

XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

DIREITO E SAÚDE

JANAÍNA MACHADO STURZA

LITON LANES PILAU SOBRINHO

JURACI MOURÃO LOPES FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito e saúde [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Janaína Machado Sturza; Juraci Mourão Lopes Filho; Liton Lanes Pilau Sobrinho. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-851-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Saúde. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

DIREITO E SAÚDE

Apresentação

Nos dias 15, 16 e 17 de novembro, aconteceu o XXX Congresso Nacional do CONPEDI, na cidade de Fortaleza, no Ceará, mais especificamente no Centro Universitário Christus – Unichristus.

No dia 17 aconteceu o GT Direito e Saúde, no qual foram apresentados trabalhos que versaram sobre diferentes perspectivas e possibilidades de diálogos com a saúde enquanto direito social, fundamental e humano, salientando-se pautas como estudos conceituais e/ou relatos de experiências no contexto brasileiro e/ ou internacional, focalizando a concretização da saúde e suas demandas, com alicerces na Constituição Federal. Foram abordados temas como a judicialização da saúde, especialmente no que refere-se a medicamentos, internações hospitalares e tratamentos de alto custo; a saúde digital e suas interlocuções com as tecnologias; questões de gênero vinculadas ao direito à saúde; medicamentos e experimentos em saúde; autonomia da vontade e prospecções da saúde com a bioética; entre outros.

Sem dúvida alguma foram belos e interessantes trabalhos que contribuíram não somente para amplas reflexões, mas também, e certamente, são grandes contribuições para a pesquisa jurídica e social na academia brasileira e internacional, notadamente com destaque ao direito à saúde.

Janaína Machado Sturza – UNIJUI

Liton Lanes Pilau Sobrinho – Universidade do Vale do Itajaí / UPF

Juraci Mourão Lopes Filho – Centro Universitário Christus

REFLEXOS DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

REFLECTIONS OF THE ROLE OF THE JUDICIARY ON THE EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO HEALTH

**Raul Lopes De Araujo Neto
Alexandre Helvécio Alcobaça da Silveira**

Resumo

Este trabalho procura entender o fenômeno da judicialização de demandas que tem, por objeto, o direito à saúde. Muito embora o artigo 196, da Constituição Federal, determine que a saúde é direito de todos e dever do Estado, tal garantia não tem sido observada de forma igualitária, conforme determina o dispositivo constitucional em sua parte final. Em muitos casos, indivíduos que estão aguardando tratamento se veem preteridos por outros que buscam a efetivação de seu direito à saúde por meio do Poder Judiciário. Essa especial situação tem causado um aumento considerável de demandas, criando, desse modo, uma ingerência judicial sobre as políticas públicas de saúde de responsabilidade dos Poderes Executivo e Legislativo. A judicialização de demandas relacionadas à saúde causam, ao menos em tese, afronta ao princípio da separação dos poderes, prevista no artigo 2º, da Constituição Federal. A análise sobre a existência ou não de violação ao referido princípio é o objeto desse trabalho que, ao final, buscará apontar uma resposta ao problema.

Palavras-chave: Saúde, Políticas públicas, Poderes, Ativismo

Abstract/Resumen/Résumé

This work seeks to understand the phenomenon of the judicialization of claims whose object is the right to health. Although article 196 of the Federal Constitution determines that health is a right of all and a duty of the State, this guarantee has not been observed equally, as determined by the constitutional provision in its final part. In many cases, individuals who are awaiting treatment find themselves passed over by others who seek to enforce their right to health through the Judiciary. This special situation has caused a considerable increase in demands, thus creating judicial interference in public health policies under the responsibility of the Executive and Legislative branches. The judicialization of health-related claims causes, at least in theory, an affront to the principle of separation of powers, provided for in Article 2 of the Federal Constitution. The analysis of the existence or not of violation of that principle is the object of this work that, in the end, will seek to point out an answer to the problem.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Health, Public policies, Powers, Activism

1. Introdução

A seguridade social, inserida no título VIII da Constituição Federal que trata da Ordem Social, é um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social¹. Compreende, portanto, ações com o intuito de garantir a saúde a previdência e a assistência sociais. Trata-se, portanto, de instrumento garantidor dos direitos sociais previstos no artigo 6º, da Constituição Federal². Esse arcabouço de instrumentos de proteção social previsto no sistema normativo tem o condão de proteger os cidadãos das intercorrências por meio de intervenção estatal no mundo fenomênico.

A divisão da seguridade social em saúde, previdência e assistência social busca alcançar todos os cidadãos. Embora sejam tratados como direitos sociais, ao cidadão é garantida a seguridade social desde que cumpridas suas exigências. A previdência social é garantida a uma parcela da sociedade que contribui com o sistema previdenciário. Presentes os requisitos para o recebimento de benefícios previdenciários e havendo contribuições ao sistema, devida a contraprestação estatal correspondente.

Diferentemente da previdência social, a assistência social não exige contribuições. Basta, no caso, o preenchimento dos requisitos previstos no artigo 203, da Constituição Federal³, e/ou nos dispositivos legais. Já a saúde, diferentemente da assistência e da previdência social, não exige quaisquer requisitos, além, obviamente, da existência de doença ou outros agravos. Nesse sentido é o comando contido no art. 196, da Constituição Federal, o qual determina que a saúde é um direito de todos. Além de direito de todos, é um dever do Estado, o qual deve destinar políticas sociais e econômicas para a redução não só de doenças, mas,

¹ Artigo 194, da Constituição Federal

² Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

³ Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

VI - a redução da vulnerabilidade socioeconômica de famílias em situação de pobreza ou de extrema pobreza.

também, de seus agravos. Por derradeiro, ainda determina que o acesso à saúde é universal e igualitário, não havendo que se privilegiar uns em detrimentos de outros⁴.

