

ano 17 - n. 69 | julho/setembro - 2017
Belo Horizonte | p. 1-270 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v17i69
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2017 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15ª andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo &
Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar.
2003) - - Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de intersecção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Modalidades de judicialização da saúde: análise na jurisprudência do STF*

Modalities of healthcare judicialization: analysis of the Supreme Court jurisprudence

Rosana Helena Maas**

Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil)
rosanamaas@unisc.br

Mônia Clarissa Hennig Leal***

Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil)
moniah@unisc.br

Como citar este artigo/*How to cite this article*: MAAS, Rosana Helena; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Modalidades de judicialização da saúde: análise na jurisprudência do STF. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 149-167, jul./set. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i69.355.

- * Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Dever de proteção (Schutzpflicht) e proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) como critérios para o controle jurisdicional (qualitativo) de políticas públicas: possibilidades teóricas e análise crítica de sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5), no qual os autores atuam na condição de coordenadora e de participante, respectivamente. A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc. Também se insere no âmbito do projeto de cooperação internacional “Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana: recepção da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua utilização como parâmetro para o controle jurisdicional de Políticas Públicas pelos Tribunais Constitucionais”, financiado pela Capes (Edital PGCi 02/2015 – Processo 88881.1375114/2017-1 e Processo 88887.137513/2017-00).
- ** Professora concursada da Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil), na qual disciplina no Curso de Direito as matérias atinentes ao Direito Civil, ao Direito Constitucional e Teoria do Direito. Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado, da Universidade de Santa Cruz do Sul, 2016 (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil), com doutorado sanduíche na Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald, Rechts – und Staatswissenschaftliche Fakultät, 2016 (Greifswald, Alemanha). É integrante do grupo de estudos “Jurisdição constitucional aberta” coordenado pela Profa. Pós-Doutora Mônia Clarissa Hennig Leal e vinculado e financiado pelo CNPq.
- *** Professora concursada da Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil), na qual ministra as disciplinas de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas (Doutorado em Direito), de Jurisdição Constitucional (Mestrado em Direito), de Ações Constitucionais e de Metodologia da Pesquisa (Pós-Graduação *Lato Sensu*) e de Teoria e de Direito Constitucional (Graduação em Direito). Pós-Doutora pela Universität Heidelberg – Ruprecht-Karls, 2007 (Heidelberg, Alemanha) e Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2005 (São Leopoldo-RS, Brasil) com doutorado sanduíche pela Universität Heidelberg – Ruprecht-Karls, 2004 (Heidelberg, Alemanha). É bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq, coordenadora do grupo de pesquisa “Jurisdição constitucional aberta” e autora de livros e artigos publicados no Brasil e no exterior. É coordenadora adjunta do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil), na qual também atua na coordenação do Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP, que conta com recursos do FINEP. *E-mail*: <moniah@unisc.br>.

Recebido/Received: 04.11.2016 / November 04th, 2016

Aprovado/Approved: 18.08.2017 / August 18th, 2017

Resumo: A partir de uma judicialização da saúde em ordem crescente e de tantas críticas à atuação do Poder Judiciário, busca-se analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entre o período de 2013-2014, a fim de identificar as modalidades de judicialização da saúde, que perpassa pela análise das características das decisões nesses casos. Com esse intuito, responde-se à problemática: quais são as modalidades de judicialização da saúde encontradas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no período de 2013 a 2014? O método utilizado consiste no hipotético-dedutivo, o que faz este trabalho ser dividido em 3 momentos: o estudo da judicialização da saúde, as modalidades encontradas na doutrina e, por fim, a identificação das modalidades existentes na jurisprudência do Supremo. Chega-se à conclusão de que as modalidades encontradas frente à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal são a “atomizada” e a “burocratizadora”, conforme a classificação de Bergallo, e propõem-se outras modalidades, como a “democrática”, a “interventiva”, a “concretizadora”, a “politizada” e a “secundária”.

Palavras-chave: Ações da saúde. Judicialização da saúde. Jurisprudência. Modalidades. Supremo Tribunal Federal.

Abstract: Looking at the ascending healthcare judicialization and criticism of the judiciary acting on this issue, this paper seeks to analyze the Supreme Court's jurisprudence between the years 2013-2014, with the aim of identify ways of healthcare judicialization through the analysis of the characteristics of decisions in such cases. With this intention, it seeks to answer the problem: what are the healthcare judicialization's modalities found in the Supreme Court's jurisprudence between 2013 and 2014? The method used is the hypothetical-deductive, which makes this work is divided into three moments: the healthcare judicialization study, the forms found in doctrine and identification of the terms contained in the Supreme jurisprudence. The research concludes that the modalities found in the Supreme Court jurisprudence are “atomized” and “bureaucratized” as the Bergallo classification, and it proposes other modalities, such as “democratic”, “interventional”, “concretizing”, “politicized” and “secondary”.

Keywords: Demands of the right to health. Judicialization of the right health. Jurisprudence. Modalities. Supreme Court.

