

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

FRANCIELLE BENINI AGNE TYBUSCH

JANAÍNA MACHADO STURZA

LITON LANES PILAU SOBRINHO

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 Marcílio 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: Francielle Benini Agne Tybusch; Janaína Machado Sturza; Liton Lanes Pilau Sobrinho – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-946-9

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

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Saúde. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO E SAÚDE

Apresentação

Esta obra, que faz parte do Grupo de Trabalho de Artigos “Direito e Saúde”, é originada de mais um evento organizado pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), que congrega as temáticas e trabalhos desenvolvidos pelos pesquisadores da área do Direito das mais diversas localidades nacionais, e neste evento, de forma virtual. Os resumos são fruto do VII Encontro Virtual do CONPEDI, com o tema central: Inclusão e Transdisciplinaridade, realizado nos dias 24 a 28 de junho de 2024.

Passa-se a uma breve apresentação dos trabalhos:

No artigo intitulado “JUDICIALIZAÇÃO DO TRATAMENTO DOMICILIAR (HOME CARE) NA SECRETARIA ESTADUAL DA SAÚDE DO RIO GRANDE DO SUL” de autoria de Marcia Andrea Bühring e Fabio de Freitas Floriano busca-se examinar a jurisprudência pátria, a doutrina, os artigos sobre o tema home care e os dados obtidos pela Assessoria Jurídica (AJ) da SES/RS, realizando-se uma análise crítica sobre a mencionada situação.

Os autores José Adelar de Moraes, Tereza Rodrigues Vieira e Horácio Monteschio no artigo intitulado “TUTELA JURISDICIONAL DAS PESSOAS PORTADORAS DE DOENÇAS RARAS E O ACESSO AOS MEDICAMENTOS ÓRFÃOS” visam destacar a eficácia da tutela jurisdicional no acesso aos medicamentos órfãos para pessoas portadoras de doenças raras.

No artigo intitulado “O PROCESSO ESTRUTURAL COMO INSTRUMENTO DE APERFEIÇOAMENTO DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO MARANHÃO” de autoria de Felipe Costa Camarão, Sérgio Felipe de Melo Silva e Taynah Soares de Souza Camarao tem como objetivo investigar se o processo estrutural é capaz aperfeiçoar a prestação jurisdicional na seara da judicialização da saúde pública.

Os autores Ruan Patrick Teixeira Da Costa e Sandro Nahmias Melo no trabalho intitulado “A BANALIDADE DO MAL E A PANDEMIA DA COVID-19 NA CIDADE DE MANAUS /AM” visam traçar um paralelo entre a banalidade do mal (conceito tratado por Hannah Arendt) existente na sociedade e os desdobramentos da pandemia do novo coronavírus

(covid-19), a qual atingiu praticamente todos os países do globo terrestre, resultando na morte de milhões de pessoas e um colapso nos sistemas de saúde, que não estavam preparados para um evento dessa magnitude.

No artigo intitulado “A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PELO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL: OS DESAFIOS DA SAÚDE PÚBLICA” os autores Maria Eduarda Granel Copetti e José Francisco Dias Da Costa Lyra visam refletir sobre a concretização do direito fundamental à saúde pelo Estado de Bem-Estar Social, a partir de uma observação da obra “Do mágico ao social”, de autoria de Moacyr Scliar.

As autoras Nair de Fátima Gomes e Tereza Rodrigues Vieira no trabalho intitulado “A TUTELA JURÍDICA COMO INSTRUMENTO DE INCLUSÃO E IGUALDADE PARA PESSOAS OBESAS OU COM SOBREPESO NO BRASIL” tem por objetivo analisar a falta de atenção, os desafios e o apoio aos indivíduos obesos ou com sobrepeso, segundo a perspectiva da dignidade humana como direito fundamental dessas pessoas estereotipadas e estigmatizadas pela sociedade em geral.

No artigo intitulado “DIREITO À SAÚDE E POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE DECOLONIAL DA INCLUSÃO DE CORPOS TRANSEXUAIS NAS POLÍTICAS DE SAÚDE” as autoras Janaína Machado Sturza, Cláudia Marília França Lima Marques e Gabrielle Scola Dutra tem como objetivo debater sobre o desenho das políticas públicas a partir do pensamento decolonial.

As autoras Maria Eduarda Granel Copetti e Charlise Paula Colet Gimenez no artigo intitulado “A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ENQUANTO PRINCÍPIO DE GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE” visam explorar a exigibilidade do Direito à Saúde a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, em uma tentativa de elaborar ações voltadas ao exercício eficiente da cidadania, possibilitando à sociedade reduzir as desigualdades e garantir o bem-estar da população. Logo, o direito à saúde no Brasil, conforme destaca a Constituição Federal de 1988, é um direito de todos e um dever do Estado, fundamentado no que preza o artigo 196 da Constituição e assegurado por meio de políticas econômicas e sociais que almejam à redução do risco de doença e ao acesso igualitário e universal aos serviços e ações para sua proteção e recuperação.

No artigo intitulado “A EVOLUÇÃO DA POLÍTICA DE VACINAÇÃO CONTRA A COVID-19 À LUZ DOS DESAFIOS HISTÓRICOS E DAS DISTORÇÕES

INFORMATIVAS” de autoria de Vera Lúcia Pontes explora os normativos da política de vacinação contra a Covid-19, com análise das distinções entre a pandemia Covid-19 e o evento Revolta da Vacina de 1904.

Os autores Marta Rodrigues Maffei, Wilson Salgado Jr e Vinicius de Paula Pimenta Salgado no trabalho intitulado “CIRURGIA BARIÁTRICA NÃO REGULAMENTADA PELO CFM: LIMITES DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO” visam analisar as controvérsias jurídicas da responsabilidade civil do médico cirurgião bariátrico em procedimentos não regulamentados pelo Conselho Federal de Medicina (CFM).

No trabalho intitulado “GORDOFOBIA E PESOCENTRISMO: OS PERCURSOS DA INVISIBILIDADE DOS DIREITOS DA PESSOA OBESA” de autoria de Tais Martins, Paulo de Tarso de Oliveira Tavares e Robson Luiz Souza visa abordar a obesidade de forma eficaz requer uma compreensão abrangente de todos esses elementos e um enfoque multidisciplinar que envolva não apenas a medicina, mas também a nutrição, a psicologia, a política pública, direito, psicologia e outros campos.

Os autores o trabalho intitulado “GORDOFOBIA, ALIMENTOS ULTRAPROCESSADOS E AS CARÊNCIAS LEGISLATIVAS SOBRE A OBESIDADE” de autoria de Tais Martins, Paulo de Tarso de Oliveira Tavares e Robson Luiz Souza visa analisar a gordofobia e a obesidade, assuntos abrangentes e desafiadores.