Não obstante o direito universal e igualitário à saúde, é possível se verificar que essa universalidade e igualdade tem sido cada vez mais posta de lado. Com a deficiência do sistema de saúde, o qual, por diversos fatores que não serão discutidos no presente artigo, não acolhe todos aqueles que dele necessitam, muitos indivíduos têm sofrido com doenças que, muitas vezes, poderiam ser de fácil diagnóstico e tratamento. Além dos casos ditos de fácil solução, ainda existem outros de difícil solução, que exigem maiores dispêndios do Estado, dificultando o atendimento que deveria ser universal.

Diante da falha estatal que não garante a saúde no nível de necessidade do cidadão, a busca pela judicialização de demandas no afã de garantir esse direito social tem crescido abruptamente. Instado a se manifestar sobre a demanda, o Poder Judiciário tem atuado como substituto do governo político e garantido o direito à saúde omitido pelo poder público em alguns casos. Ocorre que, em outras situações, a garantia ao direito à saúde de uns tem sido dada em detrimento da garantia ao direito daqueles que se encontram nas filas de atendimento e não procuram o respectivo apoio judicial⁵. Nota-se, portanto, que existe uma inversão do sentido constitucional do direito à saúde. A prioridade do acesso tem sido dada, muitas vezes, pela prestação jurisdicional, criando-se uma nova fila no sistema de saúde diversa daquela que abriga os cidadãos que procuram o atendimento diretamente pelo ente político.

Essa ingerência do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde é o problema a ser discutido no presente trabalho, considerando que a atuação judicial tem causado inconvenientes que, muitas vezes, podem configurar uma interferência indevida nas funções típicas dos Poderes Executivo e Legislativo. Têm-se, assim, como temas centrais, o Poder Judiciário e a possibilidade de sua atuação em políticas públicas que são de responsabilidade dos Poderes Legislativo e Executivo. No presente trabalho, serão analisadas as razões que levaram ao aumento na atuação do Poder Judiciário e a possibilidade de sua atuação em matérias de competência dos Poderes Executivo e Legislativo que são os responsáveis pelas políticas públicas.

Verificar-se-á, também, até que ponto é salutar a intervenção judicial e até onde pode haver essa interferência, bem como serão analisadas as soluções até agora apontadas para a

⁴ Art. 196. 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.

⁵ Segundo Stephen Holmes *et. al.*, “quando se garante um direito, uma pessoa ganha e outra perde”. (HOLMES; SUNSTEIN, 2019. p. 42)

solução desse possível conflito. Ao final, encontradas essas respostas, serão apresentadas propostas para o restabelecimento da normalidade sem a possível interferência do Poder Judiciário que, em um primeiro momento, não pode ser o responsável pela boa condução das políticas públicas de saúde.

2. A saúde como política pública e a atuação do poder judiciário

O sistema de saúde é único e atinge a máxima da universalidade. Não obstante o atingimento da universalidade, é ponto pacífico que existe uma prestação precária dos serviços de saúde. Em muitos casos, filas se formam em portas de hospitais e inúmeros cidadãos não têm o devido acesso aos atendimentos de saúde. Restam àqueles que buscam o atendimento de saúde encontrar abrigo no Poder Judiciário, o qual, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, já possuía mais de quinhentos e vinte mil processos relacionados ao tema em suas prateleiras no ano de 2022 (MAINENTI, 2023)⁶.

Essas demandas judiciais terminam por garantir àqueles que buscam seus direitos na esfera judicial uma situação de privilégio frente àqueles que permanecem no aguardo da efetivação da política pública de saúde. Essa situação faz com que os recursos que seriam coletivos sejam destinados àqueles que obtêm o tratamento individual determinado pela Justiça. Há uma clara inversão de valores. O individual tem prioridade frente à coletividade. Remédios e tratamentos de grande valor são encaminhados a um percentual muito baixo da população, enquanto o grande volume dos cidadãos não têm acesso aos tratamentos mais comezinhos.

A estatística apresentada pelo Conselho Nacional de Justiça mostra que a população tem, cada vez mais, procurado a via judicial para a obtenção do direito à saúde. Em tese, não seria necessária essa busca pela via judicial, pois o direito à saúde é claro e se encontra presente no artigo 196, da Constituição Federal. Porém, de forma contrária ao que deveria ocorrer, a prestação dos serviços de saúde tem sido lenta e insuficiente. Obviamente que os cidadãos que se encontram em situação de necessidade não podem aguardar o tratamento adequado numa fila interminável. Corre-se o risco do usuário falecer, ou mesmo ter um agravamento de sua condição, antes mesmo de receber o atendimento. Por essa razão, frente à impossibilidade de espera, lançam mão de ações judiciais para a obtenção da prestação estatal.

⁶ O Conselho Nacional de Justiça lançou o Painel de Estatísticas Processuais de Direito da Saúde com informações detalhadas sobre as demandas judiciais que tenham por objeto a saúde. Os dados do painel podem ser visualizados no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça, por meio do endereço <<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,currsel>>.

Diante desse panorama, o Poder Judiciário se vê na necessidade de prestar o seu serviço, considerando o princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal⁷. Nesses casos, garantir a saúde aos jurisdicionados por meio de ações judiciais termina por fazer com que um dos poderes da República exerça atividade inicialmente estranha às suas funções. Isso porque a prestação dos serviços de saúde requer um estudo e direcionamento das políticas públicas⁸ para atender às demandas da população. O direcionamento do atendimento à saúde no que tange a procedimentos, fixação do número de leitos em hospitais, dispensação de medicamentos, dentre outros, é matéria de política pública, a qual, por essa razão, deveria ser planejada pelos Poderes Executivo e Legislativo. A determinação judicial para garantir o atendimento de indivíduos, muitas vezes através de procedimentos caracterizadores de fura-filas ou mesmo fornecimento de medicamentos não previstos na política da saúde, demonstra, ao menos em tese, interferência indevida do Poder Judiciário.