Sumário: **1** Introdução – **2** A judicialização da saúde em foco – **3** Modalidades da judicialização do direito à saúde – **4** Análise das decisões da saúde a partir das modalidades de judicialização da saúde – **5** Conclusão – Referências

1 Introdução

A partir de uma pesquisa realizada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, tendo como parâmetro inicial a decisão referente às ações de Suspensão de Tutela Antecipada nºs 175, 211 e 278, Suspensão de Segurança nºs 3.724, 2.944, 2.361, 3.345 e 3.355 e Suspensão Liminar nº 47, de março de 2010, que versavam sobre recursos interpostos pelo Poder Público contra decisões judiciais que determinam que o Sistema Único de Saúde forneça remédios de alto custo ou tratamentos não oferecidos pelo sistema a pacientes de doenças graves, até o período de 2014, pretende-se realizar uma análise dessas ações em busca de se identificarem possíveis modalidades distintas de judicialização da saúde, usando como parâmetro

as três modalidades de judicialização da saúde: “atomizada”, “burocrática” e “cooperativa”, fazendo com que se observe a natureza das decisões, no sentido de atitude do Poder Judiciário quando se encontra à frente de decisões envolvendo o direito à saúde.

Frente a essas modalidades, então, analisar-se-á as ações obtidas a fim de se identificar se, no Brasil, verificam-se essas três formas de judicialização da saúde e se se poderia, eventualmente, ainda, atribuir outras modalidades, resolvendo a seguinte problemática: quais são as modalidades de judicialização da saúde encontradas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no período de 2013 a 2014.

A fim de resolver tal problemática, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, passando pelo estudo da judicialização da saúde, pelas modalidades encontradas na doutrina e, por fim, identificam-se as modalidades existentes na jurisprudência do Supremo. Para dar cabo ao objetivo de identificar essas modalidades de judicialização da saúde, a fim de responder à problemática, estruturou-se o presente trabalho da seguinte forma: em um primeiro momento, analisar-se-á a judicialização da saúde e seus principais aspectos; após, estudar-se-ão as modalidades da judicialização da saúde; e, por fim, pretende-se identificar essas modalidades e possíveis outras na jurisprudência brasileira.

2 A judicialização da saúde em foco

A judicialização em busca da concretização do direito à saúde, com ações individuais ou coletivas pela prestação de medicamentos, procedimentos cirúrgicos e tratamentos, entre outros, fez com que o Poder Judiciário fosse chamado a decidir sobre questões que, muitas vezes, envolvem políticas públicas e, ao buscar concretizar o direito fundamental à vida e à saúde, acabe interferindo na reserva orçamentária do Poder Público, o que remete a discussões e críticas acerca de sua atuação, especialmente no sentido de violação do princípio constitucional da separação dos poderes.

Essa concretização dos direitos fundamentais sociais está, por sua vez, conectada, também, com os fenômenos da judicialização do direito¹ e da política.² A

¹ Sobre o fenômeno da judicialização do direito na Espanha pode-se citar a obra de CÁMARA RUIZ, Juan. *Judicialización y activismo judicial en España*. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Clarissa Hennig Leal (Orgs.). *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; e, em BARROSO, Luís Roberto. *Retrospectiva 2008 – Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 18, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 5 ago. 2011.

² Bucci atribui o fenômeno da judicialização da política aos seguintes fatores: “O processo judicial vem-se modernizando e atualizando, não apenas no Brasil, de modo a buscar corresponder ao anseio social. São exemplos disso os processos coletivos, a abertura ao tratamento de interesses difusos e coletivos, a adoção de tecnologias de informação e comunicação, e uma série de inovações processuais e procedimentais que decorrem da litigiosidade de massa, isto é, a ampliação das formas de acesso à justiça e, ligado a isso, o aumento da importância social dessas formas de solução de controvérsias, em busca de maior amplitude e eficácia” (BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 192).

judicialização do direito pode ser compreendida como um fenômeno resultante da centralidade da Constituição e de sua força normativa, associada ao seu caráter principiológico, de supremacia e de dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Sua principal característica consiste em certo protagonismo do Poder Judiciário, levando em conta a transferência, pela sociedade, por meio de ações judiciais, de decisões tidas como estratégicas sobre temas importantes para esse Poder, o que de fato ocorreu nos últimos anos no cenário brasileiro; citam-se, aqui, como exemplo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF, sobre as pesquisas de células-tronco, a Arguição de Descumprimento Fundamental nº 54/DF, sobre os fetos anencefálicos, entre outras. Desse modo, o que antes era decidido pelas instâncias políticas e deliberativas é decidido pelo Poder Judiciário, convertendo-se em um direito jurisprudencial.³

Pode ser apontada como causa da judicialização da política a aproximação entre direito e política, pois cada vez mais as questões políticas são decididas pelo direito; além disso, verifica-se uma maior desconfiança com relação à política e vinculação dos poderes políticos à Constituição. Alerta-se, porém, que essa relação entre direito e política sempre existiu, manifestando-se, agora, de forma mais intensa. Como exemplo disso, cita-se a prestação de medicamentos, cotas raciais, entre outros.⁴ Dessa forma, a judicialização da saúde apresenta-se como constante preocupação dos gestores do Sistema Único de Saúde, dos operadores do direito, dos secretários de saúde, especialmente nos critérios que pautam as decisões sobre essa temática e os problemas que elas eventualmente causam no orçamento.