No trabalho “JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: O EMBATE DOUTRINÁRIO ENTRE O EXCESSO DA INSTITUTO DA JUDICIALIZAÇÃO CONTRA A UTILIZAÇÃO DESTE PARA GARANTIA DA SAÚDE” de autoria de Ana Paula dos Santos Ferreira, Krishina Day Carrilho Bentes Lobato Ribeiro tem por objetivo investigar o fenômeno da Judicialização da Saúde, e para tal se utiliza do estudo de duas correntes, as quais posicionam-se de maneira favorável e contrária à Judicialização.

O autor Douglas Loroza Farias no artigo intitulado “NOVOS CONTORNOS DO DIREITO À SAÚDE E ALTERIDADE INDÍGENA” procura propor a ampliação dos contornos do direito à saúde dos povos indígenas, de modo a abarcar as exigências de tratamento diferenciado impostas pela alteridade.

No artigo “O CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO E O DIREITO À INFORMAÇÃO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE: A CONSTRUÇÃO DA AUTONOMIA PARA DECIDIR” de autoria de Daniela Zilio tem como objetivo discorrer sobre o consentimento livre e esclarecido como objeto de exteriorização da autonomia do

paciente, coadunado ao direito à informação na relação médico-paciente, imprescindível na construção da autonomia para decidir.

Os autores Gabriele Ana Paula Danielli Schmitz e Matheus Luiz Sbardeloto no trabalho intitulado “O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA: UMA ANÁLISE DO USO DO CANABIDIOL E DO TETRAHIDROCANABINOL A PARTIR DAS DECISÕES JUDICIAIS PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA” tem por objeto a análise do uso dos compostos naturais canabidiol (CBD) e tetrahydrocannabinol (THC) para fins medicinais.

No artigo intitulado “OS IMPACTOS DA AUSTERIDADE NEOLIBERAL NA GARANTIA DO ACESSO À SAÚDE NO BRASIL” de autoria de Luanna da Costa Santos e Suzy Elizabeth Cavalcante Koury tem como objetivo analisar os impactos da austeridade neoliberal instituída pela Emenda Constitucional 95/2016 na garantia do direito à saúde no Brasil.

Os autores Caroline Regina dos Santos e Nivaldo Dos Santos no trabalho intitulado “PATENTE DE INVENÇÃO NO SETOR FARMACEUTICO E O CONTRATO DE COMPARTILHAMENTO DE RISCOS PARA O ACESSO A MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO NO BRASIL” tem como objetivo apresentar conceitos da patente de invenção no setor farmacêutico, o panorama histórico mundial e no Brasil sobre o acesso a medicamentos.

No artigo intitulado “PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E DECISÕES AUTOMATIZADAS NA ÁREA DA SAÚDE: DESAFIOS EM RELAÇÃO À TELETRIAGEM MÉDICA” de autoria de José Luiz de Moura Faleiros Júnior e Vanessa Schmidt Bortolini tem como objetivo analisar os aspectos jurídicos da teletriagem, projetando adaptações legais e tecnológicas necessárias para fortalecer a prática médica remota e garantir a segurança e a privacidade dos pacientes.

Desejamos uma boa leitura!

Francielle Benini Agne Tybusch (Universidade Federal de Santa Maria - UFSM)

Janaína Machado Sturza (Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI)

Liton Lanes Pilau Sobrinho (Universidade do Vale do Itajaí/Universidade de Passo Fundo - UPF)

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: O EMBATE DOUTRINÁRIO ENTRE O EXCESSO DA INSTITUTO DA JUDICIALIZAÇÃO CONTRA A UTILIZAÇÃO DESTE PARA GARANTIA DA SAÚDE

JUDICIALIZATION OF RIGHT TO HEALTH : THE CLASH DOCTRINAIRE BETWEEN THE EXCESS OF JUDICIALIZATION INSTITUTE AGAINST THE UTILIZATION OS THIS FOR HEALTH GUARANTEE

**Ana Paula dos Santos Ferreira ¹
krishina Day Carrilho Bentes Lobato Ribeiro ²**

Resumo

O presente artigo tem por objetivo investigar o fenômeno da Judicialização da Saúde, e para tal se utiliza do estudo de duas correntes, as quais posicionam-se de maneira favorável e contrária à Judicialização. Parte-se da hipótese que referido fenômeno representou no início da discussão doutrinária um problema a ser resolvido pelos entes federativos, haja vista o direito à saúde ser considerado direito fundamental de acordo com a legislação pátria, tanto constitucional quanto infraconstitucional. Ao evoluir a interpretação do fenômeno da judicialização, e os conceitos referentes a esta, que informam ser possível que a judicialização represente reflexos em ações individuais e ações coletivas, uma das alternativas à tal seria a utilização do sistema de precedentes, o qual possui a capacidade de trazer segurança jurídica ao sistema. Nesta pesquisa optou-se pelo método hipotético-dedutivo, apoiado em levantamento bibliográfico. Dentre os resultados, tem-se a principal consideração de que a judicialização se faz efetivamente necessária para garantia do direito fundamental dos cidadãos

Palavras-chave: Judicialização, Direito à saúde, Debate doutrinário, Doutrina favorável, Doutrina contrária

Abstract/Resumen/Résumé

This article have to object investigate the phenomenon of Health Judicialization, and to this end it uses the study of two currents, which position themselves in favor and against Judicialization. It is based on the hypothesis that this phenomenon represented, at the beginning of the doctrinal discussion, a problem to be resolved by the federative entities, given that the right to health is considered a fundamental right according to the national legislation, both constitutional and infra-constitutional. When evolving the interpretation of the phenomenon of judicialization, and the concepts relating to it, which indicate that it is

¹ Bacharel em direito (Cesupa), Advogada, Pós-graduada em Direito Previdenciário (Escola Superior de Advocacia Nacional), Mestranda em Direito (Programa de pós graduação em Direito da Universidade Federal do Pará)

² Advogada. Doutora em Direito. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA. Pesquisadora em Direito à Saúde. Coordenadora do Grupo de Pesquisa Hígia – Estudos em Direito à Saúde.

possible for judicialization to represent reflections on individual actions and collective actions, one of the alternatives to this would be the use of the precedent system, which has the capacity to bring legal security to the system. In this research, we opted for the hypothetical-deductive method, supported by a bibliographical survey. Among the results, there is the main consideration that judicialization is effectively necessary to guarantee the fundamental rights of citizens

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicialization, Right of health, Discussion doctrinaire, Doctrinaire favorable, Doctrinaire against

1 INTRODUÇÃO

A judicialização da saúde é utilizada no âmbito atual com o intuito de alcançar direitos previstos na legislação pátria, os quais não o foram concedidos no âmbito administrativo, gerando a busca pelo Poder Judiciário visando solucionar tal situação (Tate; Vallinder, 1995).

