

**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: Janaina 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

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE DETECTADA MEDIANTE TECNOLOGIA E O ATIVISMO JUDICIAL: CAUSAS E REPERCUSSÕES

THE JUDICIALIZATION OF HEALTH DETECTED THROUGH TECHNOLOGY AND JUDICIAL ACTIVISM: CAUSES AND REPERCUSSIONS

Fernanda Lemos Zanatta ¹
Fabio Fernandes Neves Benfatti ²

Resumo

O presente artigo trata da judicialização da saúde e do que consiste o ativismo judicial, examinando suas causas e consequências no âmbito de ações judiciais em que se busca o fornecimento de prestações de saúde. Considerando que quando há falha na política pública definida pelo Estado, o cidadão buscará o Poder Judiciário para implementação de seus direitos, o crescente aumento da litigância em direito à saúde revela, conseqüentemente, a insuficiência da política pública na tutela da saúde. Na busca pelo cidadão em dar efetividade do direito à saúde mediante o acesso à justiça, o Judiciário invade campo de atuação de outros Poderes, interferindo na destinação de recursos públicos. O objetivo geral é demonstrar o fenômeno da judicialização da saúde mediante recurso tecnológico, bem como suas causas e consequências. Como objetivo específico pretende-se examinar no que consiste a prática jurídica do ativismo judicial, sua origem e repercussões. A metodologia a ser utilizada será a dedutiva, partindo de premissas gerais para específicas. Para tanto, serão estudadas as causas e consequências da judicialização da saúde, no que consiste o ativismo judicial e seus efeitos positivos e negativos. As técnicas utilizadas serão de levantamento bibliográfico e atos normativos.

Palavras-chave: Acesso à justiça, Ativismo judicial, Judicialização da saúde, Prática jurídica, Tecnologia

Abstract/Resumen/Résumé

This article deals with the use of the judicialization of health and what judicial activism consists of, examining its causes and consequences in the context of lawsuits seeking the provision of health benefits. Considering that when there is a failure in the public policy defined by the State, citizens will seek the Judiciary to implement their rights, the growing increase in litigation on the right to health consequently reveals the insufficiency of public policy in the protection of health. In the citizen's quest to make the right to health effective through access to justice, the Judiciary is encroaching on other branches of government, interfering in the allocation of public resources. The general objective is to demonstrate the

¹ Mestranda da Escola de Direito das Faculdades Londrina

² Doutor em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Pós-Doutor pela Università degli Studi di Messina, UNIME, Itália e Docente do Programa de Mestrado Profissional da Escola de Direito das Faculdades Londrina.

phenomenon of the judicialization of health through technological resources, as well as its causes and consequences. The specific objective is to examine the legal practice of judicial activism, its origins and repercussions. The methodology used will be deductive, starting from general to specific premises. To this end, we will study the causes and consequences of the judicialization of health, what judicial activism consists of and its positive and negative effects. The techniques used will be bibliographical surveys and normative acts.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Access to justice, Judicial activism, Judicialization of health, Legal practice, Technology

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo trata acerca da judicialização da saúde e do que consiste o ativismo judicial, examinando suas causas e consequências no âmbito de ações judiciais em que se busca o fornecimento de prestações de saúde.

Considerando que quando há falha na política pública definida pelo Estado, o cidadão buscará o Poder Judiciário para implementação de seus direitos, o crescente aumento da litigância em direito à saúde revela, conseqüentemente, a insuficiência da política pública na tutela da saúde.

Na busca pelo cidadão em dar efetividade do direito à saúde mediante o acesso à justiça, o Judiciário invade campo de atuação de outros Poderes, interferindo na destinação de recursos públicos.

O objetivo geral é demonstrar o fenômeno da judicialização da saúde mediante recurso tecnológico, bem como suas causas e consequências. Como objetivo específico pretende-se examinar no que consiste a prática jurídica do ativismo judicial, sua origem e repercussões.

Nessa esteira, para atingir a finalidade proposta, primeiramente será realizado um exame acerca do fenômeno da judicialização da saúde e do uso da tecnologia para sua detecção.

Na sequência, será explorado no que consiste o ativismo judicial, sua aplicação e origem, perquirindo-se acerca da natureza da norma que prevê o direito à saúde, se de aplicabilidade imediata ou norma programática e, no que consiste o ativismo judicial no âmbito de ações em que se busca o fornecimento de prestações de saúde.

Por fim, serão examinadas as consequências do ativismo judicial em sede de judicialização da saúde, investigando tanto os aspectos negativos como positivos.

Como referenciais teóricos, foi realizada análise com base nos ensinamentos de Ramos (2015, 2020), Barroso (2008, 2012a, 2012b), Streck (2014a, 2014b), Dworkin (1999), Alexy (1986) e Hirschl (2004).