Essa preocupação com a possibilidade de um dos poderes interferir em assuntos típicos de outro já havia sido alertada por Montesquieu. Nesse particular, asseverou que a situação de interferência poderia gerar o enfraquecimento de ambos os poderes ou, até mesmo, sua corrupção. Quanto mais poder é dado a uma pessoa, maior a chance de desvio no cumprimento de suas funções originárias, não se podendo cogitar na interferência de um Poder no campo de atuação dos demais (NASCIMENTO, 2022).

Chega-se, assim, a uma encruzilhada, na medida em que o cidadão tem direito à saúde, a qual não é prestada a contento pelo administrador mesmo devendo ser efetivada por meio de políticas públicas⁹, e busca guarida no Poder Judiciário, que não é o poder responsável pela implementação das políticas de saúde. Essa situação poderia, repise-se, ao menos em tese, caracterizar uma violação à separação dos poderes prevista no artigo 2º, da Constituição Federal¹⁰.

⁷ Art. 5º. [...] [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...].

⁸ Para Felipe de Melo Fonte, “políticas públicas podem ser conceituadas como o conjunto de atos e fatos jurídicos que têm por finalidade a concretização de objetivos estatais pela Administração Pública. Elas não se confundem com os planos públicos, que na realidade são apenas parte do fenômeno, ou puras intenções políticas. As políticas públicas não estão intrinsecamente ligadas ao constitucionalismo ou aos direitos fundamentais, como se costuma afirmar na doutrina, mas dizem respeito à necessidade de atuação do Estado sobre a ordem social e econômica.” (FONTE, 2021, p. 100)

⁹ Felipe de Melo Fonte menciona que “os estudiosos do direito tratam as políticas públicas como meios para a efetivação de direitos de cunho prestacional pelo Estado (objetivos sociais em sentido lato), sem embargo de sua importância para a efetivação de direitos não considerados como fundamentais”. (FONTE, 2021, p. 16.)

¹⁰ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Essa busca pela efetivação das políticas públicas através do Poder Judiciário identifica uma clara crise de representação, na medida em que deixam de ter origem no campo político e são deslocadas aos “sistemas econômico e jurídico” (VAZ, 2021, p. 159). A população tem buscado na via judicial um resultado que não lhes foi entregue pelos representantes dos Poderes Executivo e Legislativo, únicos dirigentes escolhidos através do exercício do sufrágio. Assim, a justiça passa a ser a guardiã moral da sociedade, não havendo outra instância pela qual se possa recorrer. O Poder Judiciário transforma-se no superego da sociedade, deixando de se submeter a qualquer forma de domínio ou “mecanismo de controle social” (VAZ, 2021, p. 179).

Resta indubitável que o fenômeno da judicialização está diretamente ligado à desconfiança nos poderes políticos. Os conflitos que deveriam ser resolvidos no âmbito político passam a ser discutidos no âmbito judicial, passando o Poder Judiciário a ser o órgão de confiança da sociedade e mostrando o descrédito pelo qual passam os trabalhos dos Poderes Legislativo e Executivo¹¹. O descrédito do sistema de saúde perante a população faz com que se recorra, cada vez mais, ao Poder Judiciário. A má atuação dos Poderes Executivo e Legislativo leva ao aumento de demandas judiciais (LEMOS, 2017).

Ainda que se trate de matéria referente à política pública, o certo é que a questão chegou até o Poder Judiciário, o qual, por sua vez, conforme já mencionado, não poderia se abster de atuar em decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Mesmo chamado a se manifestar, ao Poder Judiciário não é permitido interferir nas atividades próprias dos demais poderes, razão pela qual se discute a possível usurpação de funções típicas do Poderes Legislativo e Executivo, no que se convencionou chamar de ativismo judicial. O Poder Judiciário deixou de se contentar com o papel de intérprete das normas existentes e passou, ele mesmo, a criar atos normativos, aproveitando-se de dispositivos constitucionais abertos (NASCIMENTO, 2022).

Em suma, a omissão na realização de políticas públicas pelos Poderes Executivo e Legislativo fez com que se criasse uma brecha para atuação do Poder Judiciário, devidamente fundamentada em dispositivos previstos na própria Constituição Federal que permitem sua atuação. A saída, então, é buscar uma alternativa para atuação do Poder Judiciário sem que haja uma invasão à esfera das políticas públicas, de responsabilidade dos Poderes Executivo e Legislativo¹². Quais seriam, então, os limites da intervenção do Poder Judiciário para atuação

¹¹ Junia Coelho Lemos traz esse ponto ao mencionar a “superconfiança no Judiciário em detrimento dos outros poderes – Legislativo e Executivo” (LEMOS, 2017, p. 413).

¹² Alvaro Luis de A. S. Ciarlini entende que o ativismo não se confunde com a atuação típica dos Poderes Executivo e Legislativo por envolver a iniciativa do Autor em demandar na via judicial e pelo fato do Poder Judiciário adotar uma atitude passiva frente ao demandante. (CIARLINI, 2013)

nos casos envolvendo a garantia à saúde? Nesse particular, vê-se a existência de duas correntes que discutem a intervenção do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais, dentre os quais a saúde, sendo uma mais ampla e outra mais restritiva no que diz respeito ao oferecimento das tutelas judiciais¹³.

