

A DESARMONIA DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: REFLEXÕES CRÍTICAS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Oswaldo Ferreira de Carvalho

Pós-Doutor e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pesquisador e Professor no curso de Direito da Faculdade Estácio de Sá de Goiás (Goiânia/GO).

Gustavo de Assis Souza

Mestrando em Direito pela Universidade de Brasília. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Goiás (Goiânia/GO). Pesquisador.

Resumo: O presente estudo pretende investigar os impactos ocasionados pela judicialização das políticas públicas de saúde, no Brasil, sob uma perspectiva holística. Além disso, serão delineadas possíveis soluções para resguardar a efetividade do direito à saúde. Para tanto, foi utilizado o método de abordagem dialético baseado numa interpretação dinâmica e crítica da realidade ao compreender o objeto deste estudo em sua relação com aspectos sociopolíticos, jurídicos e econômicos. O problema central da pesquisa, portanto, consiste em responder o seguinte questionamento: de que modo é possível minimizar os impactos ocasionados pela crescente judicialização da saúde e ao mesmo tempo resguardar o direito em comento, especialmente, para os mais vulneráveis? Os resultados encontrados apontaram três caminhos: (1) a participação extrajudicial frequente da sociedade civil, Defensoria Pública, Ministério Público e o analista de políticas públicas na gestão e fiscalização do Sistema Único de Saúde; (2) a utilização das ações coletivas de forma mais incisiva, especialmente, a ação civil pública, para possibilitar uma macrojustiça; (3) o fim da possibilidade da prorrogação da patente de medicamentos. Concluiu-se que a adoção conjunta de tais medidas poderá reduzir o número crescente de ações individuais, bem como ocasionará menos distorções no orçamento público. Assim, mais pessoas terão acesso garantido à saúde.

Palavras-chave: Judicialização. Direito à saúde. Orçamento público. Sistema Único de Saúde. Políticas públicas.

Sumário: **1** Introdução – **2** O direito fundamental à saúde e a dignidade da pessoa humana – **3** Os limites do controle jurisdicional das políticas públicas de saúde no Brasil – **4** Instrumentos para a minimização da judicialização da saúde no Brasil – **5** Conclusão – Referências

1 Introdução

Entre as problemáticas mais calamitosas, na contemporaneidade, em matéria de direitos fundamentais sociais, está a crise de efetividade do direito à saúde. Com enorme frequência é exposto nos veículos de comunicação o caos da saúde pública brasileira. Tal situação decorre de inúmeros fatores sociopolíticos e jurídicos que serão devidamente analisados no decorrer da investigação.

A falta de medicamentos e de médicos, leitos de UTI aquém do mínimo necessário, superlotação e péssimas condições de higiene são algumas das mazelas enfrentadas por grande parte da população que depende, exclusivamente, do Sistema Único de Saúde (SUS), ou seja, 71% da população brasileira.¹

Ocorre que as ações tomadas pela Administração Pública não estão sendo suficientes para resguardar a dignidade humana dos pacientes que utilizam a rede pública de saúde.

Impende consignar que os reflexos ocasionados por tal problemática não são de ordem meramente política. É um assunto candente no seio jurídico, na área da saúde, na Administração Pública, nos meios de comunicação e, principalmente, na sociedade civil. Por sua vez, em virtude das debilidades existentes, o Poder Judiciário está sendo acionado com enorme frequência pela população, a fim de obrigar o Poder Executivo a cumprir o seu dever constitucional e, por conseguinte, resguardar o direito fundamental à saúde.

O problema central da pesquisa, deste modo, consiste em trazer respostas para a seguinte indagação: de que modo é possível minimizar os impactos ocasionados pela crescente judicialização da saúde e ao mesmo tempo resguardar o direito em comento, especialmente, para os mais vulneráveis?

Assim, mostra-se de extrema necessidade que a referida problemática seja examinada de modo holístico ao incluir, inicialmente, uma análise da influência dos principais tratados internacionais de direitos humanos, bem como o marco teórico do neoconstitucionalismo na positivação do direito à saúde na Constituição Federal de 1988.