No entanto, apesar de ser um mecanismo previsto na legislação pátria e possuir a premissa de garantir os direitos dos cidadãos, existe na doutrina posicionamentos contrários e favoráveis a tal fenômeno.

Parte dos doutrinadores se baseia no fato de que o fenômeno da judicialização tem se tornado cada vez mais frequente e, por conseguinte, realizando um excesso das referidas demandas no poder judiciário, o que pode vir a gerar consequências maléficas tanto ao citado poder quanto aos recorrentes (Hamacher, 2016).

Já a segunda parte da doutrina posiciona-se de maneira favorável ao referido fenômeno, por se tratar do resguardo aos direitos fundamentais dos cidadãos os quais não podem manter-se desamparados (Brandão, 2019).

Assim, emerge importante debate doutrinário o qual caracteriza se como problemática, haja vista ainda que a judicialização esteja prevista em legislação e garantido aos cidadãos, é visto pela doutrina como fenômeno excessivo o que, por conseguinte, gera críticas apontando não ser eficiente para a finalidade almejada além de acarretar malefícios para a sociedade.

Portanto, a análise destes elementos se apresenta de suma importância, pois é possível o debate entre as vertentes doutrinárias favorável e contrária ao fenômeno da judicialização e seus posicionamentos quanto a benefícios e malefícios, além de analisar a efetividade quanto a eficácia do instituto.

Se mostra de grande relevância a discussão sobre este subsídio para que se torne possível a análise, descrição de seus conceitos, peculiaridades e como estes se dão no judiciário brasileiro, sendo necessária que esta elucidação e arguição sejam realizadas, primordialmente, sobre: o instituto da judicialização e as partes da doutrina tanto contrárias quanto favoráveis ao mesmo. Importante, também, a possibilidade de explanação e proposição de modificação destes subsídios para formas alternativas de se

aplicar tal instituto, visando a redução de críticas e mais eficácia, abrangendo tanto o direito à saúde quanto a aplicação das normas constitucionais descritas na legislação pátria.

A importância de abordar o tema em questão se dá ao buscar apresentar alternativas para a utilização e aplicação do instituto da judicialização do direito à saúde, por este vir sendo constantemente criticado pela parte majoritária da doutrina e caracterizado como maléfico, apesar de ser de extrema necessidade para garantia de direitos.

Neste sentido, o artigo está estruturado utilizando-se de abordagem qualitativa e quanto aos procedimentos se utiliza a coleta de dados realizada por meio de fontes bibliográficas, envolvendo análise de livros relacionados à área, artigos, revistas jurídicas. Baseando-nos para alcançar tal objetivo em pesquisas realizadas pela internet, revistas com caráter jurídico, dentre outros (Consalter; Mej, 2011).

Outrossim, é elaborado em cinco tópicos: (i) Direito a saúde e a judicialização no decorrer histórico (ii) o excesso de judicialização da saúde e o posicionamento doutrinário contrário ao fenômeno (iii) o direito fundamental a saúde e o posicionamento doutrinário favorável ao fenômeno de judicialização (iv) alternativas ao embate doutrinário quanto a judicialização da saúde.

2 O DIREITO A SAÚDE E O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO NO DECORRER HISTÓRICO (1946-1990)

Uma das conceituações de saúde mais utilizadas seria a estipulada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), a qual preceituou por meio da Conferência Internacional de Saúde em 1946, como sendo um estado de bem estar físico, mental e social não caracterizando-se apenas a ausência de doença (Unesco, 1998).

Atrelado a esta, surge a estipulação do direito à saúde, o qual emerge no século XX com o neoconstitucionalismo haja vista anteriormente a este período vigorava a ideia de “Estado legislativo de direito”, no qual a Constituição era um documento político, porém não aplicável diretamente, dependendo do desenvolvimento do legislador, e por conseguinte, havia ausência do controle de constitucionalidade por parte do poder judiciário, prevalecendo a supremacia do parlamento (Barroso, 2011).

No entanto, após a Segunda Guerra Mundial, com o já mencionado “*neoconstitucionalismo*” a Constituição passou a ser instrumento valorativo normativo,

com maior eficácia normativa. Instrumento este que tinha como principal enfoque a prevalência da dignidade da pessoa humana, por conseguinte passam a ser estabelecidos limites e deveres de atuação para o Estado (Oliveira, 2013).

Com isso, a Constituição passa a prevalecer perante as demais normas e ter como enfoque a promoção de direitos fundamentais. Logo, emergiu no cenário brasileiro o direito social à saúde o qual de acordo com a Carta Magna deve ser garantido a todos de maneira universal, gratuita e igualitária, passando a ser dever do Estado promovê-la por meio de políticas públicas (Silva, 2010).

O direito à saúde também é classificado como direito social e reconhecido internacionalmente pela Declaração Universal dos direitos humanos de 1948, e internalizado pelo Brasil por meio de sua Constituição Federal, artigo 6º (1988). E de forma infraconstitucional, a Lei Federal nº 8.080/91, denominada como “Lei Orgânica da Saúde”, estipulou como sendo direito fundamental e dever do Estado, esta legislação preceitua a atuação do Sistema Único de Saúde (SUS), o qual seria uma rede hierarquizada e descentralizada buscando a promoção do direito à saúde em sentido amplo (Rocha, 2011).

Portanto, passa a ser responsabilidade do SUS elementos como assistência terapêutica e farmacêutica, além de fornecimento medicamentoso. Além de que, a Lei Federal nº 8.080/91, preceitua que há uma descentralização quanto a efetivação da saúde, sendo também prerrogativa dos municípios, estados, Distrito Federal e da União, sendo responsabilidade concorrente dos entes (Brasil, 1991)

Como descrito anteriormente, a saúde no Brasil, segundo a legislação, deve ser estabelecida por meio de políticas públicas, sendo estas escolhas oriundas da administração pública, visando a materialização de direitos fundamentais descritos na constituição. Portanto, seriam uma forma de efetivação dos direitos sociais, sendo necessária a participação da administração pública de maneira direta (Carvalho; Santana, 2006).

Assim, é perceptível a necessidade de programação e planejamento das citadas políticas públicas, de acordo com o artigo 37 da Constituição Federal, e contando com participação popular (Brasil, 1988). Contudo, ao abordar-se o direito à saúde, especificamente, o cenário referente as políticas públicas se torna mais complexo se tratando do Brasil.

A complexidade trouxe ao sistema sanitário mais uma especificidade: a horizontalização, que refletia uma política mais humanizada. Historicamente, as políticas públicas voltadas ao direito à saúde no Brasil já foram estabelecidas como compulsórias, à exemplo da Revolta da vacina, a qual se caracterizou como a aplicação da vacina contra a varíola de maneira compulsória e obrigatória, sem aceitação popular para tal, sendo portanto uma política pública de direito à saúde, a qual atuava de maneira extremamente rigorosa (Sevcenko, 2010).