Trazem-se, nesse sentido, a título exemplificativo, alguns dados acerca da judicialização da saúde no país, principalmente no estado do Rio Grande do Sul. O assessor técnico da área da saúde da Famurs – Federação das Associações dos Municípios do Rio Grande do Sul, Leonildo Mariani, em uma reportagem intitulada “RS é líder do ranking nacional da judicialização da saúde”, afirmou, em 2015, que cada vez é maior o número de ações judiciais no Estado em busca de remédios gratuitos, sendo, no total, 74 mil processos, havendo uma média de 1,9 mil novas ações distribuídas todos os meses. Nessa mesma matéria, têm-se, ainda, as palavras do Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rogério Gesta Leal, que alerta, inclusive, sobre a existência de uma “máfia da saúde pública”, segundo a qual “criam-se demandas artificiais de medicamentos por meio de ações judiciais para que determinadas pessoas os repassem para uma rede de distribuição de produtos fármacos no mercado negro”.⁵

³ LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. *O amicus curiae e o Supremo Tribunal Federal: fundamentos teóricos e análise crítica*. Curitiba: Multideia, 2014. p. 97-99.

⁴ LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. *O amicus curiae e o Supremo Tribunal Federal: fundamentos teóricos e análise crítica*. Curitiba: Multideia, 2014. p. 97-99.

⁵ FEDERAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES DE MUNICÍPIOS DO RIO GRANDE DO SUL. *Notícias*. Disponível em: <<http://siteantigo.famurs.com.br>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

Corroborando os dados sobre a judicialização da saúde, a Procuradoria-Geral do Rio Grande do Sul alertou, juntamente com Defensoria Pública, em reunião com o Secretário Nacional da Reforma do Judiciário, que apenas em 2014 foram bloqueados, por ordens judiciais, em torno de R\$117 milhões dos cofres gaúchos, sendo que o gasto com a judicialização da saúde ultrapassou o valor de R\$235 milhões, o que veio a superar em mais de 300% a verba destinada aos medicamentos dispensados administrativamente pelo Sistema Único de Saúde (ou seja, R\$73 milhões). Isso remete à conclusão de que se gasta mais com a judicialização do que com a assistência farmacêutica padronizada no SUS.⁶

Por outro lado, esses dados devem servir, também, de alerta aos gestores da saúde pública, no sentido de que o investimento atual não é suficiente, sendo necessário investir-se mais em matéria de saúde; mesmo que o investimento na área da saúde no Rio Grande do Sul alcance o mínimo legal.⁷

A título ilustrativo, trazem-se, ainda, dados do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), referentes ao ano de 2011, em que consta que, na época, o Judiciário brasileiro possuía tramitando um total de 240.980 processos judiciais, sendo que, no Rio Grande do Sul, o Tribunal de Justiça concentrava quase metade de todas as demandas do país referentes à matéria, ou seja, 113.953 ações judiciais sobre saúde.⁸

Essa atuação do Poder Judiciário na prestação do direito à saúde teve, por sua vez, início na década de 90, quando portadores do vírus HIV buscaram, através de demandas judiciais, acesso rápido aos medicamentos e um tratamento eficaz para a doença. Depois de resultados positivos, em que o Poder Judiciário mostrou-se efetivo na questão de busca por melhorias no âmbito da saúde, as demandas aumentaram e pode-se dizer que “superlotaram” as decisões tomadas pelo Poder Judiciário.⁹

O *leading case* sobre a matéria foi o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286/RS, reconhecendo o dever do Estado em oferecer o tratamento aos pacientes aidéticos. O acórdão afirmou o caráter fundamental do direito à saúde, como prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade de pessoas pela Constituição Federal, como consequência indissociável do direito à vida.¹⁰

⁶ PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <<http://www.pge.rs.gov.br>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

⁷ MARTINI, Sandra Regina. Sistema da saúde e transformação social. In: MARTINI, Sandra Regina (Coord.). *Saúde, direito e transformação social: um estudo sobre o direito à saúde no Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 49.

⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Fórum da saúde – 2011 e 2014*. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 30 nov. 2015.

⁹ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Orgs.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 70.

¹⁰ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações sobre o direito fundamental a proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf>. Acesso em: 1º maio 2015.

Esse julgamento do Supremo Tribunal Federal, na época, fortaleceu a posição de instâncias iniciais no sentido de admissão de aplicabilidade imediata e direta das normas constitucionais que positivam o direito à saúde, como os arts. 6º e 196, tornando o Poder Judiciário fortemente comprometido com a concretização do dever de proteção à saúde atribuído ao Estado, aí também incluído o Estado-juiz, ou seja, o Poder Judiciário.¹¹

Porém, o que se verifica atualmente é uma judicialização exacerbada, sem critérios, em que medicamentos, tratamentos médicos (no Brasil e no exterior), próteses e equipamentos, entre outros, são demandados, sejam eles de pouco valor (como as fraldas), sejam de alto custo, representando, em um único caso, o dispêndio de recursos públicos de milhares de reais. E, frente a essas peculiares demandas, o Poder Judiciário provocado deve julgar; não possui outra alternativa, não pode ele pedir para protocolar o pedido diversas vezes e apresentar obstáculos à resposta; uma vez provocado, deverá decidir, independentemente de tratar-se de um caso de roubo de abóboras, de galinhas ou de casos de bioética ou de crimes contra a humanidade, estes últimos, que não constituem o cotidiano do juiz, mas como sobre ele decorrem as características da jurisdição como a indelegabilidade e inafastabilidade, deles não pode se abster.

Alerta-se, nesse ponto, para a crítica lançada por Barroso,¹² que diz respeito ao fato de que o Poder Judiciário, agindo dessa forma, coloca em risco a própria continuidade das políticas públicas existentes, pois a jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas.

