



A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE

Paula Barbosa Viveiros

Graduada pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO
Analista Judiciária do TJRJ

Resumo – em momentos de crise financeira do Estado, renovam-se as vozes contra o ativismo judicial em políticas públicas de saúde. O presente artigo traça uma breve análise sobre a relevância do papel do Poder Judiciário nas demandas que envolvem a materialização do direito à saúde, tendo em vista a omissão estatal. Aborda a legitimidade do Poder Judiciário, com amparo nos preceitos Constitucionais que asseguram o controle judicial sempre que houver lesão ou ameaça a direito, elevando o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do próprio Estado Democrático de Direito. Destaca-se também os precedentes judiciais, com ênfase na responsabilidade solidária dos entes públicos, a despeito da repartição administrativa do Sistema Único de Saúde - SUS. Analisa o princípio da reserva do possível, no entanto, sob a ótica do mínimo existencial. Enfatiza a atuação de um Judiciário capacitado, a partir de núcleos de apoio que prestam auxílio em questões de ordem técnica. Reforça a importância das decisões judiciais e sobretudo nas ações coletivas, no que diz respeito à abrangência dos tratamentos disponibilizados no SUS. Por fim, conclui que o ativismo judicial representa, no contexto atual, meio de garantia de uma vida digna e menos desigual.

Palavras-chave – Direito Constitucional à Saúde. Crise de representatividade dos Poderes Legislativos e Executivo - Ativismo Judicial.

Sumário – Introdução. 1. A intervenção do Judiciário nas políticas públicas para efetivação do direito à saúde e a aparente colisão entre princípios. 2. O papel do Judiciário como gestor da crise na execução do serviço público de saúde a partir da análise dos precedentes. 3. Os limites e atuação do Judiciário através das demandas individuais e coletivas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica se destina a analisar o ativismo judicial e as suas consequências nas demandas individuais e coletivas que tratam do descumprimento de preceito constitucional decorrente da omissão injustificada dos entes federados.

O Constituinte de 1988 elevou a saúde à categoria de direito social fundamental. A redação dos artigos 6º, 23 e 196 dispõe expressamente que compete à União, aos Estados e ao Município, solidariamente adotar medidas que visem concretizar o atendimento à população, proporcionando acesso digno aos tratamentos.

A despeito da previsão constitucional, o Brasil atravessa grave crise na saúde. A pandemia da COVID-19, embora tenha deixado clara a importância do SUS revelou a falência estatal na prestação do serviço público de saúde, sobretudo à população mais carente.

Os entes públicos utilizam a natureza programática dos direitos fundamentais e o princípio da reserva do possível como subterfúgios para justificar a sua inércia, o que exige do Poder Judiciário uma resposta.

Diante de tamanho desserviço surgiu legitimamente o fenômeno da judicialização da saúde, que vem crescendo vertiginosamente. O Judiciário é chamado constantemente a intervir nas políticas públicas de saúde.

Nesse cenário, o capítulo 1 inaugura uma breve abordagem do direito universal e integral à saúde, e o papel dos entes federados na sua implementação em harmonia com o caráter programático da norma. A intenção é demonstrar que não é necessária a criação de lei específica para tratar do tema, pois as regras já existentes permitem ao cidadão exigir a prestação do serviço. De um lado, não se desconhece a limitação de recursos do poder público. De outro, a necessidade de se resguardar o direito à vida e à saúde é patente. Sob essa perspectiva, na sequência, será realizada sucinta ponderação a respeito da aparente colisão entre os princípios da proteção e da separação dos poderes e entre aquele e a reserva do possível.

O capítulo 2 discorre sobre a legitimidade do Poder Judiciário como única resposta à usurpação do direito à saúde e último socorro ao cidadão, em decorrência da omissão estatal e responsabilidade solidária dos entes, a despeito da repartição administrativa do Sistema único de Saúde. Destaca-se, também, através de casos concretos, como a Jurisprudência vem solucionando os impasses relacionados a solidariedade dos entes públicos na prestação do serviço.