Uma posição identificada por Fabio Lima Quintas admite que o Poder Judiciário tenha plenos poderes para interferir na saúde, quer construindo, quer alterando, quer modificando as políticas públicas (QUINTAS, 2015). Essa primeira corrente, de cunho claramente ativista, percebe o Poder Judiciário não apenas como um aplicador dos dispositivos contidos na legislação. Seria, também, parte da criação do Direito, atuando diretamente na sua formação¹⁴. O Poder Judiciário atuaria nos casos em que o administrador se mostrar omissos e, por essa razão, macular o sentido da Constituição Federal, ao não cumprir com seus fundamentos, objetivos e princípios.

Felipe de Melo Fonte também aponta a possibilidade de atuação do Poder Judiciário nas demandas cujo objeto são as políticas públicas, visto que as hipóteses em que há margem para a atuação discricionária absoluta dos Poderes Legislativo e Executivo são raríssimas. No caso, não é possível se falar em puro arbítrio no Estado de Direito, na medida em que existem balizadores próprios de caráter jurídico. Portanto, o controle existe, ainda que seja mínimo (FONTE, 2021).

Não resta dúvida que a Constituição Federal prevê diversas diretrizes para a saúde, quer diretamente, quer indiretamente. A menção à cidadania e à dignidade da pessoa humana como fundamentos constitucionais¹⁵, bem como à construção de uma sociedade justa e solidária, à garantia do desenvolvimento regional, redução das desigualdades e promoção do bem de todos, vedando todas as formas de discriminação, como objetivos fundamentais¹⁶ da

¹³ Álvaro Luís de A. S. Ciarlini dispõe que “a política é judicializada no momento em que passa a se valer de métodos tipicamente jurídicos na solução de suas demandas de cunho político, o que se mostra possível em duas situações distintas. A primeira delas verifica-se a partir da possibilidade de revisão judicial das decisões tomadas na órbita dos poderes executivo e legislativo. O sistema de *checks and balances* e a constitucionalização de direitos permitem, segundo TATE e VAL-LINDER, uma adequada visualização desse fenômeno. A segunda decorre da adoção de procedimentos tipicamente judiciais no âmbito do poder executivo e legislativo.” (CIARLINI, 2013, p. 90.)

¹⁴ Segundo Julio Grostein, o ativismo judicial possui características próprias, sendo elas a criação judicial, a atuação judicial seletiva e discricionária, a produção de efeitos negativos à democracia e à pluralidade e a indevida politização do Poder Judiciário. (GROSTEIN, 2021)

¹⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...];
II - a cidadania;
III - a dignidade da pessoa humana; [...].

¹⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;

República Federativa do Brasil, são perfeitamente dirigidas à saúde. Tem-se a saúde, portanto, como direito social de especial importância, sendo de competência comum de todos os entes da federação sua manutenção e prestação de serviços¹⁷.

Além desses dispositivos, a Constituição Federal reserva uma seção inteira para a saúde, mostrando, com isso, que se trata de um direito fundamental do indivíduo que deve ser garantido pelo administrador. Ao não garantir tais direitos, o administrador se põe em um estado de inconstitucionalidade¹⁸ que autoriza a atuação do Poder Judiciário. Sem mencionar que restringir o debate sobre o direito à saúde somente à possibilidade maior ou menor de atuação do Poder Judiciário termina por excluir a discussão sobre a atuação satisfatória dos Poderes Executivo e Legislativo nas políticas públicas respectivas (MONTEIRO, 2017).

Não obstante o direito do cidadão, importante lembrar que o ativismo judicial, representado pela ingerência do Poder Judiciário, termina por garantir ao indivíduo demandante uma situação de privilégio frente àquele que não lança mão desse expediente. Tal situação, dando privilégios a uns em face de outros, viola, também, os mesmos fundamentos, objetivos e princípios anteriormente garantidos pelo ativismo ao demandante em face da omissão do administrador. A divisão entre aqueles que têm garantido o direito à saúde por meio do Poder Judiciário e aqueles que não têm o direito à saúde por não se aproveitarem do Poder Judiciário cria uma situação de desigualdade violadora dos artigos 1º, III, 3º, III e IV, 5º, I, todos da Constituição Federal.

Dá se vê uma segunda corrente que considera possível a decisão judicial somente para exercer um controle formal dos atos dos gestores públicos (MACHADO *et al.*, 2018). Esse controle de legalidade se daria dentro dos parâmetros de atuação do Poder Judiciário, não prejudicando, em tese, a separação dos poderes. A interferência do Poder Judiciário em assuntos próprios dos Poderes Executivo e Legislativo e o desarranjo das contas públicas são argumentos

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁷ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...];

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; [...].

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...];

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde; [...].

Art. 30. Compete aos Municípios: [...];

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população; [...].

¹⁸ Felipe de Melo Fonte, ao mencionar que o Estado de Coisas Inconstitucional foi concebido pela Corte Constitucional da Colômbia, indica que seu reconhecimento leva o tribunal a “mobilizar seu capital institucional para a formação da agenda pública, apontando a existência de um grave problema de efetividade constitucional, e atuar na condição de coordenador de políticas públicas, destravando os eventuais bloqueios existentes no sistema político”. (FONTE, 2021, p. 94)

comumente utilizados pelo ente público em suas defesas na via judicial. É flagrante que a atuação judicial estaria arraigada de ilegitimidade para o julgamento de matérias relacionadas a políticas públicas, pois falta ao Poder Judiciário a representatividade democrática necessária, além de não ter a capacidade técnica para análise da questão e por agir dentro do poder discricionário da administração pública. Importante mencionar que existem barreiras na limitação orçamentária para a disponibilização de tratamentos em demandas judiciais que causariam impactos sobre as políticas públicas de saúde existentes (LEMOS, 2017).