É inegável que o Poder Judiciário é dotado do papel constitucional de interpretar e dar aplicabilidade às normas, realizando, inclusive, o controle de constitucionalidade de atos que condizem com políticas públicas, por outro, observa-se que essas decisões judiciais a respeito de políticas públicas implicam, em sua maioria, a realocação forçada de recursos, prejudicando um longo e exaustivo trabalho de planejamento.

Frente a isso, cabe trazer a manifestação do próprio Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45,¹³ decisão ímpar sobre o controle de políticas públicas, em que assevera que apesar de não se incluir no

¹¹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações sobre o direito fundamental a proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf>. Acesso em: 1º maio 2015.

¹² BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 18, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 5 ago. 2011.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 4 mar. 2016.

âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (visto que, primariamente, essa tarefa cabe aos Poderes Legislativo e Executivo), excepcionalmente tal incumbência poderá lhe ser atribuída, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional.

Dito isso, traz-se à tona, novamente, a posição de Barroso,¹⁴ que afirma que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar a uma não realização, na prática, da Constituição Federal. Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo. Poder-se-ia dizer que quem judicializa, muitas vezes, “fura a fila” do SUS, pois não aguarda o trâmite administrativo, possuindo, assim, privilégio. É interessante notar como o discurso de Barroso nesse sentido sempre é bem consequencialista, isto é, uma perspectiva de que a verba da saúde tem que ser usada para atender ao máximo de pessoas possível.

Ademais, observa-se que, ao se fornecer medicamentos, tratamentos e equipamentos por ordem judicial, não se está, muitas vezes, avaliando se aquele tratamento realmente é o melhor em termos de relação custo/benefício, se o indivíduo realmente necessita do medicamento pleiteado (por exemplo, se esse medicamento não pode ser substituído por outro disponível nos programas de assistência farmacêutica do SUS) ou se o paciente tem condições financeiras ou, ainda, se não está sendo infringida alguma lei ou princípio fundamental do sistema de saúde.¹⁵

Por esses motivos, a principal crítica à atuação do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde de forma individual diz respeito à questão de ele aparecer como a solução “salvadora”,¹⁶ o que, na realidade, pode apresentar-se como sendo extremamente prejudicial à população em geral, em virtude de que haverá a canalização de recursos para situações individualizadas, independentemente do valor a ser destinado e da organização do SUS, ferindo, assim, em última análise, o “espírito” do art. 196 da Constituição, que é o de proporcionar o acesso universal e igualitário

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 18, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 5 ago. 2011.

¹⁵ CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. *Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade*. Disponível em: <http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/judicializacao-da-saude/wp-content/uploads/2011/11/Assistencia_Farmacautica.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2014.

¹⁶ Nesse sentido, pode-se observar a obra: MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade – Sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes Albuquerque. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 58, nov. 2002.

às ações e serviços de saúde.¹⁷ Interessante notar, contudo, que é exatamente essa mesma noção de acesso “universal e igualitário” que justifica as decisões judiciais, desse modo, há um paradoxo instalado, estando o mesmo argumento enfrentado para embasar ou não a judicialização da saúde.

Ainda, o próprio Supremo Tribunal Federal reconhece a dimensão individual desse direito:

A dimensão individual do direito à saúde foi destacado pelo Ministro Celso de Mello, relator da AgR-RE n.º 271.286-8/RS, ao reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. Ressaltou o Ministro que “a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente”, impondo aos entes federados um dever de prestação positiva. Concluiu que “a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde (CF, art. 197)”, legitimando a atuação do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional em apreço.¹⁸

Frente à jurisprudência citada, verifica-se que o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 foi uma das decisões dadas pelo Supremo Tribunal Federal após a convocação da Audiência Pública da Saúde em 2009, que questionou o dever do Estado na criação de vagas em UTIs e em hospitais, no fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos, especialmente nos casos em que um único tratamento implica montantes elevados, além de situações em que o tratamento necessário não está previsto nos protocolos do Sistema Único de Saúde.^{19 20 21}

No despacho para a convocação da citada Audiência Pública da Saúde, observam-se os seguintes fundamentos do Ministro Relator Gilmar Mendes:

1. Em face dos diversos pedidos de Suspensão de Segurança, Suspensão de Liminar e Suspensão de Tutela Antecipada em trâmite no âmbito

¹⁷ ANTUNES, Euzébio Henzel; GONÇALVES, Janaína Barbier. Redução da judicialização e efetivação das políticas públicas sob o enfoque do planejamento e gestão sistêmicos. In: SCORTEGAGNA, F.; COSTA, M. da; HERMANY, R. (Orgs.). *Espaço local, cidadania e políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensões de Tutela Antecipada 175, 211 e 278; Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; Suspensão de Liminar 47*. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, DF, 16 de março de 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

¹⁹ Frente a essa audiência pública, foram criados critérios para o julgamento de casos envolvendo o direito à saúde, que não serão discutidos no presente trabalho.