Por fim, o capítulo 3 traz uma reflexão sobre a atuação do Poder Judiciário através das ações individuais e coletivas. Trata, ainda, da instituição de diretrizes para auxiliar os Magistrados nas decisões, sem interferir na sua independência. Busca-se analisar se há limite do ativismo judicial quando o que se está em jogo é o direito à vida e a dignidade do jurisdicionado.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo cuja abordagem se dá por meio da ponderação entre os bens jurídicos saúde e vida, de um lado; e, de outro, fatores econômicos, permeados pela análise dos critérios elencados pelo Poder Judiciário para o implemento de tal direito fundamental, que objetiva assegurar o fornecimento dos meios necessários ao tratamento médico dos necessitados.

1. A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A APARENTE COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS

Os artigos 196 a 200 e artigo 5º, inciso III, todos da Constituição Federal impõem a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

O texto constitucional é a consumação da estratégia de uma transformação apoiada numa declaração ampla dos direitos fundamentais. Entretanto, há uma tendência de um pensamento conservador, que vê a maior parte da Constituição como tendo um caráter meramente programático.

Aliado a esse discurso, o cenário de descontentamento maciço da população com a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo gerou uma verdadeira crise de representatividade. Por conseguinte, o Judiciário aparece como último socorro para atender às demandas públicas, notadamente àqueles relacionadas à concretização do Direito Constitucional à saúde.

Nesse contexto, o ativismo judicial vem ganhando destaque. O tema tem assumido especial relevância em decorrência da multiplicação de ações individuais e coletivas em busca de medicamentos, internações, exames e demais prestações na área da saúde.

Ainda assim, há divergências quando se trata da busca pelo Judiciário para suprir a deficiência estatal, mesmo em se tratando de direito básico e fundamental, corolário da dignidade humana.

A primeira corrente, que exprime uma opinião positiva sobre o fenômeno jurídico em análise, é defendida por Luís Roberto Barroso, segundo o qual o ativismo judicial pode ser entendido como “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance (...)”.¹ Ainda segundo o Ministro, o ativismo pode se manifestar das seguintes formas:

[...] A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas [...].²

¹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/77375/judicializacao--ativismo-judicial-e-legitimidade-democratica>. Acesso em: 09 abr. 2023.

² *Ibid.*

Na mesma linha de entendimento, para José Afonso da Silva ativismo judicial está diretamente associado à hermenêutica constitucional positiva. Confirma-se, “[...] o ativismo judicial é uma forma de interpretação constitucional criativa, que pode chegar até a constitucionalização de direitos, pelo que se pode dizer que se trata de uma forma especial de interpretação também construtiva [...]”³.

Na opinião de Vanice Lírio do Valle⁴, a constitucionalização das políticas públicas gera a compreensão da existência de direitos subjetivos em face do Estado, com a afirmação de uma verdadeira obrigação solidária entre os entes federados, ocasionada pela falta de indicação clara quanto ao destinatário de tais obrigações, o que ofusca as esferas de responsabilidade, subvertendo os programas de ação de cada ente público.

Sob esta perspectiva, extrai-se que há verdadeira ampliação do princípio democrático de direito, em decorrência da aproximação, e porque não dizer da popularização do acesso ao Judiciário.

Por outro lado, há críticas à atuação positiva do Poder Judiciário. Barroso conceitua a diferença entre os dois entendimentos:

[...] a principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor do legislador ordinário. Ativistas e não ativistas, todavia, não contestam o que se denomina supremacia judicial: o reconhecimento de que deve caber ao Judiciário a última palavra acerca da interpretação da Constituição e das leis. Trata-se, portanto, de uma questão de calibragem da atuação de Juízes e tribunais [...].⁵

Os críticos do ativismo judicial sustentam, em síntese, dois argumentos fundamentais. O primeiro consiste na alegada afronta à separação dos poderes e ao regime democrático de Direito, pois os Juízes não teriam legitimidade para interferir nas políticas públicas, cuja atribuição compete ao executivo e ao legislativo, através dos seus representantes eleitos pelo povo. Entretanto, é uma interpretação simplista da atuação do Judiciário, sobretudo dentro de uma perspectiva constitucional, na qual o Supremo atua como guardião das normas e princípios nela assegurados.

³ BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. *Ativismo judicial*. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/25758/jose-afonso-da-silva-aborda-o-ativismo-judicial-em-seminario-da-oab>. Acesso em: 09 abr.2023.

⁴ VALLE, Vanice Lírio do. Judicialização das políticas públicas no Brasil: até onde nos podem levar as asas de Ícaro. *Revista Jurídica*, Rio de Janeiro, Edição Especial, 2013, p. 01-24.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388> - Acesso em: 17 out.2023.

O outro argumento está relacionado às questões orçamentárias, traduzidas no princípio da reserva do possível. Por esse princípio, tenta-se justificar a escassez de recursos ou, ainda, a autonomia na sua alocação. Contudo, o princípio da reserva do possível, como todo princípio, não é absoluto e deve estar em harmonia com os demais. Também não é razoável invocar a reserva do possível para justificar o desserviço nas políticas públicas.

Porém, em linhas gerais, deveria o ente público demonstrar em que extensão o custeio do tratamento determinado pelo Judiciário prejudicaria a terceiros ou, ainda, qual a política pública de saúde que deixará de ser implementada para justificar a recusa na prestação do serviço. Essas questões, na prática não são esclarecidas.

Ademais, os critérios de escolha do administrador, em qualquer hipótese, deverão estar limitados pela razoabilidade, sob pena de abuso de poder. Dessa forma, tem-se a razoabilidade como critério e limite da discricionariedade

Dito isso, percebe-se que o ativismo judicial está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e princípios constitucionais.

Para Barroso, o grande papel de uma Constituição é “proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos [...]”.⁶

A Constituição, segundo Canotilho⁷, é “sistema aberto de regras e princípios”. As regras materializam uma determinação objetiva de conduta, já os princípios, “funcionam como referencial geral para o intérprete, como um farol que ilumina os caminhos a serem percorridos”.

Na hipótese de conflito aparente de princípios, deve o intérprete utilizar a técnica da ponderação visando a proteção do núcleo essencial do direito fundamental. Com efeito, proibir a proteção é insuficiente.

O conteúdo do chamado mínimo existencial pode ser entendido como o conjunto de direitos que assegura um vida digna, o que inclui saúde, alimentação e educação. Desse modo, e partindo da premissa de que o mínimo existencial deve ser observado sob a ótica constitucional como direito fundamental, deve estar assegurada a garantia a uma vida saudável e não pode ser confundido com um mínimo vital ou de sobrevivência. |É o que a doutrina constitucional chama de princípio da proibição da insuficiência. Portanto, a busca é por garantir ao homem não mínimo vital, mas um mínimo de qualidade vida, não só como indivíduo, mas também dentro da comunidade onde vive.

⁶ *Ibid.*

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1159-1160.

2. O PAPEL DO JUDICIÁRIO COMO GESTOR DA CRISE NA EXECUÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE A PARTIR DA ANÁLISE DOS PRECEDENTES

Conforme já abordado, a crise estatal vem exigindo cada vez mais a atuação do Poder Judiciário para efetivação do direito à saúde pública e as demandas submetidas à julgamento se multiplicam, nos mais variados temas.

Tema recorrente nos Tribunais, e de grande relevância, diz respeito à competência para a execução do serviço de saúde. Na prática, os entes públicos responsabilizam uns aos outros pelo atendimento.

Nesse aspecto, atualmente, a Jurisprudência majoritária⁸ defende que a obrigação não está atrelada à repartição administrativa do Sistema Único de Saúde entre as esferas federal, estadual e municipal. Para os adeptos desse entendimento, a solidariedade da obrigação não pode ser mitigada com fundamento na distribuição de funções. Assim, desde que comprovada a necessidade, através do prontuário médico, e a impossibilidade de custear o tratamento, os três entes federados estão obrigados a prestar o serviço ou fornecer o insumo necessário ao tratamento.