Obviamente que essa atuação limitada do Poder Judiciário não resolverá o problema da omissão do administrador para a garantia do direito à saúde. Sem mencionar que terminaria por não dar ao jurisdicionado o direito pretendido na forma e intensidade necessárias. A impossibilidade de atuação do Poder Judiciário, ou mesmo sua atuação limitada, estaria, também, negando eficácia, ainda que mínima, a direitos garantidos constitucionalmente.

A atuação do Poder Judiciário é necessária, mas deve ser limitada a alguns fatores, dentre os quais a chamada reserva do possível, a qual exige a razoabilidade da decisão a ser tomada. Segundo a reserva do possível, teoria criada pelo direito alemão, os direitos sociais não seriam exigíveis num primeiro momento. A utilização do critério da razoabilidade seria indispensável para a verificação da conduta indevida do ente político (FONTE, 2021). Vê-se, portanto, que a reserva do possível não pode ser utilizada pelo administrador para a ausência, ou insuficiência, da política pública de saúde quando sua implementação é necessária e se encontra presente a possibilidade econômico-financeira do Estado¹⁹.

Esse foi o posicionamento do Supremo Tribunal Federal manifestado no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 642536/Amapá, onde ficou assentado que inexistente violação ao Princípio da Separação dos Poderes quando o Poder Judiciário determina

¹⁹ Assim dispõe Luane Silva Nascimento: "Uma vez reconhecido o caráter fundamental do direito social à proteção da saúde e o fato de que para concretizá-lo é necessária a sua implementação por meios onerosos, de valores expressivos, inclusive, priorizando uma atitude ativamente prestadora por parte do Estado tanto na seara de direitos individuais quanto coletivos, para que isso seja possível, necessário se faz a subordinação dos direitos a serem garantidos à possibilidade econômico-financeira do Estado de modo que, comprovada objetivamente a incapacidade orçamentária estatal, não é exigível a imediata efetivação do mandamento constitucional. Em contrapartida, não poderá o Estado invocar fundamentos desproporcionais, inverídicos ou fraudulentos que revelem o ilegítimo e arbitrário propósito de privar ou inviabilizar o estabelecimento e a preservação dos valores e direitos fundamentais do cidadão aptos a garantirem o seu mínimo existencial. Por essa razão, a cláusula da reserva do possível não poderá ser arguida quando não se constatar justo motivo objetivamente aferível, considerando que ao Estado não compete exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, sobretudo no que tange à concretização da proteção da saúde, direito fundamental social intimamente ligado ao direito à vida." (NASCIMENTO, 2022, p. 105)

a observância de políticas públicas já existentes e que vêm sendo descumpridas pelo ente político²⁰.

É certo que essa atuação do Poder Judiciário não desnatura de maneira alguma o Princípio da Separação dos Poderes e nem se está cerceando as atividades dos Poderes Legislativo e Executivo. Diferentemente seria se houvesse uma atuação direta, sem qualquer balizamento, com clara distorção do dispositivo constitucional, o que deflagraria uma situação de mutação inconstitucional²¹.

Frente às constantes demandas, O Supremo Tribunal Federal buscou fixar parâmetros para a intervenção judicial em políticas públicas para a efetivação do direito à saúde. No caso, reconheceu duas situações distintas: a) demandas que tem por objeto dar efetividade a políticas públicas existentes e b) demandas que buscam prestações ainda não acolhidas pela política pública de saúde (QUINTAS, 2016).

²⁰ EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL PRESUMIDA. SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE LOCAL. PODER JUDICIÁRIO. DETERMINAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDAS PARA A MELHORIA DO SISTEMA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. VIOLAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A repercussão geral é presumida quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante desta Corte (artigo 323, § 1º, do RISTF). 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=126154929&ext=.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2023.

²¹ “Diante disso, não se deve restringir o exame do ativismo judicial de natureza constitucional ao controle de constitucionalidade, ou seja, à jurisdição constitucional em sentido estrito. Se a essência do fenômeno está no menoscabo aos marcos normativos que balizam a atividade de concretização de normas constitucionais por juízes e tribunais, toda e qualquer situação que envolva a aplicação da Constituição por esses órgãos há que ser avaliada. Desse modo, o ativismo pode se dar em sede de fiscalização de atos legislativos ou administrativo-normativos, mas, também, no âmbito do controle de atos administrativos de natureza concreta, de atos jurisdicionais atribuídos a outro Poder ou de atos relativos ao exercício da função de chefia de Estado. Se, por meio de exercício ativista, se distorce, de algum modo, o sentido do dispositivo constitucional aplicado (por interpretação descolada dos limites textuais, por atribuição de efeitos com ele incompatíveis ou que deversem ser sopesados por outro poder etc.), está o órgão judiciário deformando a obra do próprio Poder Constituinte originário e perpetrando autêntica mutação inconstitucional, pratica essa cuja gravidade fala por si só. Se o caso envolve o cerceamento da atividade de outro Poder, fundada na discricionariedade decorrente de norma constitucional de princípio ou veiculadora de conceito indeterminado de cunho valorativo, a par da interferência na função constituinte, haverá a interferência indevida na função correspondente à atividade cerceada (administrativa, legislativa, chefia de Estado etc.). É de se ressaltar, portanto, que o ativismo judicial em sede de controle de constitucionalidade pode agredir o direito vigente sob dois prismas diversos: pela deformação da normatividade constitucional e pela deformação, simultaneamente ou não, do direito infraconstitucional objeto de fiscalização, nessa última alternativa mediante, por exemplo, a indevida declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de dispositivo legal ou de variante exegética a partir dele construída”. (RAMOS, 2015, p. 143/145)

A primeira situação, onde já existe a política pública de saúde, é facilmente resolvida, na medida em que existe uma regulamentação a qual servirá de base para a resolução do problema. A segunda situação, onde inexistente a política de saúde, resolve-se a partir da justificativa dada pelo administrador para a negativa da prestação. Nesse segundo caso, deve-se verificar a existência de protocolos ou tratamentos alternativos, privilegiando o tratamento do SUS desde que seja comprovada sua eficácia ou a propriedade da política de saúde existente. Rejeita-se tratamento experimental no caso de inexistir uma conduta no SUS, mas se verifica a existência de omissão administrativa que não prevê protocolo clínico passível de impugnação.