A metodologia a ser utilizada será a dedutiva, partindo de premissas gerais para específicas. Para tanto, serão estudadas as causas e consequências da judicialização da saúde, no que consiste o ativismo judicial e seus efeitos positivos e negativos. As técnicas utilizadas serão de levantamento bibliográfico e atos normativos.

1 O USO DA TECNOLOGIA PARA DETECÇÃO DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Por meio da Resolução nº 12/2006, o Conselho Nacional de Justiça criou o Banco de Soluções do Poder Judiciário com o objetivo de reunir e divulgar os sistemas de informação que visam a melhoria da administração da justiça e da prestação jurisdicional.

Nesse sentido, foram estabelecidas as Tabelas Processuais Unificadas (TPU) por meio da Resolução nº 46/2007 do Conselho Nacional de Justiça. As Tabelas tem o objetivo de padronizar e uniformizar a taxonomia e terminologia de classes, assuntos, movimentação e documentos processuais, o que possibilita a extração de dados estatísticos e sua utilização com a finalidade de melhorar a administração da justiça e a prestação jurisdicional (BENFATTI; CARMARGO; ZANATTA, 2022, p. 8).

Os dados extraídos pela utilização das Tabelas Processuais Unificadas (TPU) são transmitidos pelos tribunais ao Conselho Nacional de Justiça, alimentando a Base Nacional de Dados do Poder Judiciário – DataJud, possibilitando a criação de diversas ferramentas estatísticas, dentre elas, o Painel de Estatísticas Processuais de Direito à Saúde.

Da consulta ao referido painel é possível ter acesso a diversas estatísticas referentes à judicialização da saúde nos tribunais brasileiros, sendo possível aquilatar o latente e contínuo aumento das demandas no âmbito da saúde pública, demonstrado pelo número de processos novos em 2020 que foi de 204,35k, em 2021 de 247,11k e em 2022 de 297,43k (CNJ, 2023), sendo o 11º assunto mais demandado em sede de Direitos Humanos em 2021 (CNJ, 2022a, p. 302).

Considerando que quando há falha na política pública definida pelo Estado, o cidadão buscará o Poder Judiciário, mediante acesso à justiça, para implementação de seus direitos, o crescente aumento da litigância em direito à saúde consequentemente revela a insuficiência da política pública na tutela da saúde.

Em estudo do IPEA, constatou-se que, em sede de prestações de saúde, o objeto da demanda mais recorrente são os medicamentos (VIEIRA, 2020, p. 28), e que a judicialização da saúde, na forma como vem ocorrendo, pode contribuir ainda mais no desequilíbrio no acesso à saúde.

Isso porque parte da disponibilidade de recursos será destinada aos que recorrem ao Judiciário, provocando desigualdade no atendimento da população e em prejuízo dos que não têm tanto acesso aos serviços, bem como menores possibilidades de vocalizar as demandas (VIEIRA, 2020, p. 33 e 36).

Ao mesmo tempo que o texto constitucional assegura o direito à saúde, assegura o acesso ao Poder Judiciário quando ocorrer lesão ou ameaça à lesão a direitos, pelo que toda violação ao direito à saúde pode ser submetida à apreciação do Poder Judiciário.

A judicialização é, portanto, a busca pelo cidadão pela efetivação de seus direitos diante da insuficiência da ação dos Poderes Executivo e Legislativo (MOTTA; TASSINARI, 2018, p. 484). Significa, no entendimento de Barroso (2012b, p. 5), que “questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário”.

No âmbito da judicialização excessiva constatada, podem ser citadas as consequências de sobrecarga de trabalho ao Poder Judiciário, prejuízo à celeridade, além de resultar em “soluções mais padronizadas e menos satisfatórias” (RAMOS, 2020, p. 105).

Segundo Barroso (2012a, p. 24-25), de uma forma geral, há três grandes causas para o avanço do fenômeno da judicialização: 1) a *redemocratização* do país que, com a Constituição Federal de 1988, elevou o Poder Judiciário para fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com outros Poderes, bem como reavivou a cidadania com o acesso à informação e, como efeito, também com o acesso à justiça; 2) a *constitucionalização abrangente*, derivada da Constituição analítica, ambiciosa e desconfiada do legislador; e 3) o *sistema brasileiro de controle de constitucionalidade* abrangente, combinando os sistemas americano e europeu, difuso e concentrado, bem como a legitimidade de diversos órgãos, em que “quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF”.

Ainda, segundo Streck (2014b, p. 116-117), a judicialização é decorrência do próprio Estado Democrático de Direito, explicando que:

[...] no Estado Liberal, o centro de decisão apontava para o Legislativo (o que não é proibido é permitido, direitos negativos); no Estado Social, a primazia ficava com o Executivo, em face da necessidade de realizar políticas públicas e sustentar a intervenção do Estado na economia; já no Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. [...]. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder – em determinadas circunstâncias – ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.