Com o estabelecimento do direito à saúde ao longo das décadas, resultante do movimento *constitucionalista* emerge o conceito de *judicialização da saúde*. Porém, anteriormente a realização da abordagem quanto a judicialização do âmbito da saúde, seria de suma importância definir o conceito de judicialização. Tate e Vallinder (1995), preceituam que a judicialização de políticas públicas se caracteriza como a transferência da decisão da legislatura ou da administração pública para as cortes judiciais.

Para os referidos autores, a expansão do judiciário nas democracias contemporâneas seria decorrente do fim do comunismo no Leste Europeu e a instituição do sistema jurídico norte-americano de revisão judicial, tornando-se certo paradigma para o controle judicial. Também destacam que os direitos humanos na Europa efetivam certa influência, por terem disseminado a judicialização nos países da região.

Os autores continuam sua análise indicando que existem determinadas condições necessárias para o surgimento da judicialização como, por exemplo: a universalização do acesso ao judiciário, o uso de tribunais por minorias para realização e efetivação de seus direitos, a ineficácia das demais instâncias que formam a vontade política, dentre outras justificativas (*ibidem*)

Desta maneira, a judicialização passa a ser um instituto jurídico de suma relevância e destaque, pois como preceitua Sundfeld (2012), com a judicialização o sistema jurídico, entenda-se os tribunais, passam a possuir a obrigação em solucionar casos os quais anteriormente não julgavam e não fazia parte de sua alçada. Corolário desta situação, se passa a decidir não apenas as questões referentes as partes postulantes, mas sim de forma ampla no âmbito do Estado Social o controle e efetivação das políticas públicas.

No Brasil, o fenômeno da judicialização se deu de maneira gradual após a Constituição Federal de 1988, principalmente quando se trata deste no âmbito do direito

à saúde pois a citada legislação desencadeou em inúmeras mudanças nesse sentido, inclusive a própria garantia ao direito à saúde, já que este não era abordado e debatido anteriormente por legislação específica (Barbosa; Silva, 2020).

Tal legitimação também desencadeou avanços e desafios para consolidação e efetivação deste direito. Por exemplo, é possível o destaque do desafio enfrentado em relação ao SUS, já que este tem como objetivo, delimitado pela legislação, de atender integralmente as necessidades voltadas à saúde da população. Porém, não é o que ocorre de fato, se manifestando a ausência da prestação destes serviços de maneira integral, por múltiplas justificativas, como a ausência de orçamento público suficiente para tal (Santos; Verbicaro, 2017).

O aumento de demandas judiciais, conhecido entre nós por *Judicialização*, passou a ocorrer desde os anos de 1990, com a solicitação de medicamentos para tratamento da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (Aids) (Santos; Verbicaro, 2017) e possui o intuito primordial de garantir os direitos previstos em legislação, os quais não o estão sendo assegurados na prática pelo Estado (*ibidem*)

Nesta seção do artigo, buscou-se realizar uma abordagem breve quanto a conceituação de saúde, direito a saúde e como estes se manifestaram no apanhado histórico, abordando também tal temática na legislação brasileira, destacando como esta emergiu e se consolidou. Por fim, se objetivou explicitar o conceito de judicialização, nos seus termos iniciais, além de tratar desta no âmbito da saúde, primordialmente no cenário do Brasil.

3 O EXCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE A O POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO CONTRÁRIO AO FENÔMENO

Como explicitado anteriormente neste excerto, a judicialização busca meramente o cumprimento de direitos previstos na legislação pátria. Esclarece a doutrina que tal fenômeno tornou-se excessivo, principalmente ao abordar-se a referida judicialização no âmbito do direito à saúde.

As políticas públicas são escolhidas pela administração pública, buscando alcançar e cumprir determinados direitos fundamentais, no entanto, em determinados momentos a administração acaba optando por políticas públicas não tão adequadas para a efetivação de determinado direito ou a omissão destes direitos. Isto faz com que desencadeie a possibilidade de excessivas recorrências ao judiciário, com o intuito de

alcançar-se o cumprimento dos citados direitos fundamentais, os quais não estariam sendo cumprindo pela falha das políticas públicas adotadas (Carvalho; Santana, 2006).

No entanto, apesar de a judicialização ser uma forma de buscar e tentar alcançar direitos os quais não estão sendo concedidos pelas políticas públicas e tais direitos e possibilidades estarem previstos em legislação pátria e na Carta Magna, ainda assim, há parte da doutrina a qual posiciona-se como contrária à própria judicialização e ao excesso desta.

Como preceitua Barroso (2007), determinadas situações emergem com a judicialização, como, por exemplo as decisões que condenam a Administração ao pagamento de tratamentos irrazoáveis, por serem inacessíveis ou não essenciais, ou medicamentos experimentais. Este indica não haver um critério firme e definido quanto a como a administração possa e deva ser responsabilizada, o que mobiliza várias instâncias do ente estatal e gera gastos excessivos ao Estado. Quanto a isso, o autor destaca:

Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos (...). Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal (Barroso, p.4, 2007)

Tal vertente preceitua que o Estado possui recursos escassos, além de terceiros elementos, como por exemplo: aumento da expectativa de vida, multiplicação de doenças, apresentando dificuldades para transpor o referido direito à saúde, como prevê a legislação (Santos; Verbicaro, 2017).

Esta parte da doutrina intitula que uma das problemáticas referente a judicialização voltados ao direito à saúde seria a escassez, pois caso quando se concede prestações a alguns gera, por conseguinte, a retirada destes mesmos recursos de outros (Sarmiento; Telles, 2012).

No mesmo sentido, a questão quanto a limitação de recursos públicos para a finalidade de concessão do direito à saúde, assim, surge o debate quanto a “reserva do possível”, e a questão quanto alocação dos recursos públicos, ou seja, a questão seria quanto as limitações impostas por recursos disponíveis (Figueiredo; Wolfgang, 2012).

Como mencionado anteriormente, serviços como serviços de saúde, acesso à educação, saneamento básico, dentre outros, devem ser atendidos pelo Estado, e este

como gerenciador de recursos, os recebe e os administra buscando atender a maior quantidade de necessidades básicas da sociedade. No entanto, como citado no parágrafo anterior, nem sempre os referidos recursos são suficientes, existindo uma escassez e, por conseguinte, uma limitação do Estado quanto aos setores que serão atendidos, haja vista a impossibilidade de se abranger todos (Brandão,2021).

