2, 2003.

SCHULZE, C. J. **Judicialização da saúde**: importância do conjunto probatório e da oitiva do gestor. Conselho Nacional de Secretários de Saúde – CONASS, 2015. Disponível em: [http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-ZIREITO\\_A\\_SAUDE-ART\\_12B.pdf](http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-ZIREITO_A_SAUDE-ART_12B.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020.

SCHULZE, C. J. Números atualizados da judicialização da saúde no Brasil. **Empório do direito**, 2017. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/numeros-de-2019-da-judicializacao-da-saude-no-brasil>. Acesso em: 19 dez. 2020.

SEGRE, M.; FERRAZ, F. C. O conceito de saúde. **Revista de Saúde Pública**, p. 538-542, 1997. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rsp/v31n5/2334.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2020.

SERGIPE. Defensoria Pública do Estado de Sergipe. **Resolução nº 010/2018**. Dispõe acerca da Criação e Funcionamento da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde - CRLS da Defensoria Pública do Estado de Sergipe e dá outras providências. Disponível em: <https://www.defensoria.se.def.br/wp-content/uploads/2019/05/RESOLU%C3%87%C3%83O-%C2%BA-010.2018-CRLS.htm>. Acesso em: 31 jan. 2022.

SILVA, A. B. da; SCHULMAN, G. (Des)judicialização da saúde: mediação e diálogos interinstitucionais. **Rev. Bioét. (Impr.)**, v. 25, n. 2, p. 290-300, 2017.

SILVA, V. A. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, V. A. Federalismo e articulação de competências. In: PETERS, B. G.; PIERRE, J. (Orgs.). Trad. Sonia Midori Yamamoto e Mirian Oliveira. **Administração Pública: coletânea**. São Paulo: Editora UNESP; Brasília: ENAP, 2010.

SOUSA, M. T. C; CASTRO, M. L. Desenhando modelo de sistemas de disputas para a administração pública: proposições acerca da política pública de fornecimento de medicamentos pelo viés do diálogo institucional. **Revista CEJ**, v. XX, n. 70, p. 101-112, set./dez. 2016.

SOUZA, Jorge Munhós de. **Diálogo institucional e direito à saúde**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010.

STOLLER, S. **Mediation in healthcare context: challeng and response**. 2008. Disponível em: [http://www.gsd.ge/hrh/pictures/dfltcontent/gallery/12\\_1.pdf](http://www.gsd.ge/hrh/pictures/dfltcontent/gallery/12_1.pdf). Acesso em: 1 nov. 2020.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lênio Luiz; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; TRINDADE, André Karam. O 'Cartesianismo Provessual' em Terrae Brasilis: A Filosofia e o Processo em Tempos de Protagonismo Judicial. **Novos Estudos Jurídicos (Online)**, v. 18, n. 1, p. 5-22, 2013. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/4480>. Acesso em: 14 jul. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **AgRg no Recurso Extraordinário nº 271.286 Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/779142/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-271286-rs>. Acesso em: 02 fev. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Recurso Extraordinário nº 657.718 Minas Gerais**. Relator: Ministro Marco Aurelio. DJ: 03/06/2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 02 fev. 2020.

STJ, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL. **REsp 1657156 RJ – RIO DE JANEIRO**, Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Superior Tribunal de Justiça. Data

de Publicação: DJe 04/05/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ca&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201657156>. Acesso em: 02 fev. 2020.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Ativismo Judicial e Políticas Públicas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; TASSINARI, Clarissa. Ativismo Judicial e Judicialização da Política: notas para uma necessária diferenciação. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; SANTOS, Marcio Gil Tostes dos (Orgs.). **Constituição Brasileira de 1988: Reflexões em Comemoração ao seu 25º Aniversário**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 71-92.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 63-78.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

UN COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS – CESCR. **General Comment No. 3: The Nature of States Parties’ Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant)**. 1990. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/4538838e10.html>. Acesso em: 10 jun. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo**, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32008l0052:es:NOT>. Acesso em: 1 nov. 2020.

URIBE, Carlos Escobar; ANGULO, Felipe Higuera; RAMÍREZ, Walter Arévalo. **Gobernanza global y responsabilidad internacional del Estado: experiencias en América Latina**. Bogotá: Universidad El Bosque, 2019.

VALLE, V. R. L. Decisão judicial em direito à moradia no Brasil e na Colômbia: uma perspectiva comparativa. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 67-102, mai./ago. 2014.

VAZQUES DE CASTRO, E. La mediación en materia de consumo: características y elementos de debate. In: VILLALUENGA, García; URBINA, Tomillo; VAZQUEZ DE CASTRO, E. (Orgs.). **Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflicto en el siglo XXI**. Madrid: Reus S.A., 2010.

VIANA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Soc.**, v. 19, n. 2, p. 39-85, nov. 2007.

VILLEGAS, M. G. Constitucionalismo Aspiracional: derecho, democracia y cambio social em la América Latina. **Análisis Político**, v. 25, n. 75, 2012.

WANG, D. W. et al. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 5, p. 1191-1206, set./out. 2014.

WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo**: a mediação no direito. Argentina: alMed, 1999.

WILLERS, M. M. Os desafios da resolução pacífica de conflitos na Administração Pública municipal. In: **XIII Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea e III Mostra Nacional de Trabalhos Científicos**, Santa Cruz do Sul, p. 1-18, 2017.

YEPES, R. U. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 4, n. 6, 2007.

YOUNG, K.; LEMAITRE, R. J. The Comparative Fortunes of the Right to Health: Two Tales of Justiciability in Colombia and South Africa. **Harvard Human Rights Journal**, v. 26, 2013. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?> Acesso em: 15 jul. 2021.

ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.