Isso, à evidência, exigirá um rigoroso controle das decisões judiciais e dos julgadores. Afinal, se é inexorável que alguém tenha que decidir e se é inexorável o crescimento das demandas por direitos (fundamentais-sociais, principalmente) e com isso aumente o espaço de poder da justiça constitucional, parece evidente que isso não pode vir a comprometer um dos pilares sustentadores do paradigma Constitucionalista: a democracia.

Exsurge, portanto, o fenômeno do ativismo judicial, acerca do qual discorrer-se-á no tópico seguinte.

2 ATIVISMO JUDICIAL EM SEDE DO DIREITO À SAÚDE

De acordo com o texto constitucional, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, pelo que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral podem ser submetidas à apreciação judicial.

Embora possa causar estranheza a decisão de certas questões pelo Poder Judiciário, principalmente nas que implicam em avanço sobre atribuições de outros poderes, a inafastabilidade da jurisdição foi opção deliberada pelo poder constituinte. Quando o Poder Judiciário avança neste campo, muitos consideram que está agindo de forma ativista.

O ativismo judicial não é uma nomenclatura que possui conceituação precisa. Conforme pondera Aranha e Aranha Filho (2014, p. 309), assim como “o postulado da dignidade humana, o ativismo judicial adquiriu uma conotação tão ampla quanto à carga emocional que carrega, sendo empregado de forma muito mais intuitiva do que técnica, correndo o risco de se tornar inútil por superabrangente”, de forma que há divergência acerca do seu significado.

A expressão ativismo judicial teve origem nos Estados Unidos da América para designar a produção de jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais com maior interferência pelo Poder Judiciário no âmbito dos demais Poderes (BARROSO, 2012b, p. 8).

Nesse contexto, para o filósofo e jurista norte-americano, Ronald Dworkin (1999, p. 451-452), no ativismo o juiz impõe seu ponto de vista acerca do que seria uma decisão justa, ignorando a Constituição, as suas fontes e a jurisprudência interpretativa. Para o jusfilósofo, o julgamento não pode estar atrelado somente ao senso de justiça do julgador, as normas devem ser interpretadas conforme a Constituição, pelo que suas decisões devem se ajustar às normas e à jurisprudência (DWORKIN, 1999, p. 452).

Segundo Dworkin (1999, p. 452), o ativismo exsurge nos Estados Unidos em oposição ao passivismo, no qual há uma abordagem passiva da Constituição, ocorrendo deferência das decisões judiciais com as decisões de outros poderes do Estado, em que o juízes se submetem às maiorias políticas. Ou seja, os indivíduos não possuem direitos contra as maiorias políticas (DWORKIN, 1999, p. 451).

Pontua Ran Hirschl (2004, p. 1) que, em âmbito mundial houve a transferência de poder de instituições representativas para o Judiciário mediante reforma constitucional, de forma que qualquer questão moral ou política controvertida, mais cedo ou mais tarde, se tornará uma questão jurídica. A expansão do Poder Judiciário é resultado de um sistema

político fraco e, quanto menos funcional for o sistema político, maior é a probabilidade de expansão do Poder Judiciário na política (HIRSCHL, 2004, p. 34).

Em âmbito nacional, de acordo com Barroso (2012a, p. 25), “o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”, permitindo a concretização de normas constitucionais e ampliando a interferência na atuação dos demais Poderes, suprindo omissões e até mesmo inovando na ordem jurídica.

Para Elival da Silva Ramos (2020, p. 108 e 110) o ativismo judicial tem sentido negativo no Brasil, vez que implica na ultrapassagem dos limites constitucionais ou da metodologia hermenêutica, diante da insuficiência ou inércia da atividade do Poder Legislativo:

[...] por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos) (RAMOS, 2015, p. 131).

Em sede de ativismo judicial, há um distanciamento do positivismo (subsunção do fato à norma), empregando-se o pós-positivismo ou neoconstitucionalismo, com a principiologização do Direito Constitucional (RAMOS, 2020, p. 109), aplicando-se uma forma mais construtiva de interpretação (CÔRTEZ, 2019, p. 279). Como verbera Ramos (2020, p. 109):

O Direito Constitucional passa por um período em que a impressão que se tem é a de que na Constituição não há regras, só princípios. E mesmo regras inequívocas, ontologicamente bem definidas, acabam sendo convoladas em princípios. Qual é a razão disso? Respondo que isso é feito porque, ao se transformar uma regra objetiva em um princípio, ganha o Judiciário mais liberdade de movimentação. O magistrado ativista vê na relativização do caráter objetivo da regra, transformada em princípio, um instrumento poderoso para decidir o que bem entender, pautado, não por padrões de objetividade jurídica, e sim por sua própria ética pessoal. Essa é a grande questão que envolve o tema do neoconstitucionalismo.