Com isso, parte da doutrina contrária a judicialização indica que a efetividade das políticas públicas no ramo da saúde só pode ocorrer com situação financeira favorável, tendo em vista a teoria da reserva do possível. A qual estabelece que a decisão judicial deve ponderar a possibilidade fática de o Estado cumprir o que está sendo pedido, ou seja, verificar o que é possível de cumprir, após realizada a sua obrigação estatal (Barcellos, 2011)

Assim, os governantes decidem por meio de lei orçamentária, tendo em vista a quantia de recursos os quais tem à disposição, quais setores serão priorizados para os gastos públicos. Portanto, é notável a impossibilidade de efetivação das políticas públicas sociais pois para a efetivação dos mesmos são necessários recursos financeiros os quais são limitados, contendo a limitação da já mencionada reserva do possível, a qual preceitua que os recursos financeiros os quais o Estado possui para efetivar as políticas públicas concernentes aos direitos fundamentais é limitada enquanto as necessidades sociais são infinitas (*ibidem*).

Ademais, autores como Cardoso, o qual compõe a citada doutrina, preceituam que o requerimento por vias administrativas de direito individual como seria o caso do direito à saúde, não atende ao anseio de toda e nem da maior parte da sociedade, quanto a isto o mesmo preceitua: “o modelo processual de proteção exclusiva ao indivíduo que busca o seu direito subjetivo não atende ao anseio da sociedade como um todo” (Cardoso, 2017, p. 64). Este posicionamento também se baseia na ideia que se gera um excessivo de processos judiciais voltados para uma mesma área, a qual seja o direito de saúde, o que também acarretam decisões contraditórias por ausência de parâmetros para as referidas mesmas.

Outrossim, delimitam que para decisões referentes ao direito de saúde seriam necessárias não apenas a aplicação das normas jurídicas pelo juízo, mas sim, de um corpo técnico especialistas no tema em questão, mesmo porque uma decisão judicial acaba por afetar à outras (Bucci; Duarte, 2016).

Alguns estudos específicos, como de Telma Menicucci e José Machado (2010), reconhecem a necessidade do acesso à justiça e a possibilidade da judicialização, no entanto, partem do princípio que tais ações deveriam ser ajuizadas de maneira coletiva, pois o ajuizamento individual geraria contradições, iniquidades e consequências negativas ao judiciário e aos cidadãos.

Por outro lado, também alegam quanto ao custo repassado à sociedade com os resultados da judicialização. Em outras palavras, com a judicialização, surge a possibilidade de concessão de tratamentos, medicamentos dentre outros elementos necessários ao indivíduo judicializante o qual se encontra enfermo. No entanto, de acordo com esta parte da doutrina, ao ser realizado o custeio dos elementos necessários e requeridos pela judicialização o preço social se torna alto, haja vista os gastos gerados nesta situação são públicos, e portanto repassados à coletividade (Schulze, 2018).

Outro ponto abordado pelos doutrinadores, como Ferraz e Wang (2014), seria que os altos índices de judicialização no direito de saúde gerou deferimentos indiscriminados de todos os elementos postulados em nome do direito fundamental à saúde, e uma consequência de tal ação seria o enfraquecimento do próprio Sistema Único de Saúde (SUS), e um dos motivos para tal é a parte da população usuária de planos de saúde particulares, porém não alcançam suas pretensões pelos referidos planos, recorrendo ao SUS por meio da judicialização, normalmente de medicamentos ou tratamentos os quais nem mesmo seriam abrangidos pelas atribuições administrativas dos entes públicos.

Hamacher (2016), explicita que o lado “maléfico” da judicialização no âmbito da saúde seria o aumento das desigualdades sociais quando são realizados requerimentos individuais contra o Estado referente a tratamentos, medicamentos, sem comprovação de efetividade. Este também alega fato de o pleito individual de demandas da saúde acabam por prejudicar o princípio da universalidade, previsto no artigo 196 da Constituição Federal de 1988, pois de acordo com tal entendimento, ao se conceder um pedido de pleito individual, está se optando por “salvar” uma vida específica em detrimento de várias outras, pois haveria grande deslocamento de recursos unicamente para este indivíduo, afetando a concessão de saúde para as demais (Silva, 2018).

Neste sentido, se buscou destacar os principais posicionamentos de parte dos doutrinadores os quais são contrários à excessiva judicialização, argumentos fundados em: - condenação da administração a tratamentos inacessíveis ou não essenciais e/ou

experimentais; efetividade de políticas públicas dependente de situação financeira do ente federativo; petições de cidadãos insatisfeitos com a administração pública; ausência de parâmetros em concessões individuais no acesso a saúde e seus apontamentos justificando, de acordo com suas visões, o malefício da judicialização.

4 O DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE: O POSICIONAMENTO DOCTRINÁRIO FAVORÁVEL AO FENÔMENO DE JUDICIALIZAÇÃO

Após explicitar a vertente doutrinária a qual posiciona-se contrária a judicialização e seus excessos, é válida a análise quanto o posicionamento doutrinário oposto a este, ou seja, favorável à judicialização da saúde e considerar seus principais argumentos ao fenômeno presente no sistema jurídico-político.

Em primeiro plano, esta vertente doutrinária preceitua que nem sempre outorgar direitos significa conceder o poder de efetivamente cumpri-lo na realidade, a igualdade de direitos dos indivíduos prevista em lei muitas vezes não é acompanhada com uma preocupação de efetivo usufruto de tais direitos. E a parcela da população a qual não conseguem efetivar tais direitos acabam por serem excluídos da titularidade de direitos fundamentais (Miguel, 2012).

Portanto, se buscam alternativas para que tais direitos sejam efetivamente cumpridos e concretizados e os governos que não conseguem tal feito acabam por chamar outros atores para participação, como por exemplo o Poder Judiciário. Assim, surge uma nova possibilidade de atuação para o sistema judiciário, sendo a “judicialização de políticas públicas”, formando doutrina e jurisprudência e partindo do entendimento que os direitos subjetivos são exigíveis como direitos subjetivos e individuais (Sant`ana, 2017).

Neste interim, a judicialização de políticas públicas seria um instrumento de proteção do regime democrático de direito, e tem alcançado elementos como: educação, assistência social e o enfoque do presente excerto o qual seria a saúde. Esta vertente doutrinária encara a judicialização como um mero exercício e efetivação da democracia no alcance dos direitos sociais. Biehl (2016), preceitua que a judicialização da saúde seria uma forma que pequena parcela da população mais excluída, como pessoas de baixa renda e idosos se fazem ser ouvidos. Quanto a isto, destaca Sant`ana quanto a legitimidade da judicialização:

A insurgência contras tais iniquidades historicamente construídas é um ato de afirmação da cidadania e do regime democrático, afinal, o caminho escolhido

pelo Brasil a partir de 1988 claramente não é o da exclusão⁹⁹⁹. O uso do direito e do Sistema de Justiça para dar braços e armas a esta insurgência é tão legítimo e democrático quanto a consagrada mobilização política oriunda da participação social. (Sant’ana, p. 259, 2017)

Observa-se assim, que o caráter legítimo e democrático da judicialização. Ser para muitos indivíduos a alternativa para uma efetiva participação social. Outrossim, abordando mais especificamente a judicialização na seara da saúde, a assistência farmacêutica no Brasil é garantida por legislação, porém na prática em muitas vezes esta se apresenta de modo falho na efetivação pelo Estado, razão pela qual os indivíduos vem recorrendo à via judicial (Carneiro, 2015).