²⁰ Como também, a própria Fapergs – Fundação de Amparo à Pesquisa do Rio Grande do Sul – ter lançado edital para financiar projetos destinados ao desenvolvimento de atividades que contribuam para a melhoria do SUS – esse trabalho faz parte das pesquisas até o momento realizadas.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensões de Tutela Antecipada 175, 211 e 278; Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; Suspensão de Liminar 47*. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, DF, 16 de março de 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

desta Presidência, os quais objetivam suspender medidas cautelares que determinam o fornecimento das mais variadas prestações de saúde pelo Sistema Único de Saúde - SUS (fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTI; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgias; custeio de tratamentos fora do domicílio e de tratamentos no exterior; entre outros); 2. Em virtude de que tais decisões suscitam inúmeras alegações de lesão à ordem, à segurança, à economia e à saúde públicas; e 3. Por último, frente à repercussão geral e o interesse público relevante das questões suscitadas.²²

Nessa decisão, o Ministro Relator Gilmar Mendes trouxe parâmetros, critérios, para serem observados nas decisões envolvendo a prestação ao direito à saúde. Nesse sentido, observa-se a preocupação do próprio Supremo Tribunal Federal com o efeito de suas decisões em matéria de direito de saúde, políticas públicas de direito à saúde, em face dos inúmeros processos pertinentes à matéria.

Acredita-se que a solução não será encontrada nos extremos, ou seja, nem em uma atividade exacerbada do Poder Judiciário, na compreensão de uma postura ativista, e nem em sua omissão (autocontido, *self restraint*). Isso requer, por sua vez, um esforço dos operadores do direito no sentido de criarem mecanismos e foros adequados para a discussão, revigorando o sentido do princípio da separação de poderes.²³

Dessa forma, assevera-se que, apesar de esse não ser o enfoque do trabalho, a resposta à judicialização da saúde não reside no Poder Judiciário, isoladamente, nem pode vir de algum poder sem a participação dos demais. Deve haver um diálogo entre os poderes e desses com a própria sociedade; assim, poderão ser apontados mecanismos eficazes para a diminuição da judicialização da saúde, sem que se comprometa a concretização do direito fundamental à saúde.

Uma vez traçado esse panorama geral em relação à judicialização da saúde, pretende-se, agora, trazer as diferentes modalidades de judicialização da saúde, para, por fim, realizar-se uma análise e classificação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, tomando-se como parâmetro inicial o Agravo Regimental de Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 até o ano de 2014.

²² ANTUNES, Euzébio Henzel; GONÇALVES, Janaína Barbier. Redução da judicialização e efetivação das políticas públicas sob o enfoque do planejamento e gestão sistêmicos. In: SCORTEGAGNA, F.; COSTA, M. da; HERMANY, R. (Orgs.). *Espaço local, cidadania e políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensões de Tutela Antecipada 175, 211 e 278; Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; Suspensão de Liminar 47*. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, DF, 16 de março de 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

3 Modalidades da judicialização do direito à saúde

A judicialização da saúde se apresenta de diversas formas, por exemplo, em ações individuais ou coletivas, buscando medicamentos, tratamentos de alto ou baixo custo, previstos ou não na lista do SUS, entre outras formas e fatores. O objetivo aqui não é realizar uma análise nas ações nesse sentido, assim seja, de seu conteúdo, direito a ser reclamado, mas como e de que forma ocorre a intervenção do Poder Judiciário nas ações referentes ao direito à saúde.

Dessa forma, observam-se as características dos diferentes modelos de intervenção judicial nas ações que buscam a efetivação do direito à saúde. Para isso, apresenta-se, a princípio, com Bergallo,²⁴ um estudo ímpar sobre a temática, três modalidades, modelos de análise da intervenção do Poder Judiciário na judicialização da saúde, sendo estas: 1. atomizadas; 2. burocratizadoras; e 3. cooperativas.

A primeira delas diz respeito a experiências referentes à judicialização da saúde “atomizadas”, caracterizadas pela ordem judicial de simples cobertura de planos, programas de saúde que se negam à assistência, nos casos de acesso ao tratamento contra o sistema contributivo, assistencial. É interessante destacar, que, nesses litígios, verifica-se a discussão referente à cobertura de alguns tratamentos pelo serviço contratado ou serviço prestado.²⁵

Esse modelo de judicialização da saúde pode ser facilmente identificado nos tribunais brasileiros, podendo-se afirmar que talvez seja a modalidade mais corrente. Inclui-se, aqui, tanto as demandas buscando a cobertura de alguns tratamentos pelo serviço contratado (planos de saúde), como as ações que buscam a prestação de medicamentos e tratamentos que estão previstos nas listas e protocolos do SUS. O autor demanda a ação nos casos de não ser deferido administrativamente ou, ainda, nos casos em que a busca pelo tratamento por via administrativa poderia demandar mais tempo que pela via judicial, sendo assim, uma forma de “furar a fila” do SUS. Além disso, nessa hipótese não apenas tem-se o caso das ações que buscam determinada prestação de serviço do sistema contributivo, o caso dos planos de saúde, mas, também, todos os demais serviços previstos como de responsabilidade do Poder Público.

²⁴ BERGALLO, Paola. La causa ‘Mendoza’: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho da salud. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 247-248.

²⁵ BERGALLO, Paola. La causa ‘Mendoza’: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho da salud. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 247-248.

Interessante é trazer, com a autora,²⁶ que nesses casos as decisões não afetam: a definição dos princípios de cobertura e da priorização de recursos sanitários; as precárias organizações responsáveis por essa definição; os procedimentos de tomada de decisão sobre os pacotes de prestação básica; e os mecanismos de monitoramento e apelação das decisões de cobertura.