Segundo a teoria de Robert Alexy (1986, p. 90-91), toda norma é uma regra ou um princípio, bem como há distinção entre regras e princípios. Os princípios são mandados de otimização que podem ser cumpridos em diferentes graus observando tanto as possibilidades fáticas como as possibilidades jurídicas, sendo que “o âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes”. Por outro lado, nas regras, já está previamente determinado o que é fático e juridicamente possível, ou seja, as regras poderão

ser cumpridas ou não e, se a regra é válida, “deve fazer exatamente o que ela exige; nem mais nem menos” (ALEXY, 1986, p. 91).

Na hipótese de haver colisão entre princípios, utiliza-se a técnica da ponderação, em que um dos princípios terá que ceder conforme seu peso, que poderá divergir conforme a situação concreta. Por outro lado, em havendo colisão entre regras, como não é possível que duas regras sejam válidas e contraditórias entre si, uma será excepcionada ou declarada inválida utilizando-se dos critérios cronológico, hierárquico e de especialidade (ALEXY, 1986, p. 92-94).

Ocorre que o movimento que se constata é, como já declinado acima, de principiologização do Direito, de forma que as regras são transformadas em princípios, o que provoca uma abertura axiológica (ARANHA; ARANHA FILHO, 2014, p. 309).

Como pondera Côrtes, Alexy não é ativista, mas sua teoria “pode ser utilizada para fins de discricionariedade judicial (decidir de forma desapegada da lei, dos precedentes, com maior criatividade e liberdade)” (CÔRTEZ, 2019, p. 277), baseando-se na proporcionalidade.

Para Streck (2014a, p. 20), a ponderação propugnada por Alexy é aplicada de forma equivocada e descriteriosa, com justificativa capaz de fundamentar qualquer posicionamento mediante argumentação. Ainda acerca da principiologização, como destacado por Streck (2014a, p. 31):

Centenas de princípios invadiram o universo da interpretação e aplicação do direito, fragilizando sobremodo o grau de autonomia do direito e a própria força normativa da Constituição, podendo ser elencados, exemplificadamente, alguns deles, tais quais: princípio da simetria, o princípio da não surpresa, princípio da confiança, princípio da afetividade, princípio do fato consumado, princípio da instrumentalidade processual e princípio da confiança no juiz da causa.

Desse modo, questiona-se: o que seria então ativismo judicial em termos de demandas em que se pretende o fornecimento de prestações de saúde?

Seguindo a problemática acima indicada, há divergência doutrinária acerca da natureza da norma constitucional que prevê o direito à saúde. Há doutrina que entende que o direito à vida e à saúde possuem *aplicabilidade jurídica imediata* por se vincularem ao mínimo essencial ou existencial (FRANCISCO, 2008, p. 863). Por outro lado, há entendimento de que se trata de *norma de eficácia limitada e programática*, como bem explica Ramos (2020, p. 111):

Ora, a jurisprudência ativista em matéria de saúde concebe o direito à saúde como se fosse um direito público subjetivo originário. Vale dizer, cuidar-se-ia de direito subjetivo calçado diretamente na Constituição, sem necessidade de lei para sua fruição. Todavia, não é isso que decorre da estrutura da norma do próprio artigo 196, que o consagra.

Não há norma mais clara na Constituição, no tocante ao enquadramento como norma programática. Está dito, inicialmente que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”. Muitos magistrados colocam em seguida um ponto final, que é inexistente. O que temos é uma vírgula, para se dizer que esse direito *in fieri* é concretizado ou “garantido mediante políticas sociais e econômicas”, ou seja, mediante políticas públicas. Logo, trata-se de norma de eficácia limitada, de natureza programática. O direito à saúde não pode ser considerado um direito público subjetivo originário, totalmente delineado pela Constituição.

Segundo Henriques (2008, p. 829-830), com a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi colocado fim à sistemática de que apenas os contribuintes da Previdência Social teriam acesso ao sistema público de saúde. Assim, com a nova ordem constitucional instalada, o acesso ao Sistema Único de Saúde dá-se indistintamente a todos os indivíduos.

Ainda segundo a supracitada doutrinadora, com base nos artigos 194 e 196 da Constituição Federal, a universalidade não implica em gratuidade e “o sistema público de saúde vigente é gratuito porque assim decidiu a maioria legislativa quando da aprovação da Lei nº 8.080/90” (HENRIQUES, 2008, p. 830), assim prevendo em seu artigo 43.