Ademais, também debate a referida doutrina a questão de a judicialização da saúde ser uma forma de garantir o cumprimento do princípio de acesso à justiça. Assim, este fenômeno seria uma tentativa de promoção de igualdade do direito na vida social (*ibidem*)

Outrossim, o direito brasileiro visa a garantia do “mínimo existencial”, cumprindo o princípio da dignidade da pessoa humana, e portanto, o Estado possui a obrigação de zelar para a promoção de condições básicas aos cidadãos. Quanto a isto, Torres (1989), preceitua em sua obra que existe o direito à condições mínimas de existência humana, o qual não poderia ser objeto de intervenção do Estado possuindo essencialidade à todos os indivíduos.

Portanto, o referido mínimo existencial teria como enfoque a dignidade da pessoa humana, os qual aborda a ideia não apenas do mínimo fisiológico, necessário para sobrevivência, mas sim, aquele necessário para atender aos requisitos de liberdade, sociopolítica e psicologia. Há distinção entre o conceito de “mínimo existencial” e “mínimo vital”, este último está ligado à garantia de vida humana, porém, não tratando das condições desta vida e se estas seriam efetivamente dignas e de qualidade, diferentemente do mínimo existencial (Sarlet, 2008).

Com isso, para suprir a necessidade e garantir o citado mínimo existencial é necessário que o Estado cumpra com suas obrigações e assegure direitos mínimos como saúde, educação, assistência, gerando assim condições básicas de vida e caso não haja o cumprimento de tais garantias há irrefutável desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana (Brandão, 2021).

Assim, resta claro que se as condições básicas de vida não sejam ofertadas pelo Estado existe a impossibilidade de garantia do mínimo existencial, e portanto a transgressão ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo a judicialização da saúde elemento completamente compreensível neste aspecto, haja vista as condições de saúde

não são ofertadas regularmente ao indivíduo, fazendo com que o mesmo não possua o mínimo existencial para uma vida digna, por conseguinte, não lhe resta outra alternativa se não exigir tal cumprimento de direitos pelas vias judiciais.

Outro ponto destacado pela referida corrente doutrinária seria quanto a macro justiça e micro justiça no âmbito do direito à saúde. Contrariamente ao que aponta a parte da doutrina contrária a judicialização, a qual indica que a micro justiça ignora questões e necessidades relevantes em matéria as quais fariam parte da macro justiça, quanto a isso, Barcellos (2006), defende que se torna impossível a existência de uma macro justiça sem o tratamento da micro justiça, a resolução de tais demandas individuais são essenciais para a manutenção da dignidade da pessoa humana, seja individual ou coletivamente, além da produção de elementos necessários para a macro justiça.

Assim, o debate quanto ao mínimo existencial se faz muito presente por parte da doutrina apoiadora da judicialização da saúde, como mencionado anteriormente este será composto por diversos aspectos da existência humana, quanto a isto, José Afonso da Silva preceitua:

A dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. “Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] **o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais**, ou invocá-la para construir a ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trata de direitos econômicos, sociais e culturais”. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará à realização da justiça social (art. 193), à educação, ao desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205), etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana (Silva, 2007, p.38-39)

Tal conceito já se faz presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, em seu artigo XXV, o qual preceitua que todo homem tem direito à um padrão de vida possível de assegurar a si e a sua família alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos, dentre outros (Organização das Nações Unidas, 1948).

Ademais, a dignidade da pessoa humana também comporta a ideia de liberdade, como Robert Alexy nomeia como liberdade fática, ou seja, utilizar-se das prerrogativas jurídicas diante das circunstâncias materiais para pautar a atuação do indivíduo no meio

social. Assim, ao possuir liberdade fática o titular da liberdade jurídica possui condições e possibilidade de fazer efetivamente aquilo que é permitido ou facultado, gerando uma obrigação ao Estado (Danielli, 2016)

Outrossim, seguindo a teoria de Robert Alexy (2011), os direitos fundamentais se expressam na forma de princípios, por conta disto, devem ser concretizados em sua maior extensão possível, buscando atingir determinado fim com a aplicação de certas medidas. Seguindo tal lógica, o direito à saúde na política brasileira se enquadra em tal classificação, o que deve gerar o seu cumprimento também em uma maior extensão possível.

Se buscou apresentar nesta seção do artigo, como parte da doutrina é defensora da judicialização, que direitos sociais como o são a saúde, são subjetivos e individuais. Atendidos pelo fenômeno da Judicialização, grupos vulnerabilizados excluídos socialmente. As demandas individuais em direito à saúde contribuem para a efetivação da microjustiça afetando as conformações da macrojustiça. Nesse sentido, o fundamento do direito a saúde efetivado pela judicialização em demandas individuais garantiria não somente a sobrevivência dos indivíduos, mas a liberdade sociopolítica e psicológica dos mesmos. O fenômeno da Judicialização contribui, apesar de alguns excessos, o funcionamento dos sistemas jurídicos nacionais e internacionais.

5 ALTERNATIVAS AO EMBATE DOUTRINÁRIO QUANTO A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Após a explicitação quanto a situação em que se encontra a judicialização da saúde e a explicitação das correntes doutrinárias, passa-se a abordar outros vieses do fenômeno com o intuito de propor alternativas ao embate supracitado.

No Estado democrático de direito se busca constantemente a estabilidade das relações jurídicas com a confiança que os cidadãos possuem nas funções estatais de garantia de direitos e interesses igualmente para toda a sociedade. Com isso, um dos princípios basilares da legislação brasileira, o qual seja o princípio da segurança jurídica rege a proteção dos direitos fundamentais, se opondo a medidas que tenham por finalidade a extinção ou redução dos direitos adquiridos pelo cidadão (Brandão, 2021).

Sarlet (2006), aponta que tal princípio impõe a proteção contra o retrocesso social. Trazendo tal abordagem para o âmbito da saúde, a busca pelo cumprimento de direitos fundamentais como o direito à saúde, por meio do aparato judiciário tem se tornado cada

vez mais frequente, sendo uma estrutura necessária para manter esses direitos por parte do Estado.

Inúmeras situações envolvendo a saúde pública e a sua ineficácia emergiram com a pandemia do novo Coronavírus (vírus Sars-Cov-2), por exemplo, no Estado do Piauí houve a redução de leitos de UTIs, de agosto de 2020 à março de 2021, anteriormente haviam 335 (trezentos e trinta e cinco leitos), passando para apenas 252 (duzentos e cinquenta e dois), por meio da Ação Civil Pública nº 0801023-42.2021.8.18.0031 houve o requerimento de ampliação dos leitos de UTIs sendo deferido tal pedido em pelo poder judiciário (Brandão, 2021).