A omissão administrativa que impossibilita a própria impugnação do beneficiário causa o maior problema da tutela judicial, haja vista a indeterminabilidade do direito social que se pretende proteger e que não está presente na política pública (QUINTAS, 2016). Tais situações que terminam com a atuação do Poder Judiciário tornam a atividade administrativa imprevisível. O orçamento previsto para a saúde pode sofrer gravíssima redução à medida que são incluídas despesas não previstas. Determinado quantitativo que deveria ser destinado para a proteção da coletividade é destacado para um indivíduo que buscou guarida na justiça. Essa destinação individual, por óbvio, não atende ao bem estar social previsto no artigo 193, da Constituição Federal²². Mesmo assim, deve ser dada a garantia de acesso à jurisdição, não se podendo negar o direito à prestação jurisdicional efetiva, mas, tão somente, evitando-se “a atuação excessiva do Poder Judiciário imiscuindo-se na formulação de políticas públicas de saúde, fazendo-se necessário limitar o papel jurisdicional” (NASCIMENTO, 2022, p. 137).

Não se deve olvidar do fato que o Poder Judiciário não detém de conhecimento técnico para a tomada de decisões tão importantes e tão específicas como aquelas relacionadas à saúde. O corpo burocrático dos Poderes Executivo e Legislativo tem a expertise necessária para fixar políticas públicas em saúde, o que não se vê no magistrado. Tornar o Poder Judiciário como protagonista para fixar políticas públicas de saúde é teratológico²³. Nesse sentido, não se mostra salutar utilizar os programas próprios contidos numa Constituição Dirigente para, além de declarar a omissão constitucional, determinar qual a política a ser observada pelo administrador público.

A indicação das premissas materiais evita que o Poder Judiciário intervenha nas políticas públicas através de interpretações de normas programáticas. Essa aplicação de norma

²² Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

²³ “E como um juiz, dadas as poucas informações que tem à disposição (pois também a informação tem seu custo) e sua imunidade à prestação de contas perante um eleitorado, pode tomar decisões razoáveis e responsáveis acerca da destinação ideal de recursos escassos?” (HOLMES *et al.*, 2019, p. 18)

programática por meio de um raciocínio muitas vezes casuístico é claramente violadora do princípio da separação de poderes. Seria o mesmo que legislar e executar a norma por meio de um julgamento, confundindo a autoridade com um ser supremo detentor das funções próprias dos três poderes da República.

Diante de tal situação e frente à possível nocividade causada pela intervenção do Poder Judiciário em matérias de políticas públicas, tem-se criado alternativas para a tutela judicial de direitos sociais, dentre os quais o direito à saúde. Nesse particular, pontua-se no presente artigo as soluções apresentadas por Fábio Lima Quintas e por Clara Machado e Sandra Regina Martini, as últimas em trabalho conjunto.

Fábio Lima Quintas indica o incrementalismo como uma das soluções adotadas para combater esse problema constitucional. Trata-se de um método de gestão e tomada de decisões por atores racionais atuando sob circunstâncias de severa complexidade e ampla incerteza. O Poder Judiciário atua na aplicação de direitos sociais vagos em situações de incerteza ou complexidade. Torna viável a intervenção em políticas públicas para além da moldura legislativa. O juiz identifica aspectos que merecem ser aprimorados, tomando medidas tendentes à sua correção. Necessária a tomada de decisões particulares e pontuais cautelosas, com observância do contraditório e com ampla produção de provas, com remédios não intrusivos e com decisões que podem ser revistas. Na efetivação dos direitos sociais, o juiz deve adotar uma postura de autocontenção estruturada em quatro princípios: legitimidade democrática, policentrismo, expertise e flexibilidade (QUINTAS, 2016).

Essa situação também foi apontada por Álvaro Luis de A. S. Ciarlini, ao mencionar que

“mostra-se imprescindível que o magistrado sirva-se constantemente das informações colhidas pelos setores técnicos dos órgãos das respectivas secretarias de saúde e estabeleça contatos diários com as centrais de regulação de leitos de unidades de terapia intensiva com o intuito de melhor orientar suas decisões” (CIARLINI, 2013, p. 241).

Vê-se no incrementalismo uma atuação conjunta entre os poderes para a concretização das políticas públicas, o que afasta os problemas causados pela ausência de representatividade democrática e capacidade técnica do Poder Judiciário para a análise da matéria relacionada à saúde. As decisões judiciais seriam técnicas, devidamente baseadas em resultados científicos e sem perder de vista o direcionamento da política pública de saúde que tem como responsável

os Poderes Legislativo e Executivo. Não há como se alegar, no ponto, qualquer ingerência do Poder Judiciário a caracterizar violação ao princípio da separação dos poderes previsto no artigo 2º, da Constituição Federal. Mesmo assim, verifica-se uma posição atuante do Poder Judiciário.

As autoras Clara Machado e Sandra Regina Martini trazem a desjudicialização como alternativa para resolver o problema da tutela judicial de direitos sociais. O modelo atual adotado pelo Poder Judiciário apresenta sintomas que necessitam ser superados, tais como o enorme contingente de ações individuais, que terminam por privilegiar a decisão judicial; os elevados custos que não guardam relação com o tratamento dispensado pelo sistema; a demora na dispensação do medicamento ou tratamento; a ausência de diálogo suficiente entre os entes; e a utilização de avaliações médicas independentes.