Para pôr termo a controvérsia, no Estado do Rio de Janeiro foi editado o enunciado da Súmula n. 65⁹ deste Tribunal, de seguinte teor: “Deriva-se dos mandamentos dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988 e da Lei n. 8080/90, a responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios, garantindo o fundamental direito à saúde e conseqüente antecipação da respectiva tutela”.

Entretanto, mais recentemente, os Entes Públicos questionaram a obrigatoriedade de disponibilizar tratamento não padronizado no Sistema Único de Saúde- SUS, com fundamento na violação da independência dos poderes. A questão chegou ao Superior Tribunal de Justiça que, em 2018, em julgamento vinculante, decidiu que os fármacos não incorporados em atos normativos do SUS podem ser concedidos pelo Estado, desde que presentes os seguintes requisitos cumulativos:

[...] i) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE n. 727864. AgR. Agravante: estado do Paraná. Agravado: Ministério Público do estado do Paraná. Relator: Min. Celso de Mello. Paraná, 04.nov.2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=298071216&ext=.pdf>. Acesso em: 17 out. 2023.

⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Súmula da Jurisprudência Predominante. *Proc. n. 2001.146.00004*. 05.mai.2003. Disponível em: <https://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-65>. Acesso em: 17 out. 2023.

medicamento prescrito; iii) existência de registro na ANVISA do medicamento [...].
10

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal reafirmou o caráter solidário da obrigação dos Entes Federativos. Por outro lado, estabeleceu a necessidade de identificar o responsável financeiro a partir dos critérios de descentralização do SUS para, no momento oportuno, ressarcir o ente que suportou o ônus decorrente do provimento jurisdicional que assegurou o direito à saúde - como é próprio da solidariedade (tema 793)¹¹.

Prevalece, assim, o entendimento que defende a solidariedade dos Entes Públicos, como visto, com a ressalva do direito de regresso entre os Estado, Município e União, a partir dos critérios administrativos de distribuição de competência.

A respeito do tema, confira-se a tese recentemente firmada na Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Incidente de Assunção de Competência (IAC) n° 14, apreciado em 12/04/2023¹²:

[...]a) Nas hipóteses de ações relativas à saúde intentadas com o objetivo de compelir o Poder Público ao cumprimento de obrigação de fazer consistente na dispensação de medicamentos não inseridos na lista do SUS, mas registrado na ANVISA, deverá prevalecer a competência do juízo de acordo com os entes contra os quais a parte autora eleger demandar. b) as regras de repartição de competência administrativas do SUS não devem ser invocadas pelos magistrados para fins de alteração ou ampliação do polo passivo delineado pela parte no momento da propositura ação, mas tão somente para fins de redirecionar o cumprimento da sentença ou determinar o ressarcimento da entidade federada que suportou o ônus financeiro no lugar do ente público competente, não sendo o conflito de competência a via adequada para discutir a legitimidade ad causam, à luz da Lei n. 8.080/1990, ou a nulidade das decisões proferidas pelo Juízo estadual ou federal, questões que devem ser analisada no bojo da ação principal. c) a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da CF/88, é determinada por critério objetivo, em regra, em razão das pessoas que figuram no polo passivo da demanda (competência *ratione personae*), competindo ao Juízo federal decidir sobre o interesse da União no processo (Súmula 150 do STJ), não cabendo ao Juízo estadual, ao receber os autos que lhe foram restituídos em vista da exclusão do ente federal do feito, suscitar conflito de competência (Súmula 254 do STJ).