Observa-se, em situações como a mencionada acima ser possível perceber a importância da judicialização no âmbito da saúde e a efetiva garantia dos direitos fundamentais por meio desta, principalmente em momentos de crises como se deu pela ocorrência da pandemia do novo Coronavírus (vírus Sars-Cov-2), como supracitado.

A ministra Rosa Weber em Medida Cautelar na Ação Cível Originária nº 3.478 destacou que questões com a saúde pública não podem sofrer retrocessos injustificados, sendo necessária total eficácia e em verdade progredirem no tempo (Brasil, 2021).

Neste ínterim, é possível a percepção quanto a judicialização da saúde ser fenômeno diretamente ligado aos princípios da proibição do retrocesso social e princípio da progressividade e como esta vem se mostrando útil e eficaz para a garantia do direito fundamental à saúde.

Portanto, é possível notar que a judicialização não se dá de maneira injustificada e desnecessária, mas sim como um processo de reação à exclusão que gera iniquidades na distribuição de cuidados e precarização dos serviços de saúde (San'tana, 2017).

A judicialização é um instrumento utilizado por toda a sociedade e tem servido para diversos indivíduos uma alternativa de participação social, favorecendo os interesses das classes populares, no entanto, justamente por tratar desta parcela da população há dificuldade de organização de grupos de interesse para pressão política visando o funcionamento do sistema político brasileiro. Assim, o fenômeno requer uma participação social institucionalizada ou a mobilização política das classes populares e nesse cenário, o movimento de judicialização vem se tornando, cada vez mais intenso, visando a concretização da saúde, sendo esta, portanto, uma alternativa à situação em destaque (Bahia, 2016).

Outro meio passível de destaque seria quanto a diferença de tratamento de ações individuais em relação a ações coletivas. O judiciário aparenta estar mais disposto a decidir casos individuais de maneira favorável, a que realizar reformas estruturais sobre a política pública via ações coletivas. No entanto, caso tal medida fosse tomada, se teria outra alternativa à situação quanto ao excesso de judicialização tão veementemente debatido pela doutrina (Conselho Nacional de Justiça, 2019).

Outrossim, uma última proposição com o intuito de reduzir a quantidade de processos judicializados na atualidade do judiciário brasileiro e sanar o citado excesso de judicialização no futuro seria a utilização do sistema de precedentes judiciais. O aplicador do direito será responsável pela aplicação da norma jurídica no caso concreto, portanto, é necessária a aplicação da referida norma interpretada ao caso (Mascaro, 2015).

No entanto, o aplicador do direito (juiz) é um indivíduo que faz parte da sociedade, portanto, possui ideologias, costumes, dentre outros, os quais impedem que o mesmo seja totalmente imparcial em relação ao processo judicial e influencia na decisão final o que abre a possibilidade de que surjam decisões judiciais distintas quanto ao mesmo assunto (Carvalho; Santana, 2006).

Assim, é necessário que as decisões judiciais sejam justas, efetivas e uniformes para que haja segurança jurídica. A partir daí surge a possibilidade de aplicação dos precedentes judiciais, o qual é determinado por alguns autores como sendo um atributo inerente as decisões judiciais, Steck (2016), alega que seria o status adquirido a uma decisão ao ser aplicada subsequentemente.

Sendo assim, o objetivo primordial dos precedentes judiciais seria a possibilidade de previsão e segurança jurídica quanto as decisões judiciais, gerando confiança aos integrantes da relação jurídica. Assim, as teses firmadas em precedentes judiciais devem ser aplicadas a todos os casos semelhantes, sendo parâmetro de aplicação (Rossi, 2015).

Nesse sentido, a falta de parâmetros para julgamentos consequentemente ocasionam contradições e geram desigualdades e insegurança jurídica e com o estabelecimento de precedentes judiciais se teria uma racionalização da aplicação do direito. A própria legislação pátria prevê no Código de Processo Civil de 2015 descreve três mecanismos visando a estabilização e uniformidade das decisões judiciais, os quais seriam: Incidente de Assunção de Competência (IAC); Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e os Recursos Repetitivos (REsp repetitivo e RE repetitivo), os quais justamente possuem objetivo de estabelecer teses e efeitos

vinculantes para serem aplicados em processos individuais, tais quais preceitua-se ocorrer nas demandas de direito à saúde (Carvalho; Santana, 2006).

Dado o exposto, diante de embates doutrinários, apresentou-se a necessidade de judicialização da saúde para efetivo cumprimento de direitos fundamentais de maior parcela da população. Propugnou-se pela efetivação dos Princípios da Segurança Jurídica e da Proibição do retrocesso social; a necessidade de uma participação social institucionalizada, e a conseqüente mobilização política das classes populares.

Se por um lado há necessidade de aproximação do direito e da política no cenário social, outros vieses pelos quais se observa o fenômeno descrito, também requer uma inovação técnica. Pode-se assim examinar a utilização do sistema de precedentes no sistema jurídico.

Conclui-se que, além de se propor alternativas visando solucionar a excessividade de tal judicialização com o intuito de reduzi-la, outros vieses podem-se constituir em alternativas de observação ao fenômeno da Judicialização da saúde e proporcionar de maneira mais eficaz o acesso aos direitos sociais descritos na legislação pátria.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente excerto foi possível realizar a análise do instituto da judicialização, passando primeiramente pela conceituação de saúde e direito à saúde, abordando o seu desenvolvimento no decorrer histórico e a estipulação deste como direito social e fundamental após a Declaração Universal dos direitos humanos de 1948 e no Brasil, posteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, fazendo com que o instituto da judicialização objetive que o judiciário solucione questões referente a políticas públicas inalcançadas.

Ademais, também houve destaque quanto a vertente doutrinária a qual se posiciona de maneira contrária ao instituto da judicialização, ainda que este instituto busque alcançar direitos os quais não estão sendo concedidos pelas políticas públicas. Os doutrinadores desta vertente alegam múltiplos argumentos como, por exemplo: o pagamento por parte da administração de tratamentos irrazoáveis; não haver critérios definidos quanto a concessão do que for requerido ou não; aumento de desigualdades sociais, dentre outras alegações as quais os levam a conclusão que a judicialização e seus excessos acabam tornando-se maléficis à sociedade e ao poder público.

Também foram apresentados argumentos referentes a parte da doutrina favorável a judicialização, estes preceituam que se trata de um instrumento de proteção do regime

democrático de direito; uma forma que pequena parcela da população utiliza para alcançar seus direitos, além de ser uma garantia ao cumprimento do princípio de acesso à justiça e dignidade da pessoa humana como prevê a legislação constitucional e infraconstitucional.

Por fim, se buscou explicitar que a judicialização se faz efetivamente necessária para garantia do direito fundamental dos cidadãos, além de seguir o princípio da proibição do retrocesso social e garantia da segurança jurídica.