Com base no princípio da fraternidade, defendem uma maior cooperação entre os entes para garantir o direito à saúde. No afã de justificar sua posição, as autoras mostram estudo que enumera a necessidade de desjudicialização nos seguintes casos: a) medicamento se encontra na RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais); b) custo baixo do tratamento e eficácia demonstrada; c) existência de alternativa terapêutica para o tratamento; e d) conclusão do Núcleo de Apoio Técnico (NAT) dos tribunais pela adequação do pleito (MACHADO *et al.*, 2018).

A proposta de desjudicialização também mostra um diálogo entre os poderes no afã de evitar a possível ingerência do Poder Judiciário sobre os Poderes Legislativo e Executivo. Diferentemente do incrementalismo, onde haveria uma participação maior do Poder Judiciário, a desjudicialização, ao menos em tese, seria resolvida entre o beneficiário do sistema de saúde e o ente político responsável pela prestação do serviço. Isso não quer dizer que o Poder Judiciário estaria totalmente de fora da relação, mas poderia agir como um mediador da questão, no que terminaria por reduzir as próprias demandas judiciais.

A necessidade de regular a tutela dos direitos sociais e o grande número de processos judiciais fez com que o Poder Judiciário buscasse parametrizar sua atuação junto aos pedidos judiciais que guardam relação com o direito a saúde. Nesse particular, o Superior Tribunal de Justiça fixou o Tema 106 enumerando os casos em que se faz obrigatório o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS²⁴.

²⁴Tema 106. A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

- i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Na mesma decisão que fixou o Tema 106, proferida no Recurso Especial 1.657.156/Rio de Janeiro, o Superior Tribunal de Justiça, numa clara política de incremento, determinou que, após o julgamento e o trânsito em julgado do *decisum*, o Ministério da Saúde e a Comissão Nacional de Tecnologias do SUS deveriam ser comunicados para darem início a estudos sobre a viabilidade de se adotar os medicamentos pleiteados na ação judicial. Não há dúvida que essa política de incremento tem um claro viés integrativo, a fim de que, futuramente, sejam desnecessárias novas demandas judiciais, haja vista uma possível adoção pela política pública de saúde do medicamento anteriormente negado pelo Sistema Único de Saúde.

Além do Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal também fixou tese para o fornecimento de medicamentos experimentais no julgamento do Recurso Extraordinário 657.718/Minas Gerais, ocorrido em 22.05.2019. Ao apreciar o Tema 500 da repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, e, por maioria, vencidos o Relator Ministro Marco Aurélio e o Ministro Dias Toffoli, fixou a seguinte tese:

“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 nº 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; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União”²⁵.

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal alargou as hipóteses descritas pelo Superior Tribunal de Justiça ao admitir o fornecimento de medicamento por decisão judicial mesmo sem o registro na ANVISA. Ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha destacado, como regra, que o medicamento deve ter o registro da ANVISA, admitiu exceções, desde que presente, primeiramente, a mora irrazoável da agência na apreciação do pedido.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 500**. [...]. Brasília, DF: Supremo Tribunal, [2019]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4143144&numeroProcesso=657718&classeProcesso=RE&numeroTema=500>. Acesso em: 07 jul.2023.

Trata-se, portanto, de um requisito sem o qual não se deve dar continuidade à demanda judicial. O medicamento a ser fornecido tem que ter sido objeto de pedido de registro na ANVISA, a qual, por sua vez, de forma irrazoável, não apreciou o requerimento. Havendo a existência do pedido e a posterior omissão da ANVISA em apreciar o requerimento, devem ser observados outros requisitos, quais sejam, não se tratar de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras; existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e inexistir substituto terapêutico com registro no Brasil.

As decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que de forma tímida, fixaram parâmetros para a atuação do Poder Judiciário no que tange ao pedido de medicamentos. Não deixa de ser uma forma de regular a tutela dos direitos sociais relacionados à saúde, tomando, por base, a política pública já existente.

Essa atuação, ainda que tímida, baseada no incrementalismo citado por Fábio Lima Quintas, é uma forma de se evitar a atuação desmedida e ativista do Poder Judiciário frente às políticas públicas de saúde. Esse ativismo, sem exageros e respeitando o limite da política fixada pelo administrador, ao menos em tese, faz com que seja respeitado o artigo 2º, da Constituição Federal.

3. Conclusão

A busca pela saúde através de demandas judiciais é uma realidade que tem se mostrado cada vez mais presente. É fato que as políticas públicas não têm garantido aos indivíduos o direito à saúde previsto no artigo 6º, *caput*, da Constituição Federal. Tal situação tem levado muitos cidadãos a buscar o Poder Judiciário quando, na realidade, os responsáveis pela implementação das políticas públicas são os Poderes Executivo e Legislativo. Esse últimos são os representantes políticos do Estado. Tal situação tem gerado uma atuação judicial que, muitas vezes, prejudica o direito à saúde daqueles que não buscam o Poder Judiciário.

O direito à saúde por meio do acesso à justiça não pode ser maior do que o direito à saúde de quem não buscou a justiça. Muitos demandantes possuem uma condição financeira mais privilegiada, ou mesmo um grau de conhecimento que permite a busca pela via judicial. Em contrapartida, o indivíduo com menos instrução, ou mesmo com menor poder aquisitivo, acaba sendo preterido no seu direito à saúde.

Por essa razão, surgiu a expressão “porta dos fundos” para se referir a uma forma de atuação do Sistema Único de Saúde, o qual, muitas vezes, termina por atender pessoas que, em

tese, estariam desassistidas por ausência de política pública específica ou por insuficiência de política pública. Essa situação é bastante peculiar e denota uma preocupação do Poder Judiciário e de toda a sociedade, na medida em que a atuação judicial desenfreada causa reflexos em outras políticas públicas que teriam um alcance coletivo muito maior, realizando, assim, o interesse público primário (NASCIMENTO, 2022).