No entanto, a gratuidade somente é obrigatória nos serviços amparados pela Lei nº 8.080/90, ou seja, quanto às prestações de saúde incluídas nas listagens oficiais ou de acordo com os PCDTs - Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas definidos pelo Ministério da Saúde (HENRIQUES, 2008, p. 830-831).

Nessa linha de raciocínio e considerando como de natureza programática do artigo 196 da Constituição Federal, que prevê a saúde é direito de todos e dever do Estado e que será garantido mediante políticas públicas, bem como a previsão legal de gratuidade quanto aos serviços contratados, *estar-se-ia falando em ativismo judicial nos casos de prestações de saúde que não estão previstas em listagens oficiais e PCDTs* (RAMOS, 2020, p. 113), posto que, fora estes casos, o fundamento para o fornecimento da prestação de saúde, seria especificamente a previsão constitucional do direito à saúde, dever do Estado.

Vale dizer, quando a prestação de saúde concedida em âmbito judicial não está incluída na política pública, o fundamento para o seu fornecimento é extraído diretamente do texto constitucional, tratando-se o direito à saúde como de aplicabilidade imediata e direito subjetivo, interpretando-se de forma proativa a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, podendo-se falar, então, em ativismo judicial.

3 CONSEQUÊNCIAS DO ATIVISMO JUDICIAL EM AÇÕES JUDICIAIS EM QUE SE BUSCA O FORNECIMENTO DE PRESTAÇÕES DE SAÚDE

Para os críticos do ativismo judicial, com esta prática confere-se discricionariedade ampla aos juízes para que busquem solução que atenda aos fins de justiça social, os autorizando a criar o direito para o caso concreto, infringindo a esfera legislativa. Pela discricionariedade, utiliza-se da ponderação de princípios para concretizar os direitos fundamentais e busca-se neutralizar a subjetividade através de argumentação racional. Como consequência desta prática, está-se diante de uma *justiça lotérica* e imprevisível, em que o recurso aos princípios e normas de conteúdo aberto permitem alcançar qualquer resultado mediante argumentação (MORAIS; TRINDADE, 2011, p. 157).

De acordo com Ramos (2020, p. 113), a partir do momento em que se transforma normas em princípios, o direito à saúde deixa de ser uma norma programática garantido mediante políticas públicas e passa a ser um direito público subjetivo originário, deixando aberta a via do ativismo judicial (RAMOS, 2020, p. 114):

Se a política de saúde, concretizada a partir de contratos e da legislação, não é satisfatória, havendo, por outro lado, um direito originário da Constituição, como é que se faz? Cabe ao Poder Judiciário permitir a fruição do direito. Dir-se-á que isso não é realizado de forma ilimitada, e sim mediante ponderação com outros direitos ou exigências. O neoconstitucionalismo, como é notório, potencializa a técnica da ponderação.

As decisões concessivas de prestações em saúde proferidas em processos judiciais demonstram que os direitos sociais, em especial o direito à saúde, passaram à condição de direitos subjetivos em sentido pleno. O direito à saúde é aplicado pelos tribunais com o propósito de efetivar a promessa constitucional do acesso universal à saúde (BARROSO, 2008, p. 875).

As decisões judiciais deferindo prestações de saúde podem causar efeitos sistêmicos, imprevisíveis e indesejados, mormente porque o juiz normalmente está preparado para resolver o caso concreto (microjustiça) mas não dispõe de elementos para avaliar o impacto das decisões sobre a prestação de um serviço público (BARROSO, 2012a, p. 30). Ademais, evidencia que a intervenção judiciária em matéria de saúde (BARROSO, 2012a, p. 30):

[...] põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui.

Nesse sentido também constata Ramos (2020, p. 117):

O que se observa, nesse ponto, é a concretização do direito à saúde de forma restrita e desigual, porque é o Judiciário quem passa a modelar a política de saúde, e o

acesso aos instrumentos judiciais está longe de ser igualitário no Brasil, o que faz com que as pessoas que têm mais acesso à saúde sejam as que têm mais renda. Essa assertiva é de simples comprovação, bastando tomar como exemplo a distribuição territorial das ações de saúde no Estado de São Paulo. A região mais pobre do Estado, que é o Vale do Ribeira, é a menos judicializada, ao passo que as regiões mais judicializadas são as regiões de Ribeirão Preto e de São José do Rio Preto, que estão entre as mais ricas do Estado. Estamos, portanto, consagrando o modelo do “Robin Hood invertido”: tiramos dos pobres para dar aos ricos. É esse o resultado do ativismo em matéria de saúde, de um modo geral.

Vale dizer, a implementação do direito à saúde em processos judiciais de índole individual pode prejudicar a implementação de políticas coletivas de saúde pública (BARROSO, 2008, p. 876). Com o atendimento de direito individual a uma prestação de saúde, há consequentemente, a exclusão de direito alheio (HENRIQUES, 2008, p. 832).