Assim sendo, foram propostas alternativas ao problema de excesso da judicialização a qual, como destacado anteriormente, é vista de forma prejudicial por parte da doutrina. Algumas das referidas alternativas seriam a possibilidade e maior acessibilidade das ações de direito à saúde de maneira coletiva, ao invés de individual, o que também geraria maior segurança jurídica estabelecendo precedentes judiciais, além do estabelecimento de parâmetros para tais ações, com isso se buscou de forma sucinta explicar a necessidade irrevogável da judicialização no âmbito do direito à saúde e alternativas à sua excessividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BAHIA, Ligia; SCHEFFER, Mario; POZ, Mario; TRAVASSOS, Claudia. **Private health plans with limited coverage: the updated privatizing agenda in the context of Brazil's political and economic crisis**. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 32, 2016.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. **Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro**, v. 1, n. 3. P. 17-54, jul/set. 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia judicial: direito e política no Brasil. Contemporâneo, **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 12, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista do Direito Social**. Porto Alegre, v. 9, n. 34, abr./jun. 2009.
- BIEHL, João.. **Patient-Citizen-Consumers: Judicialization of Health and Metamorphosis of Biopolitics**. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, n. 98, 2016
- BRANDÃO, Mariana Kaires Alves. Judicialização do direito à saúde, mínimo existencial e o princípio da proibição do retrocesso social. **Revista eletrônica do Ministério Público do Estado do Piauí**, Piauí, ano 1, edição 2 – jul/dez 2021, p. 219 – 238, dezembro 2021. Disponível em: <https://www.mppi.mp.br/internet/revista/editais-de-chamada-de-trabalhos/revista-eletronica-do-ministerio-publico-do-estado-do-piaui/revista-eletronica-do-ministerio-publico-do-estado-do-piaui-3/> Acesso em: 20 de nov. de 2023
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 32. Ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Cível Originária 3.478 Piauí**. Relator(a) : Min. Rosa Weber. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/rosa-ordenarestabelecimento-leitos-uti.pdf>. Acesso em: 10 de abril de 2024
- BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo**. – São Paulo : Saraiva, 2017
- CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O Paradoxo da Judicialização das Políticas Públicas de Saúde no Brasil: Um ponto cego no direito?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- CARNEIRO, Alexandre Massuê Ferreira. **Ações judiciais de assistência à saúde: uma caracterização dos dados da Secretaria de Saúde pública do Pará- SESP**. Tese (Mestrado em Ciências da Saúde). Universidade de São Paulo, São Paulo. 2015
- CARVALHO, Mateus Dantas; SANTANA, Ana Cristina Almeida. O direito à saúde sob a ótica do constitucionalismo social: concretização através do sistema de precedentes judiciais vinculantes. **Revista de processo, jurisdição e efetividade da justiça**. Evento virtual, v. 6, n. 1, 2020. Disponível em:

<https://www.indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/6492>
Acesso em: 11 de abril de 2024

CONSALTER, Zilda Mara; MEJ, Kátia Grazielle. A obrigação alimentar e a lei de alimentos gravídicos: alguns aspectos materiais e processuais. **Revista de Ciências Jurídicas**. Ponta Grossa. V. 3.: 149-178, 2011. Disponível em: <http://http://www.revistas2.uepg.br/index.php/lumiar> . Acesso em: 09 de abril de 2024

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização e saúde: ações para à saúde pública de qualidade**. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/forum-da-saude-3/judicializacao-e-sociedade-acoas-para-acesso-a-saude-publica-de-qualidade/>. Acesso em: 12 de abril de 2024

DANIELLI, Ronei. **A judicialização da saúde no brasil: do viés individualista ao patamar de bem coletivo**. Tese (Mestrado em Ciências Jurídicas) Universidade de Alicante, Santa Catarina. 2016

FERRAZ, Octavio Luiz. Motta; WANG, Daniel Wei Liang. **As duas portas do SUS**. Folha de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2014/06/1472761-octavio-ferraz-e-daniel-wang-as-duas-portas-do-sus.shtml#> = . Acesso: 10 de abril de 2024

FIGUEIREDO Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. **Notas sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2021

MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves; MACHADO, José Ângelo. **Judicialization of health policy in the definition of access to public goods: individual rights versus collective rights**. Rio de Janeiro , v. 5, 2010. Disponível em: http://socialsciences.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-38212010000100002. Acesso em : 14 de abril de 2024

MIGUEL, Luis Felipe. Democracia e sociedade de classes. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 9, 2012

OLIVEIRA, Juliana Melo Corrêa Albuquerque; VERBICARO, Loiane Prado. **A saúde pública jurisdicionalizada no Estado do Pará. Relatório de pesquisa**. Relatório de pesquisa. Programa de Bolsas de Iniciação Científica e Tecnológica–PIBICT do Centro Universitário do Pará-CESUPA. Orientadora: Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro. Período da pesquisa: Fevereiro a dezembro de 2013. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=eede2d28a4d05ac5>. Acesso em: 12 de abril de 2024

QUINTANO NEIRA, Ricardo Alfredo.; HAMACHER, Silvio.; JAPIASSU, André Miguel. **Epidemiology of sepsis in Brazil: Incidence, lethality, costs, and other indicators for Brazilian Unified Health System hospitalizations from 2006 to 2015**. PLoS One, 13, n. 4, 2018.

ROCHA, Julio Cesar. **Direito da saúde: Direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivo**, São Paulo: Atlas, 2011.

ROSSI, Júlio César. **Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC**. São Paulo: Atlas, 2015.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública**. Tese (Doutorado em direito). Centro de Ensino Universitário de Brasília, Brasília, 2017

SANTOS, Andreza Casanova Vongrapp; VERBICARO, Loiane Prado. A necessidade de parâmetros para a efetivação do direito à saúde: a judicialização do acesso ao hormônio do crescimento no estado do Pará, **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo v.17, n.3, nov. 2016./fev. 2017

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html. Acesso em: 09 de abril de 2024

SARMENTO, Daniel; TELLES, Cristina. **Judicialização da saúde e responsabilidade federativa: solidariedade ou subsidiariedade?** Direito Sanitário. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SCHULZE, Clenio Jair. **Coletânea Direito à Saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. 1ª Edição, Brasília, 2018

SEVCENKO, Nicolau. **A Revolta da Vacina: Mentres insanas em corpos rebeldes**. São Paulo: Scipione, 2003.

SILVA, Raul de Souza Júnior. **Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**. 1ª Edição. Conselho Nacional de Secretários de saúde, 2018

SILVA, Ricardo Augusto. **O dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SILVA. José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjrn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 177, Jul./set. 1989. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113/44271>. Acesso em: 13 de abril de 2024

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Brasília, 1988. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 30 de março de 2024