A celeuma ainda não está encerrada e depende do desfecho do julgamento do recurso especial n. 1.366.243, com repercussão geral, que irá analisar a responsabilidade solidária da

¹⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial repetitivo n. 1.657.156*, Primeira Seção. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 20 fev.2024.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 793 - Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde*. Leading Case 878. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>. Acesso em: 17 out. 2023.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Incidente de Assunção de Competência (IAC) 14*. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/28042023-Primeira-Secao-fixa-teses-sobre-legitimidade-e-competencia-em-aco-es-com-pedido-de-medicamento.aspx>. Acesso em: 17 out.2023.

União por ações contra governos estaduais que buscam o fornecimento de medicamento (Tema 1234).

Há, também, outras hipóteses submetidas ao Magistrados que vão além da competência para a execução do serviço, como é o caso do fornecimento de remédios “*off label*”, medicamentos não registrados na Agência Nacional de Saúde e, mais recentemente, fármacos à base de canabidiol.

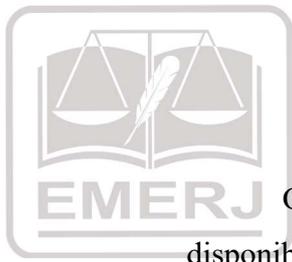
Corroborando o exposto, é válido transcrever o precedente desta Corte Estadual no julgamento do recurso de apelação n. 0000267-37.2021.8.19.0064 , ocorrido em 18.05.2023, sob a relatoria do Desembargador Henrique Carlos de Andrade Figueira, acolhido, por unanimidade, pelo Colegiado da Primeira Câmara de Direito Público. *In verbis*:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. FORNECIMENTO DE REMÉDIO. CANABIDIOL. Ação de obrigação de fazer para compelir os Réus a prestarem assistência médica com fornecimento de remédio necessário ao controle e melhor tratamento de autismo que acomete o Autor. Nos termos dos artigos 23, 196 e 198 da Constituição Federal os entes da Federação têm competência comum e concorrente para zelar pela saúde da população. Óbices de natureza administrativa como falta de recursos ou de planejamento não impedem o indeclinável cumprimento da obrigação constitucional. Os medicamentos baseados em Cannabis tiveram autorização sanitária para a fabricação e importação pela ANVISA, na RDC 327/2019, que estabeleceu requisitos para a comercialização, prescrição, a dispensação, o monitoramento e a fiscalização. O E. Supremo Tribunal Federal fixou em sede de repercussão geral, no Recurso Extraordinário nº 1.165.959, entendimento vinculante (Tema nº 1161) no sentido de ser possível a concessão do medicamento à base de cannabis pelos entes públicos. Cabível o fornecimento de medicamentos não incorporados aos atos do SUS, desde que atendidos os critérios estabelecidos no Tema 106 dos Recursos Repetitivos [...]¹³.

A União, os Estados e os Município fogem ao debate. Assim, cotidianamente, os Magistrados são instados a se debruçarem sobre temas que deveriam ser resolvidos exclusivamente na esfera administrativa.

Desse modo, é possível concluir que, à margem das críticas, o ativismo judicial exercido com cuidado é ferramenta fundamental para a proteção dos direitos e da justiça social. Para tanto, é fundamental haver limites, estabelecidos no próprio sistema jurídico, além do respeito à discricionariedade e cautela para evitar impactos indesejados no orçamento.

¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio De Janeiro. *Apelação n. 0000267-37.2021.8.19.0064*. Des. Henrique Carlos de Andrade Figueira. 18.mai,2023. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.19.0>. Acesso em: 17 out. 2023.



Os Tribunais também devem adotar medidas de apoio aos Órgão Julgadores, disponibilizando mecanismos de consulta e mão de obra especializada para auxiliar na análise das demandas que exijam *expertise*. No Tribunal do Rio de Janeiro já existe um núcleo voltado para apreciação das ações cuja causa de pedir tenha relação com tratamento médico de alta complexidade, com relevante impacto financeiro, e estranhos aos procedimentos básicos listados no SUS.

Portanto, enquanto houver omissão nas políticas públicas, o Judiciário deverá abraçar a missão de protagonista na concretização do direito à saúde.