Seguindo esta linha de raciocínio, não é difícil concluir pela inviabilidade do provimento de prestações de saúde individualmente no âmbito de demandas judiciais em prejuízo de política pública de saúde, não apenas pela exaustão financeira dos escassos recursos, mas também pela ausência de razoabilidade já que não é admissível exigir do Estado todo e qualquer tratamento (HENRIQUES, 2008, p. 827).

Ademais, nessa linha, também é possível afirmar que a concessão de prestações de saúde em processos judiciais individuais violam o acesso igualitário à saúde e à dignidade da pessoa humana. Como asseverado por Barcellos (2008, p. 810), “Ora, se todos são igualmente dignos, não é possível proceder a qualquer distinção com base em argumentos pessoais ou particulares”.

Ainda no âmbito das críticas da judicialização excessiva em matéria de saúde, Barroso (2008, p. 891-896) elenca, resumidamente, como principais: 1) o direito à saúde é norma programática e se dará por implementação de políticas públicas, não por decisões judiciais; 2) a decisão acerca da aplicação dos recursos públicos e definição da política pública cabe aos Poderes Legislativo e Executivo que são legitimados pelo voto popular; 3) diante dos recursos escassos e a impossibilidade de atender a todas as necessidades sociais, o Estado deve tomar decisões difíceis acerca da aplicação dos recursos; 4) ocorre desorganização da Administração Pública pela intromissão do Poder Judiciário; 5) abordagem individual de problemas individuais não constitui gestão eficiente; 6) privilegia mais a classe média do que aos mais necessitados diante do custo para acesso à justiça; 7) o Judiciário não tem o conhecimento necessário para instituição de política pública de saúde.

Além de decorrência do próprio Estado Democrático de Direito em que inércias do Executivo e Legislativo podem ser supridas pelo Poder Judiciário, outra causa também elencada como avanço do ativismo judicial, é a de que os demais Poderes se beneficiam da

transferência de decisões políticas ao Poder Judiciário, vale dizer, há uma transferência pacífica e consentida. Os demais Poderes preferem que o Judiciário se pronuncie sobre questões polêmicas para evitar desgaste eleitoral decorrente do enfrentamento destes temas (BARROSO, 2012b, p. 6). Essa visão se coaduna com a de Ran Hirschl (2004, p. 39)¹:

Os detentores do poder político podem se beneficiar de uma expansão do poder judiciário de várias formas. Primeiro, do ponto de vista dos políticos, delegar a autoridade de decisão política nos tribunais pode ser um meio eficaz de reduzir os custos da tomada de decisões, bem como de transferir responsabilidades, reduzindo assim os riscos para eles próprios e para o aparelho institucional em que operam. Se a delegação de poderes puder aumentar o crédito e/ou reduzir a culpa atribuída ao político em resultado da decisão política do órgão delegado, essa delegação pode ser benéfica para o político. (tradução nossa)

Como pontua Côrtes, “A transferência de poderes e responsabilidades para o Judiciário dá espaço ao ativismo, até porque os Poderes Legislativo e o Executivo delegam decisões impopulares ao Poder que menos sofre consequências do ponto de vista de custo eleitoral” (2019, p. 280).

Como efeitos positivos, foi destacado pelo STF no julgamento do RE 855178 ED/SE, ao citar ponderação de Luciana da Veiga Oliveira (STF, 2019, p. 45-46), conquistas importantes decorrentes da judicialização da saúde: 1) impulsionou a edição da Lei nº 12.401/2011 que definiu o prazo de 180 dias prorrogáveis por mais 90 dias para a conclusão de processo de incorporação de novas tecnologias, o tornando mais ágil; 2) criou a Conitec - Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde, 3) estabeleceu consultas públicas para alteração de tecnologias com participação na tomada de decisões e 4) revisão da RENAME que aumentou as tecnologias incluídas de 550 para 810 itens.

Vale dizer, o ativismo judicial provocou a ação e aperfeiçoamento tanto no âmbito legislativo e no âmbito de política pública, provocou um comportamento reativo dos demais Poderes. Ao mesmo tempo que há uma ingerência do Poder Judiciário nas searas dos demais Poderes, a ingerência muitas vezes decorre de contínua omissão ou insuficiência de política pública.

Conforme assevera Streck (2014b, p. 118), a Constituição não está sendo cumprida, normas programáticas não estão sendo implementadas. Nessa linha, em sede de Estado

¹ Political power-holders may profit from an expansion of judicial power in a number of ways. First, from the politicians' point of view, delegating policy-making authority to the courts may be an effective means of reducing decision-making costs as well as shifting responsibility, thereby reducing the risks to themselves and to the institutional apparatus within which they operate. If delegation of powers can increase credit and/or reduce blame attributed to the politician as a result of the policy decision of the delegated body, such delegation can be beneficial to the politician.