Em seguida, será demonstrado como as políticas públicas deficitárias ou a ausência delas, no âmbito da saúde, têm contribuído para um aumento calamitoso da judicialização da saúde.² Serão examinados, ainda, os papéis de

¹ BRASIL. Ministério da Saúde. 71% dos brasileiros têm os serviços públicos de saúde como referência. *Governo do Brasil*, Brasília, 2 jun. 2014. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/editoria/saude/2015/06/71-dos-brasileiros-tem-os-servicos-publicos-de-saude-como-referencia>. Acesso em: 24 jul. 2018.

² Segundo o relatório *Justiça em Números 2017*, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), havia 1.346.931 (um milhão trezentos e quarenta e seis mil e novecentos e trinta e um) demandas judiciais versando sobre o direito à saúde até a data de 31.12.2016 (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

protagonismo do Poder Judiciário, assim como de órgãos essenciais à função jurisdicional do Estado (Ministério Público e Defensoria Pública). Entrementes, também serão investigados os limites da ingerência judicial nessa seara, a fim de conciliar um contexto de escassez de recursos públicos, proteção ao mínimo existencial e dignidade da pessoa humana.

Por fim, serão propostos três caminhos para a minimização dos impactos ocasionado pela crescente judicialização da saúde. O primeiro deles diz respeito à participação extrajudicial com frequência da sociedade civil, Defensoria Pública, Ministério Público e o analista de políticas públicas na gestão e fiscalização do Sistema Único de Saúde (SUS). Já o segundo consiste no estímulo à coletivização de demandas, especialmente, por meio da ação civil pública. O terceiro caminho, por fim, consiste em analisar qual é mais vantajoso: a quebra ou a não prorrogação das patentes de medicamentos.

Nesse sentido, para a construção do presente artigo foram utilizados os métodos de procedimento histórico e comparativo. Impende esclarecer que foram privilegiadas, quanto às fontes consultadas, no quadro do objeto de estudo escolhido e delimitado, as obras consideradas mais importantes ao atentar-se com o maior desvelo possível para a atualidade das obras ante as limitações próprias da natureza desta investigação acadêmica. A pesquisa bibliográfica e qualitativa foi, assim, direcionada para a consulta mais pormenorizada de amplo material disponível entre livros, artigos críticos, teses, relatórios, legislações e documentos.

De todo modo, concentraram-se todas as sinergias (levantamento de textos doutrinários e jurisprudenciais) sob a exaustiva sistematização dos elementos teóricos, jurídicos e metodológicos a fim de erigir um pujante texto dissertativo límpido, concatenado com ideias próprias e, na ciência de sua incompletude e limitação, submetê-lo ao debate e à crítica.

2 O direito fundamental à saúde e a dignidade da pessoa humana

É sabido que o período após a Segunda Guerra Mundial trouxe inúmeras conseqüências em nível global, especialmente, na seara da proteção dos direitos fundamentais por parte dos Estados Constitucionais. Como reflexo, tais direitos foram incorporados nos ordenamentos jurídicos nacionais em muitos países.

Justiça em números 2017: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 24 jul. 2018).

Nesse sentido, foi delineado um rol de garantias universais a fim de resguardar a dignidade básica do ser humano, além de refrear a eclosão de novos governos totalitários como os regimes de cunho nazifascistas, motivo pelo qual em 1948 surgiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Destarte, o princípio da dignidade da pessoa humana ganhou grande notoriedade³ desde o referido período, bem como o estudo de um novo modelo constitucional denominado de neoconstitucionalismo.⁴

Destaca-se que o referido modelo de interpretação do constitucionalismo contemporâneo pautou-se pela centralidade dos direitos fundamentais, notadamente, da dignidade da pessoa humana, princípio este que se faz presente em 149 constituições das 194 existentes no mundo.⁵ Por esta razão, o neoconstitucionalismo e a dignidade da pessoa humana serão analisados conjuntamente no decorrer do trabalho.

Posto isto, ao ter uma adequada compreensão do tema faz-se necessário traçar o esboço histórico até o apogeu deste novo constitucionalismo global a fim de retratar os fundamentos que levaram os modelos anteriores ao declínio.

Em alusão ao magistério de Barroso, no decorrer dos últimos quinhentos anos, pode-se identificar três modelos institucionais, sendo o primeiro deles o Estado pré-moderno que apresentava como premissa básica a multiplicidade de fontes normativas e o jusnaturalismo como substrato teórico.