3. OS LIMITES E ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO ATRAVÉS DAS DEMANDAS INDIVIDUAIS E COLETIVAS

Como cedição, as ações estatais envolvem gastos, mas, por outro lado, os recursos públicos são limitados. Em outras palavras, embora exista autonomia para o Estado decidir sobre as políticas e o destino dos recursos públicos, está submetido a regras jurídicas.

Mesmo as políticas públicas que possuem o objetivo de concretizar fins prioritários, necessários à garantia do mínimo existencial e da dignidade humana, está submetida a limitações, de ordem jurídica, política, econômica e administrativa.

Na busca de parâmetros para a racionalização e uniformização da atuação judicial, o Ministro Barroso propõe que o ativismo judiciário deve procurar efetivar o cumprimento das opções já realizadas pelos entes federativos. Com base nessa premissa, pode-se afirmar que o primeiro, o administrador deve lançar mão daquilo que está ao seu alcance.

Em outras palavras, para a prestação do serviço público de saúde, é crível, por exemplo, que o administrador possa, em um primeiro momento, disponibilizar os insumos consignados na relação básicas de medicamentos do Sistema Único de Saúde, afinal presume-se que a elaboração dessa listagem foi precedida de estudo técnicos cotejados com os recursos à disposição do ente, consideradas as peculiaridades locais e tendo vista as necessidades prioritárias.

A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, citada no capítulo anterior, corroborou esse entendimento e firmou tese no sentido de que constitui obrigação do poder público o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, porém, desde que presentes, cumulativamente determinados requisitos. A ideia, portanto, é prestigiar o serviço colocado a disposição do cidadão. Caso não seja suficiente ou não apresente o resultado

esperado, deve o interessado comprovar, por exemplo, a necessidade de outro remédio não inserido na listagem do SUS.

Trata-se, sem dúvida, de critério oriundo da concepção democrática. Não se pode perder de vista que os recursos ostentam natureza pública e não são suficientes para o atendimento de todas as demandas, o que exige a tomada de decisões difíceis, já que o investimento em determinado setor acarreta a sua ausência em outro. Aqui, compete ao Judiciário impedir excessos.

Por evidente, se ainda assim o serviço for negado, o cidadão tem o direito de buscar a concretização do seu pleito em ações individuais para o fornecimento de medicamentos.

Com o mesmo entendimento, Gilmar Mendes¹⁴ afirma que, nos casos em que os medicamentos requeridos constarem nas listas do Ministério da Saúde, o cidadão não deve ser punido pela ineficácia administrativa ou omissão da gestão, configurando-se um direito subjetivo a ser tutelado pelo Estado. Quando a questão se refere ao não fornecimento de remédio específico prescrito, faz-se necessário uma ponderação para a verificação da razoabilidade do fornecimento, havendo casos em que fármaco é experimental ou não possui registro na ANVISA.

A judicialização é importante à vista de situações em que as escolhas do Poder Público foram feitas em contrariedade com os preceitos constitucionais. Em casos em que haja violação clara da CRFB/88, é possível que o Judiciário interfira até mesmo na macrojustiça que, a princípio, ficaria a cargo da discricionariedade administrativa.

Por outro lado, embora Mendes¹⁵ assevere a existência de uma preferência na propositura de ações individuais, defende que, em muitos casos, a judicialização deveria de ser, de forma preferencial, via ações coletivas, em especial nas hipóteses em que um remédio está aprovado pela ANVISA, mas não se encontra na listagem do SUS.

Na prática, o Poder Judiciário, principalmente nas primeiras instâncias, atua em um sistema de microjustiça. Por isso, atualmente muito se discute sobre a necessidade de ampliar o debate e expandir a atuação da justiça sob uma ótica da macrojustiça, de modo a garantir a mais distribuição do serviço da maneira mais equânime.