Democrático de Direito, o Poder Judiciário é instrumento para efetivação dos direitos não executados pelos Poderes Legislativo e Executivo. Ao contrário dos demais Poderes, o Judiciário não tem a alternativa de não se pronunciar sobre os temas trazidos ao seu exame (BLANK; TESSARI, 2022, p. 140). E, muitas vezes, o Judiciário é a única via que resta para a efetivação dos direitos constitucionalmente previstos (STRECK, 2014b, p. 119), não sendo razoável a espera indefinida para a concretização dos seus direitos.

Em 2010 o Conselho Nacional de Justiça recomendou aos tribunais que evitassem a concessão de fornecimento de medicamentos “ainda não registrados pela ANVISA ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei” (CNJ, 2010). No objetivo de subsidiar as decisões judiciais, mormente considerando a complexidade na análise da necessidade e adequação das prestações de saúde que venham a ser pleiteadas em sede judicial, o Conselho Nacional de Justiça instituiu o Sistema e-NatJus, considerando a necessidade prover ao julgador fundamentos lastreados em evidência científica acerca da necessidade e adequação das prestações de saúde.

Tal sistema foi lançado em 2017, implementado em 2018 e reestruturado em 2021. Os Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário- NatJus são constituídos por profissionais capacitados e com conhecimento na área da saúde e da política pública de saúde, e sua finalidade é fornecer informações acerca das evidências disponíveis e custo do tratamento (CNJ, 2022b), dotando o Poder Judiciário de elementos para proferir decisões mais técnicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em relação à judicialização da saúde e o ativismo judicial, examinando suas causas e consequências no âmbito de ações judiciais em que se busca o fornecimento de prestações de saúde, conclui-se:

A judicialização decorre da busca pelo cidadão pela efetivação de seus direitos diante de omissão ou insuficiência da ação dos Poderes Executivo e Legislativo. Como consequência, tem-se a transferência de decisões que caberiam a outros Poderes ao Judiciário, o que acarreta sobrecarga de trabalho, padronização de decisões e prejuízo à celeridade.

Considerando que quando há falha na política pública definida pelo Estado, o cidadão buscará o Poder Judiciário para implementação de seus direitos, o crescente aumento da litigância em direito à saúde, constatado em painel de estatísticas processuais de direito à saúde do CNJ, revela, conseqüentemente, a insuficiência da política pública na tutela da saúde.

Em situações em que as decisões proferidas pelo Poder Judiciário implicam em avanço sobre atribuições de outros Poderes, não obstante a inafastabilidade da jurisdição ter sido opção deliberada pelo poder constituinte, há entendimento de que o Judiciário age de forma ativista.

O ativismo judicial não é uma nomenclatura que possui conceituação precisa, havendo divergência acerca do seu significado. Há entendimento de que se trata de forma proativa de interpretação constitucional que expande o seu sentido e alcance, bem como entendimento de que o ativismo judicial ocorre quando há ultrapassagem de limites constitucionais ou de metodologia hermenêutica.

Nessa linha, quando a prestação de saúde concedida em âmbito judicial não está incluída em políticas públicas, o fundamento para o seu fornecimento é extraído diretamente do texto constitucional, tratando-se o direito à saúde como de aplicabilidade imediata e direito subjetivo, interpretando-se de forma proativa a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, pode-se falar, então, em ativismo judicial.

Como consequência desta prática jurídica, há efeitos positivos e negativos. Como negativos podem ser citados: 1) a possibilidade de ser utilizada a ponderação de princípios para neutralizar subjetividade acarretando desfecho imprevisível nas ações judiciais; 2) efeitos sistêmicos e indesejados em razão do julgador estar preparado para resolver o caso concreto e assim inviabilizar política pública de saúde por desorganizar a atividade e gestão administrativa; 3) o atendimento do direito individual de um litigante prejudica o direito de outrem diante da escassez dos recursos públicos; e, 4) acarreta a destinação de recursos públicos para parcela da população que tem mais acesso à informação e meios para acesso à justiça.

Não obstante os efeitos negativos, constatou-se que o ativismo decorre da omissão ou ação insuficiente dos demais Poderes e que o avanço do ativismo judicial também ocorre em razão de os demais Poderes se beneficiarem da transferência de decisões políticas para o Poder Judiciário para evitar desgaste político decorrente de enfrentar questões polêmicas e impopulares.