Tal movimento se desenvolveu no século XVI e foi marcado principalmente por duas vertentes: lei fruto da vontade divina e lei como fruto da racionalidade.

³ O referido princípio é objeto de exaustiva investigação por parte de Daniel Sarmiento, tendo estreita ligação com o neoconstitucionalismo. O referido pesquisador elucida: “[...] Essa importância atribuída à dignidade da pessoa humana no Brasil e no constitucionalismo global deve ser saudada como sinal de avanço civilizatório. Afinal, trata-se de princípio profundamente humanista, baseado na valorização da pessoa e comprometido com a garantia dos seus direitos básicos contra todas as formas de injustiça e opressão. Portanto, é promissor que tal princípio tenha passado a desempenhar papel de destaque nos ordenamentos jurídicos contemporâneos” (SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 15).

⁴ Em diálogo com as investigações de Daniel Sarmiento, o presente estudo se embasará, em muitos momentos, nos ensinamentos de Barroso, a fim de uma melhor compreensão deste novo modelo constitucional. Ess preleciona: “O direito constitucional, nas últimas décadas, notadamente no mundo romano-germânico, passou por um vertiginoso conjunto de transformações que modificaram o modo como ele é pensado e praticado. É possível reconstituir essa trajetória, objetivamente, levando em conta três marcos fundamentais: o histórico, o filosófico e o teórico. Neles estão contidas as ideias e as mudanças de paradigma que mobilizaram a doutrina e a jurisprudência nesse período, criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 532-533).

⁵ SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 13-14.

A primeira vertente de cunho teológico foi superada já no século XVII, durante a Idade Moderna, tendo em vista a eclosão de um novo modelo cultural, em que a racionalidade se sobrepunha à religião. Nesse contexto, há o surgimento dos Estados nacionais e a valorização dos ideais de liberdade em detrimento aos modelos absolutistas. Além disso, houve uma associação entre o direito natural ao movimento iluminista.

Entre os diplomas marcados por tais concepções, precipuamente, referente à valorização das liberdades individuais, tem-se como exemplos a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

Ocorre que, com a estabilização destas cartas constitucionais, a concepção jusnaturalista,⁶ a qual até então serviu de mola propulsora para promover o rompimento do *status quo*, é superada pelo positivismo jurídico no século XIX.

Deste modo, tem-se a consolidação de um segundo modelo intitulado constitucional-liberal, que se assentou sob a tripartição dos poderes e o princípio da legalidade,⁷ de matiz estreitamente positivista. Este modelo foi projetado na Revolução Francesa, século XVIII, e contou com auxílio da burguesia. O objetivo central consistia em obrigar o Estado a se abster de uma intervenção direta na economia e nas liberdades individuais da população.

O referido modelo, em sua essência, era tão rígido que a lei tornou-se um dogma intransponível. Deste modo, a literalidade da lei ganhou muita força. Tal fato corroborou com uma nova forma de autoritarismo desta vez pautado não pela vontade divina, como ocorreu no período absolutista, mas pela frieza da lei, uma vez que esta não apresentava a mínima vinculação com os valores morais e éticos. Assim, o positivismo possibilitou a fundamentação de regimes totalitários pelo mundo. Os maiores exemplos do mencionado são na Alemanha e Itália, com o nazifascismo, durante a Segunda Guerra Mundial.

Em um momento logo após o referido conflito, em virtude das demandas sociais emergentes do século XX, que propugnavam pela proteção não apenas das liberdades individuais, como também dos direitos prestacionais sociais, houve o

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 276.

⁷ Canela Junior enfatiza o papel do Estado em tal modelo: “No Estado Liberal, o objetivo da teoria da separação dos poderes, consoante já assentado, era o de evitar a concentração do poder estatal, a fim de que os direitos fundamentais de primeira geração fossem assegurados. O Estado, na premissa liberal, é um elemento catalisador do poder, instrumento para a sua contenção, em estrito respeito à liberdade individual” (CANELA JUNIOR, Osvaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo*: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 54).

colapso do Estado liberal e seu modelo positivista. Como resultado, surgiu um novo modelo intitulado de Estado Social e Democrático de Direito. Destaca-se que a aproximação do direito à vida política e social constitui em um dos objetivos centrais deste modelo.