Prosseguindo, outra modalidade é tida como “burocratizadora”, como era no caso, na Argentina, da primeira geração dos litígios de acesso a tratamentos contra AIDS, em que os juízes vieram a inovar por sua interação com os funcionários e as instituições do sistema de saúde. Desse modo, verifica-se

[...] el impacto directo o indirecto de la intervención judicial para promover una tenue densificación regulatória y la eventual activación de los organismos estatales responsables de la prestación directa de los tratamientos o del monitoreo de instituciones contributivas obligadas a cubrirlos.²⁷

Nesse caso, observa-se que o Poder Judiciário acaba inovando no mundo jurídico. Exemplo no Brasil, também, são os casos dos aidéticos que conquistaram o direito a tratamentos pela via judicial e o caso da cirurgia de mudança de sexo, que só foi possível de ser realizada pelo SUS por medida judicial. Ou seja, tem-se um impacto direto ou indireto frente ao sistema de saúde e frente ao Poder Legislativo, que devem regular essas novas assistências aos cidadãos, o que antes não era sua preocupação.

E, a terceira modalidade, é denominada de “cooperativa”. Essa modalidade é baseada na promoção do diálogo entre as partes e o Tribunal, sendo que, nesse tipo de litígio, os impactos do caso podem mostrar resultados contraditórios, podendo haver tanto o avanço nos níveis institucionais, como retrocessos ou mudanças, entre outros. Nessa modalidade de judicialização, sugere-se que os Tribunais possam intervir na adjudicação de casos de direito à saúde com mais sensibilidade do que previsto nos textos legais, promovendo o desenvolvimento institucional, a ativação de atores e a geração de dinâmicas de introdução e estimulação de mecanismos de *accountability horizontal e vertical*.

²⁶ BERGALLO, Paola. La causa ‘Mendoza’: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho da salud. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 247-248.

²⁷ BERGALLO, Paola. La causa ‘Mendoza’: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho da salud. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 247-248.

A autora²⁸ acredita que, em longo prazo, experiências desse tipo podiam estabelecer as suas bases na participação do Poder Judiciário em um espaço institucional mais estável e ambicioso. Ao mesmo tempo, essa transformação pode implicar, também, uma reformulação mais estrutural dos tribunais na promoção de uma legalidade nos contextos de baixa densidade institucional, típicos das democracias em consolidação.

Nesse caso, semelhante a essa modalidade de judicialização, mas não se identificando por completo, é a Audiência Pública da Saúde, ocorrida em 2009, convocada pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em que se ouviram cinquenta especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do Sistema Único de Saúde nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Aqui se teve a comunicação do Poder Judiciário com especialistas, gestores na área da saúde. Como resultado dessa audiência há a decisão referente às ações Suspensão de Tutela Antecipada nºs 175, 211 e 278, Suspensão de Segurança nºs 3.724, 2.944, 2.361, 3.345 e 3.355 e Suspensão Liminar nº 47, que já foram mencionadas anteriormente.

Como já se disse, é uma forma de judicialização da saúde em que não se identifica a modalidade cooperativa, porém pela abertura que se deu aos setores sociais e próprios gestores do SUS para auxiliar na composição da decisão judicial, pode-se dizer que essa forma de judicialização da saúde pode ser entendida como “democrática”, visto que a judicialização “cooperativa”, como observado, ultrapassa o diálogo, pressupõe cooperação entre as partes para a solução de litígios.

Abordadas as modalidades de judicialização da saúde encontradas na doutrina, agora, com a análise das decisões que se propõe, verificar-se-á as modalidades da judicialização da saúde frente às decisões do Supremo Tribunal Federal.

4 Análise das decisões da saúde a partir das modalidades de judicialização da saúde

Busca-se, frente à pesquisa realizada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, tendo como marco inicial decisão referente às ações Suspensão de Tutela Antecipada nºs 175, 211 e 278, Suspensão de Segurança nºs 3.724, 2.944, 2.361, 3.345 e 3.355 e Suspensão Liminar nº 47, sobre as quais já antes se trouxe maiores observações, e como marco final, no ano de 2014, a análise das modalidades da judicialização da saúde que se irá identificar nas ações analisadas.

²⁸ BERGALLO, Paola. La causa ‘Mendoza’: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho da salud. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 249.

Dessa forma, o parâmetro inicial foi o ano de 2010 e o final o ano de 2014. Não foram analisadas as decisões referentes à cobertura ou não de planos – como já antes se mencionou, que se classifica como a judicialização da saúde “atomizada”, segundo a classificação adotada por Bergallo.²⁹

Assim, das 30 (trinta) ações analisadas –³⁰ não se querendo afirmar que são as únicas nesse período, mas serão essas as adotadas como parâmetro para este estudo –, verificaram-se os seguintes casos: medicamento que não consta na lista do SUS; medicamento que o SUS não possui, mas a Anvisa permite o seu uso; fármaco que não consta na lista da Anvisa, mas que foi receitado, porém consta na lista de excepcionais fornecidos pelo Estado; discussão referente à eficácia do medicamento oferecido pelo SUS, tendo sido receitado outro medicamento; medicamento de alto custo; medicamento de baixo custo; fornecimento de medicamentos para tratamentos a pessoas destituídas de recursos financeiros; fornecimento de medicamentos e manutenção de estoque; fornecimento de medicamento para tratamento oncológico; tratamento no exterior; bloqueio de valores; pedido de suspensão de tutela antecipada; ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público; possibilidade de o paciente, com os seus próprios recursos, complementar o serviço aprovado pelo SUS; ampliação de unidade de terapia intensiva-adulta; reembolso de tratamento no exterior; providências administrativas para melhorar o atendimento do hospital de incumbência municipal; direito de entidade em colaboração com o Estado de receber valores que superam aqueles previstos no orçamento; dever fundamental e solidário dos entes estatais à prestação de medicamentos; ausência de comprovação de que os remédios fornecidos pelo SUS teriam o mesmo resultado terapêutico da autora;

²⁹ BERGALLO, Paola. La causa ‘Mendoza’: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho da salud. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. p. 247-248.