De fato, se por um lado, a decisões individuais trazem justiça àqueles que o postulam perante o Judiciário, por outro lado não põem termo a problemática da prestação do serviço de

¹⁴ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, 7 ed. Rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2012, p.925

¹⁵ *Ibid.*



sistema pública, gerando, de certa forma, a perpetuação das desigualdades, considerando àqueles que sequer tem acesso a serviços judiciais.

Se não há recursos financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implica em fazer escolhas, que fica a critério do legislador e do administrador, observados os critérios de justiça distributiva e equidade, cabendo ao Judiciário corrigir eventuais distorções no rumo das políticas.

Para isso, a revisão dos abusos e desvios deve de ser feita através de ações coletivas, que têm como objeto a defesa dos direitos difusos e coletivos.

Nesse se contexto, as ações coletivas promoveriam um estímulo ao diálogo institucional, o equilíbrio funções públicas e à preservação da isonomia no atendimento. Aqui, o papel do Ministério Público e da Defensoria Pública ganha destaque, porque podem atuar como precursores dessa causa.

Assim, o uso de demanda coletiva possibilitaria a avaliação do contexto sob uma ótica geral das políticas públicas, em contraposição à visão microjudicial.

Nesse sentido, destacou Barroso¹⁶ em artigo desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro.

[...] a impossibilidade de decisões judiciais que defiram a litigantes individuais a concessão de medicamentos não constantes das listas não impede que as próprias listas sejam discutidas judicialmente. O Judiciário poderá vir a rever a lista elaborada por determinado ente federativo para, verificando grave desvio na avaliação dos Poderes Públicos, determinar a inclusão de determinado medicamento. O que se propõe, entretanto, é que essa revisão seja feita apenas no âmbito de ações coletivas (para defesa de direitos difusos ou coletivos e cuja decisão produz efeitos erga omnes no limite territorial da jurisdição de seu prolator) ou mesmo por meio de ações abstratas de controle de constitucionalidade, nas quais se venha a discutir a validade de alocações orçamentárias [...].

Conclui-se, assim, que é função do Poder Judiciário atender às pessoas necessitadas que buscam, em ações individuais, o tratamento indicado nas listagens do sistema único de saúde, não disponibilizado pelo ente. Nesse caso, o Judiciário não faz efetiva uma decisão política previamente estabelecida.

As ações coletivas, por outro lado, se destinam a ampliar o acesso e, por isso, são o caminho para discutir a inclusão de novos medicamentos, terapias e tratamentos em geral,

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 04 set. 2023.



quando demonstrada a sua defasagem e abusos na gestão da verba. O objetivo é a preservação dos Princípios da Universalidade, Igualdade e Equidade.

Por fim, considerando a escassez dos recursos, a administração deve priorizar os insumos de menor custo, desde que de comprovada eficácia.

Na mesma linha de raciocínio, quando chamado a intervir, o Judiciário deve optar por substâncias nacionais que, de igual modo, agreguem preço e qualidade, sempre orientado por profissional capacitado para subsidiar essa análise.

CONCLUSÃO

O programa do Sistema Único de Saúde do Brasil é referência mundial. Contudo, a má gestão dos governos, agravada pela malversação da verba pública, impedem que o serviço alcance grande parte da população. Infelizmente, não é de hoje que as grandes mídias vêm noticiando escândalos na saúde pública e expondo tristes cenas de milhares de brasileiros a espera de atendimento médico. Alguns, infelizmente, não conseguem e perdem a vida nas filas de hospitais ou no aguardo de medicamento de uso essencial.

A conjunção da má administração, falta investimento e corrupção, tornou-se um entrave na viabilização do exercício do direito à saúde. Por isso, o papel do Poder Judiciário, com o apoio do Ministério Público e das Defensorias Públicas, vem ganhando relevância. O fenômeno da judicialização funciona, portanto, como um mecanismo de cobrança do aparelho estatal pela prestação de assistência à saúde,

Contudo, as limitações orçamentárias, por si só, não devem impedir a concretização de direitos fundamentais, especialmente no contexto político e social do Brasil. Esse fundamento acaba por servir de argumento ratificador das desigualdades existentes. Igualmente, o princípio da reserva do possível não pode ser subterfúgio para a negativa do poder público na implementação do serviço de saúde pública, inserido no rol de direitos fundamentais.