Como efeitos positivos, o ativismo judicial provocou a ação e aperfeiçoamento tanto no âmbito legislativo como no âmbito de política pública, acarretando um comportamento reativo dos demais Poderes. Ao mesmo tempo que há uma ingerência do Poder Judiciário nas searas dos demais Poderes, a interferência muitas vezes decorre de contínua omissão ou insuficiência de política pública.

Quando as normas da Constituição não estão sendo cumpridas ou implementadas, cabe ao Poder Judiciário efetivar os direitos não executados pelos demais Poderes. Sendo a via judicial o último recurso que resta à população para efetivação de seus direitos, a insuficiência da tutela do direito da saúde poderá ser suprida pelo Judiciário por meio dos meios jurídicos previstos no texto constitucional que estabeleceu o Estado Democrático de Direito.

Por fim, com a finalidade de dotar o Poder Judiciário de elementos para proferir decisões mais técnicas, foram criados os Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário - NatJus que proveem os julgadores de fundamentos lastreados em evidência científica acerca da necessidade e adequação das prestações pleiteadas judicialmente.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1986.

ARANHA, Marina Domingues de Castro Camargo; ARANHA FILHO, Adalberto José Queiróz Telles de Camargo. A legitimidade constitucional do ativismo judicial. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 86, 2014, p. 307-325. DTR\2014\968.

BENFATTI, Fabio Fernandes Neves; CAMARGO, Bianca Gomes de; ZANATTA, Fernanda Lemos. As Tabelas Processuais Unificadas como ferramenta da organização da informação e seu alinhamento com a Agenda 2030 da ONU. **Anais do XXIX Conpedi**, Balneário Camboriú, pp. 311-329, dez. 2022. Disponível em: <https://conpediql.danilolr.info/file/a1dc0e8c64ade41341bdf3e861480cafcee54abe.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 19 ago. 2023.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito à Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletivas e Abstrata. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira (Org.). **Direitos sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 803-826.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista (Syn)thesis**, v. 5, n. 1, 2012a, p. 23-32. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em 9 ago. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. v. 2, n. 1, 2012b, p. 1-50. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/rfd.2012.1794>. Acesso em: 11 ago. 2023

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira (Org.). **Direitos sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 875-903.

BLANK, Dioni Mauri Penning; TESSARI, Cláudio. A efetividade da tutela jurisdicional e compromisso com os escopos políticos do processo. **Revista Brasileira de Direito Processual - RDBPro**, ano 30, n. 120, p. 125-147, out/dez. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Embargos de declaração no Recurso Extraordinário 855178/SE**. Relator: Min. Luiz Fux, Relator para acórdão: Min. Edson Fachin, 23 de maio de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752469853>. Acesso em: 20 ago. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação nº 31 de 30 de março de 2010. **Recomenda 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.** Brasília, DF: CNJ, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/877>. Acesso em: 26 ago. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022.** Brasília, DF: CNJ, 2022a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 479 de 11 de novembro de 2022. **Dispõe sobre o funcionamento e utilização do Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas (e-NatJus).** Brasília, DF: CNJ, 2022b. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4818>. Acesso em: 26 ago. 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Painel de Estatísticas Processuais de Direito à Saúde.** Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 18 ago. 2023.

FRANCISCO, José Carlos. Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso à Saúde. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira (Org.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 859-874.

HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacional à Saúde e Atuação Jurisdicional. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira (Org.). **Direitos sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 827-858.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism.** Cambridge: Harvard University Press, 2004.

MOTTA, Francisco José Borges Motta; TASSINARI, Clarissa. Ativismo judicial e decisões por princípio: uma proposta de fixação dos limites da atuação do Poder Judiciário. **Revista de Processo**, v. 283, 2018, p. 481-499. DTR\2018\18445.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à Saúde no Brasil**: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça. Brasília: IPEA, 2020. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9714/1/TD_2547.pdf. Acesso em: 10 ago. 2023.

RAMOS, Elival da Silva. Judicialização e Ativismo Judicial na Saúde. In: CECHIN, José (coord.). **Judicialização de Planos de Saúde**: Conceitos, Disputas e Consequências. 1 ed. Palmas: Editora Esmat, 2020.

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

STRECK, Lenio Luiz. Questionando o ativismo judicial ou “de como necessitamos de uma teoria da decisão”. **Revista Direito & Paz**, v. 30, set. 2014a, p. 11-46. Disponível em: <https://revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/issue/view/17>. Acesso em: 16 ago. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014b. *E-book*. Disponível em: <https://itunes.apple.com/WebObjects/MZStore.woa/wa/viewBook?id=0>. Acesso em 19 ago. 2023.

TRINDADE, André Karam; MORAIS, Fausto Santos de. Ativismo judicial: as experiências norte-americana, alemã e brasileira. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, n. 53, 2011, p. 137-164. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v53i0.30764>. Acesso em: 16 ago. 2023.