³⁰ Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/Ceará; Ag. Reg. na Suspensão de Liminar nº 47/Pernambuco; Ag. Reg. no Agravo de Instrumento nº 553.712-4/Rio Grande do Sul; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº 516.671/Rio Grande do Sul; Ag. Reg. no Agravo de Instrumento nº 734.487/Paraná; Recurso Extraordinário nº 368.564/Distrito Federal; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº 607.381/Santa Catarina; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº 626.328/Rio Grande do Sul; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº 665.764/Rio Grande do Sul; Ag. Reg. no Agravo de Instrumento nº 550.530/Paraná; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº 668.724/Rio Grande do Sul; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº 642.536/Amapá; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº 716.777/Rio Grande do Sul; Emb. Decl. no Agravo de Instrumento nº 824.946/Rio Grande do Sul; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº 581.352/Amazonas; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº 762.242/Rio de Janeiro; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo nº 740.800/Rio Grande do Sul; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº 756.148/Rio Grande do Sul; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº 717.290/Rio Grande do Sul; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 803.274/Minas Gerais; Ag. Reg. no Agravo de Instrumento nº 822.882/Minas Gerais; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº 814.197/Pernambuco; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº 812.748/Alagoas; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo nº 814.541/Piauí; Recurso Extraordinário nº 429.903/Rio de Janeiro; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº 818.572/Ceará; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo nº 803.281/Rio Grande do Sul; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo nº 727.764/Paraná; Ag. Reg. no Agravo de Instrumento nº 810.864/Rio Grande do Sul; Emb. Decl. no Recurso Extraordinário com Agravo nº 800.051/Rio Grande do Sul; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo nº 801.676/Pernambuco; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº 820.910/Ceará.

prescrição do medicamento por médico do SUS não sendo fornecido pelo SUS; aumento de leitos em unidade de terapia intensiva – UTI; responsabilidade solidária entre os entes estatais; ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais. Esses foram os principais temas discutidos nas ações.

Desses casos analisados, podem-se distinguir diferentes grupos. Num primeiro grupo, pode-se identificar ações que são judicializadas com o fim de obter a prestação de medicamentos e tratamentos não previstos na lista do SUS. Inclui-se aqui, também, duas outras circunstâncias: medicamento que o SUS não possui, mas a Anvisa permite o seu uso; e fármaco que não consta na lista da Anvisa, mas que foi receitado, porém consta na lista de excepcionais fornecidos pelo Estado. Dessa forma, ao decidir pela prestação do ente público desses medicamentos e tratamentos, o Poder Judiciário intervém para o fim de efetivar o direito constitucional à saúde, todavia, aqui, entende-se que a abrangência de sua intervenção é maior que nos demais casos, visto que inova em matéria de saúde pública, por isso, poder-se-ia dizer que nesse caso a modalidade de judicialização é “burocratizadora” e “interventiva”. O Poder Judiciário, frente à sua tarefa de concretização dos direitos fundamentais, intervém nas atribuições, na discricionariedade dos outros poderes em definir, eleger os seus programas de assistência à população. Intervém, também, no orçamento e nas políticas públicas.

Em outro grupo, identifica-se a modalidade “concretizadora”, visto que frente ao dever do Estado de prestar o direito à saúde, o paciente apenas busca concretizar um direito já existente, apesar de haver as discussões e críticas referentes à sua abrangência. Entende-se que os seguintes casos incluem-se nessa modalidade: discussão referente à eficácia do medicamento oferecido pelo SUS, tendo sido receitado outro medicamento; medicamento de alto custo; medicamento de baixo custo; fornecimento de medicamentos para tratamentos a pessoas destituídas de recursos financeiros; fornecimento de medicamento para tratamento oncológico; tratamento no exterior; possibilidade de o paciente, com os seus próprios recursos, complementar o serviço aprovado pelo SUS; reembolso de tratamento no exterior; prescrição do medicamento por médico do SUS não sendo fornecido pelo SUS; e ausência de comprovação de que os remédios fornecidos pelo SUS teriam o mesmo resultado terapêutico da autora.

Um terceiro grupo identificado diz respeito à judicialização da política pública da saúde, e denomina-se judicialização da saúde “politizada”, no sentido de que o Poder Judiciário busca efetivar, concretizar política pública tida como omissa, ineficaz, veja-se: fornecimento de medicamentos e manutenção de estoque; ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público; ampliação de unidade de terapia intensiva-adulta; providências administrativas para melhorar o atendimento do hospital de incumbência municipal; direito de entidade em colaboração com o Estado de receber valores que superam aqueles previstos no orçamento; aumento de leitos

em unidade de terapia intensiva – UTI; e ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais.