Nesse estudo foram apresentadas soluções para a busca efetiva do direito à saúde com a atuação judicial cabível, sem interferência indevida nas políticas públicas de responsabilidade dos Poderes Executivo e Legislativo. É flagrante que há uma deficiência na prestação dessas políticas públicas de saúde. Em contrapartida, existe uma previsão dos poderes políticos que não pode simplesmente ser afetada por uma decisão judicial, muitas vezes tomada em demanda individual. Por isso que não se mostra adequada a interferência do Poder Judiciário sem que haja a plena participação dos Poderes Legislativo e Executivo. A eles é dado o orçamento e a forma de aplicação dos recursos, o que não representa a impossibilidade de atuação judicial nos casos de omissão.

O incrementalismo e a desjudicialização são opções para o problema das demandas que envolvem a prestação das políticas de saúde. Evita-se, com isso, a atuação do Poder Judiciário em matéria complexa que envolve conhecimentos técnicos que passam ao largo da experiência do magistrado. O ente público possui um corpo técnico mais preparado para a análise das questões de saúde e orçamentárias. O diálogo existente entre os poderes constituídos torna a questão mais acessível, sem o prejuízo advindo da entrega da prestação da saúde a um indivíduo em detrimento de toda uma coletividade.

Tais alternativas também representam uma tentativa de reduzir a intervenção judicial, a qual, por óbvio, não pode ser totalmente suprimida. Nesse ponto, importa mencionar que a atuação do Poder Judiciário em favor daqueles que buscam seu abrigo não pode simplesmente ser afastada por conta da existência de um outro beneficiário que não buscou a via judicial. Daí porque se vê a necessidade de criação de órgãos próprios para atender às reclamações dos beneficiários, a fim de se evitar o ajuizamento de demandas com uma posterior decisão judicial. Deve-se garantir também aos menos assistidos o direito ao acesso a esses canais, o que somente poderá ocorrer com grandes campanhas de informação e informes sobre os direitos dos cidadãos.

De tudo o que se pode concluir é que o diálogo entre os poderes é a melhor solução para o problema posto. Por essa razão que a atuação do Poder Judiciário deve ser parametrizada para evitar uma violação à tripartição dos poderes prevista no artigo 2º, da Constituição Federal.

A utilização de mecanismos como o incrementalismo para se evitar um atuação teratológica do Poder Judiciário é premente. Somente a atuação conjunta e harmônica dos poderes garantirá o pleno acesso aos direitos à saúde por meio de políticas públicas.

Em suma, a resposta ao problema está na própria Constituição Federal, mais precisamente em seu artigo 2º, devendo os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo atuar em conjunto para solucionar a questão.

4. Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 7 jul. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema 106**. [...]. Brasília, DF: Supremo Tribunal, [2019]. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=106&cod_tema_final=106>. Acesso em: 25 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 642536/Amapá**. [...]. Brasília, DF: Supremo Tribunal, [2019]. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=126154929&ext=.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 500**. Brasília, DF: Supremo Tribunal, [2019]. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4143144&numeroProcesso=657718&classeProcesso=RE&numeroTema=500>>. Acesso em: 07 jul.2023.

CIARLINI, Alvaro Luis de A S. **Direito à saúde – paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição**. 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. E-book. ISBN 9788502197732.

Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502197732/>>. Acesso em: 12 mai. 2023.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555597417. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555597417/>>. Acesso em: 12 mai. 2023.

GROSTEIN, JULIO. **Autocontenção judicial e jurisdição constitucional**. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2021. E-book. ISBN 9786556273297. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556273297/>>. Acesso em: 12 mai. 2023.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Carr R. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos**; trad. de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

LEMOS, Junia Coelho. **A judicialização da saúde como sintoma da desconfiança no poder executivo**. In: BUCCI, Maria Paula D.; SEIXAS, Duarte C. *Judicialização da saúde - DIG*. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. E-book. ISBN 9788547211295. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547211295/>>. Acesso em: 12 mai. 2023.

MACHADO, Clara; MARTINI, Sandra Regina. **Desjudicialização da saúde, diálogos interinstitucionais e participação social: em busca de alternativas para o sistema**. *Revista de Estudos Interinstitucionais (UFRJ)*. v .4, n. 2, 2018.

MAINANTI, Mariana. **Saúde suplementar pontua impacto de processos judiciais para equilíbrio do setor**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, [2023]. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/saude-suplementar-pontua-impacto-de-processos-judiciais-para-equilibrio-do-setor/>>. Acesso em: 25 ago. 2023.

MONTEIRO, Artur Péricles Lima. **Um horizonte mais amplo para o direito à saúde: ação governamental em escala e processo administrativo para formulação de protocolos clínicos**. In: BUCCI, Maria Paula D.; SEIXAS, Duarte C. *Judicialização da saúde - DIG*. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. E-book. ISBN 9788547211295. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547211295/>>. Acesso em: 12 mai. 2023.

NASCIMENTO, Luane Silva. **Direito à Saúde: a limitação do intervencionismo judicial**. (Coleção Universidade Católica de Brasília). São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2022. E-book. ISBN 9786556277127. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556277127/>>. Acesso em: 12 mai. 2023.

QUINTAS, Fábio Lima. **Juízes-administradores: a intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais**. RIL Brasília a. 53 n. 209 jan./mar. 2016.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**, 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. E-book. ISBN 9788502622289. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502622289/>>. Acesso em: 12 mai. 2023.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Judicialização dos direitos da seguridade social**. 1ª ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2021.