Ademais, vive-se com a falta de articulação conjunta para a obtenção de tutela coletiva, o que agrava a crise.

Portanto, sob qualquer perspectiva, o Judiciário é chamado a atuar em questões sobre política pública, podendo o cidadão demandar contra qualquer um dos entes públicos, porque solidariamente responsáveis. A repartição administrativa do Sistema único de Saúde visa organizar a prestação de serviço e não pode ser entrave ao exercício do direito.

Em contrapartida, as decisões judiciais, como da sua essência, devem ser fundamentadas. O Magistrado deve buscar apoio técnico, sobretudo nas demandas coletivas naquelas em que



se busca ampliar o rol do SUS. É necessário estabelecer uma hermenêutica jurídica que direcione as decisões em matéria de políticas públicas, com o objetivo de prestigiar o princípio constitucional da separação e independência entre os Poderes.

O ativismo judicial é, no contexto da realidade social, política e econômica do país, uma forma de convalidação dos direitos constitucionais e, ainda, de compensação da desigualdade social. Espera-se que um dia o Brasil consiga, de fato, garantir a todos, sem entraves burocráticos ou negativas descabidas, um serviço de saúde de qualidade, à altura da carga tributária arrecada para essa finalidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v 217, p. 55-56, jul/set.1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br>. Acesso em: 19 set. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br>. Acesso em: 09 abr. 2023.

_____. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 04 set. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Núcleo de Assessoria Técnica é considerado referência nacional por secretários estaduais e municipais do País*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5162771>. Acesso em: 19 set.2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo no recurso especial n. 727864*. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id =298071216&ext=.pdf>. Acesso em: 17 out. 2023.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível n. 2001.146.00004*. Relator: Des. Marianna Pereira Nunes Feteira Goncalves. Disponível em: <https://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-65>. Acesso em: 17 out. 2023.



_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso especial repetitivo n. 1.657.156*. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 17 out.2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão geral no recurso extraordinário n 855.178*. Relator: Min. Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15319097113&ext=.pdf>. Acesso em: 17 out. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Incidente de Assunção de Competência n 14*. Relator: Min. Gurgel de Faria. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/28042023-Primeira-Secao-fixa-teses-sobre-legitimidade-e-competencia-em-acoes-com-pedido-de-medicamento.aspx>. Acesso em: 17 out.2023

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio De Janeiro. *Apelação n. 0000267-37.2021.8.19.0064*. Relator: Des. Henrique Carlos de Andrade Figueira. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.19.0>. Acesso em: 17 out. 2023.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Aprovada regulamentação de utilização do e-NatJus pela Justiça*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/aprovada-regulamentacao-de-utilizacao-do-e-natjus-pela-justica>. Acesso em: 19 set.2023.

_____. Ordem dos Advogados do Brasil. *José Afonso da Silva aborda o ativismo judicial em seminário da OAB*. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/25758/jose-afonso-da-silva-aborda-o-ativismo-judicial-em-seminario-da-oab>. Acesso em: 09 abr. 2023.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CURY, Ieda Tatiana. *Direito fundamental à saúde: evolução, normatização e efetividade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

IGNACIO JÚNIOR, José Antônio Gomes. *O STF como único legitimado à troca de sujeitos constitucionais por deficiência de legitimidade (pro-ativismo)*. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21302/o-stf-como-unico-legitimado-a-troca--por-deficiencia-de-legitimidade-pro-ativismo/1>. Acesso em: 19 set. 2023.

MENDES, Gilmar, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, 12 ed. Rev e atual., São Paulo: Saraiva, 2017.

VALLE, Vanice Lírio do. Judicialização das políticas públicas no brasil: até onde nos podem levar as asas de ícaro. *Revista Jurídica*, Rio de Janeiro, Edição Especial, 2013, p. 01-24.