Por fim, apresenta-se um quarto grupo, podendo-se denominá-lo como judicialização da saúde “secundária”, pois a decisão refere-se não ao direito em si, mas à forma de concretizá-lo e de sua competência. Trata-se do pedido secundário na ação. Nesse sentido, citam-se os casos de bloqueio de valores; pedido de suspensão de tutela antecipada; dever fundamental e solidário dos entes estatais à prestação de medicamentos; responsabilidade solidária entre os entes estatais.

Essas foram as modalidades encontradas frente à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim seja: “atomizada” e “burocratizadora”, conforme a classificação de Bergallo, e propôs-se outras modalidades, como a “democrática”, a “interventiva”, a “concretizadora”, a “politizada” e a “secundária”.

5 Conclusão

Em que pesem as demais considerações realizadas, verifica-se que a judicialização da saúde no Brasil não se classifica somente nas propostas realizadas pela autora, ou seja, no caso, a “atomizada” e “burocratizadora”, podendo-se falar, também, em uma judicialização “democrática”, isso no caso das audiências públicas e, pode-se dizer, ainda, com a intervenção de terceiros, no caso o *amicus curiae*; “interventiva”, devido à suposta intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas; ademais, em uma judicialização “concretizadora”, visto que o Poder Judiciário concretiza um direito que a pessoa possui, está nos programas, mas não o recebe, a abrangência é individual; também uma “politizada”, ao Poder Judiciário estar efetivando e concretizando uma política pública há um coletivo; e, por fim, uma “secundária”, quando decide as demais circunstâncias das ações, mas não direto ao direito/dever da saúde. Assim, encontraram-se mais formas de judicialização do que aquelas trazidas por Bergallo, o que se deve, por sua vez, há uma judicialização da saúde mais intensa do que na Argentina, pelo número de brasileiros e, com certeza, pelo fato de como se estabelece a relação hodierna entre direito e política.

Referências

ANTUNES, Euzébio Henzel; GONÇALVES, Janaína Barbier. Redução da judicialização e efetivação das políticas públicas sob o enfoque do planejamento e gestão sistêmicos. In: SCORTEGAGNA, F.; COSTA, M. da; HERMANY, R. (Orgs.). *Espaço local, cidadania e políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/comite_saude/wp-content/uploads/2011/07/BARRROSO-ARTIGO.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 – Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 18, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 5 ago. 2011.

BERGALLO, Paola. La causa 'Mendoza': una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho da salud. In: GARGARELLA, Roberto (Comp.). *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 553712*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 19 de maio de 2002. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 553712*. Relator: Ministro Ellen Gracie. Brasília, DF, 03 de agosto de 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 550530*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 26 de junho de 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 8228820*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 10 de junho de 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 810864*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 18 de junho de 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 12 de setembro de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 4 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 516671*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 01 de junho de 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 607381*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 31 de maio de 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 626328*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 07 de junho de 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 516671*. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 20 de março de 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 642536*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 24 de abril de 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 716777*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 09 de abril de 2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 581353*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de outubro de 2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 762242*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 19 de novembro de 2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 740802*. Relator: Ministro Cármen Lúcia. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 756149*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 17 de dezembro de 2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 717290*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 18 de março de 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 812748*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 24 de junho de 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 814197*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 24 de junho de 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 814541*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 24 de junho de 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 820910*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 26 de agosto de 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 818572*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, 02 de setembro de 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 803274*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 13 de maio de 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 803281*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 16 de setembro de 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 727764*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 04 de novembro de 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 801676*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 19 de novembro de 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 4 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 800051*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 5 de agosto de 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 368564*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 13 de abril de 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 429903*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 25 de junho de 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Suspensões de Tutela Antecipada 175, 211 e 278; Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; Suspensão de Liminar 47*. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, DF, 16 de março de 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 mar. 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CÁMARA RUIZ, Juan. Judicialización y activismo judicial en España. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Clarissa Hennig Leal (Orgs.). *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. *Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade*. Disponível em: <http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/judicializacao-da-saude/wp-content/uploads/2011/11/Assistencia_Farmacaceutica.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Fórum da saúde – 2011 e 2014*. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 30 nov. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números – 2011 e 2014*. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 30 nov. 2015.

COSTA, Marco Antônio Sabino da. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; KAZUO, Watanabe (Coords.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FEDERAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES DE MUNICÍPIOS DO RIO GRANDE DO SUL. *Notícias*. Disponível em: <<http://siteantigo.famurs.com.br>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

FEDERAÇÃO DE ASSOCIAÇÕES DOS MUNICÍPIOS DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <<http://famurs.com.br>>. Acesso em: 1º maio 2015.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações sobre o direito fundamental a proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf>. Acesso em: 1º maio 2015.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A jurisdição entre a judicialização e o ativismo judicial. In: COSTA, M. M. C.; LEAL, M. C. H (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013. t. 13.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. *O amicus curiae e o Supremo Tribunal Federal: fundamentos teóricos e análise crítica*. Curitiba: Multideia, 2014.

MARTINI, Sandra Regina. Sistema da saúde e transformação social. In: MARTINI, Sandra Regina (Coord.). *Saúde, direito e transformação social: um estudo sobre o direito à saúde no Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade – Sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes Albuquerque. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 58, nov. 2002.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <<http://www.pge.rs.gov.br>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Orgs.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MAAS, Rosana Helena; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Modalidades de judicialização da saúde: análise na jurisprudência do STF. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 149-167, jul./set. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i69.355.