O Estado Democrático e Social de Direito nasce, então, com o compromisso de vincular todos os atos estatais, bem como a produção legislativa a uma Constituição rígida de natureza principiológica, ou seja, as cartas constitucionais contemporâneas em sua maioria deixaram de ser meros documentos políticos. Elas assumiram o topo de todo o ordenamento jurídico ao consolidarem a força dos princípios e de uma nova hermenêutica constitucional.

Neste contexto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos tornou-se um marco a ser seguido pelos Estados constitucionais, a fim de introjetarem em seus ordenamentos jurídicos nacionais não só os direitos defensivos (de primeira geração ou dimensão), bem como os direitos fundamentais sociais⁸ (direitos de segunda geração ou dimensão). A consagração de tais direitos impactou diretamente o desenvolvimento das políticas públicas.⁹

É nesse contexto de primazia dos direitos fundamentais sociais¹⁰ nos Estados contemporâneos e sua proteção pelos Tribunais Constitucionais que se delineou o marco teórico do neoconstitucionalismo, também conhecido pelo designativo pós-positivismo.

Entre esses direitos, a saúde se mostra como um dos mais importantes e merecedor de ampla proteção, pois é basilar a todos os seres humanos e está

⁸ Sarlet entende que há uma simbiose entre direitos de primeira e segunda dimensão (SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 1, p. 1-45, abr. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 22 ago. 2018).

⁹ Há inúmeras conceituações da terminologia “políticas públicas” que se complementam. Serão adotados aqui os ensinamentos de Canela Junior, pois este apresenta uma visão holística ao compreender o papel desempenhado pelos três poderes nesse contexto. “[...] Por política estatal – ou políticas públicas – entende-se o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado” (CANELA JUNIOR, Osvaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 69).

¹⁰ Para reforçar a interdependência entre direitos de primeira e segunda dimensão nesse contexto de neoconstitucionalismo, dignidade da pessoa humana, Estado Social e políticas públicas, Sarlet preleciona: “No âmbito de um Estado Social de Direito – e consagrado pela nossa evolução constitucional não foge à regra – os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerente à noção de uma democracia e a um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 63).

umbilicalmente ligado ao direito à vida e ao bem-estar. Ademais, o direito em comento possui um viés individual e outro coletivo, ao incluir não só a recuperação do estado físico e/ou mental dos indivíduos, como a promoção da saúde preventiva.¹¹

Tal direito foi consagrado, no plano internacional, por meio da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), em 1948, no art. 25. Posteriormente, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) estabeleceu diretrizes para o gozo do direito à saúde, notadamente, por meio do art. 12. Entretanto, somente em 1985 foi criado o Comitê das Nações Unidas para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais com o fim de supervisionar o cumprimento daquilo que foi disposto no referido pacto.

Cumpra destacar que estes documentos internacionais e diretrizes impactaram profundamente na consagração do direito fundamental à saúde na Constituição brasileira de 1988. Este direito encontra-se previsto como autêntico direito fundamental, no art. 6º, da CRFB/1988, e no capítulo da Seguridade Social, mais especificamente, no art. 196. Ele constituiu uma responsabilidade do Estado (competência comum da união, estados e municípios), conforme art. 22, da referida constituição. Além disso, é um direito universal de todos as pessoas.

Para possibilitar o cumprimento do disposto acima foi instituído o Sistema Único de Saúde (SUS), consoante disposto no art. 198. Entre os objetivos do SUS, veiculados na Lei nº 8.080/1990, destacam-se a promoção do acesso universal e gratuito à saúde para todos aqueles que em território nacional necessitem de atendimento médico, medicamentos, cirurgias e demais procedimentos relacionados à saúde.

Todavia, em que pese a existência de inúmeras legislações protecionistas relacionadas à saúde verifica-se, ainda, uma crise de efetividade deste direito no Brasil. Tal fator tem ensejado a judicialização das políticas públicas, nomeadamente, as políticas de saúde.

¹¹ O direito à saúde e os reflexos decorrentes de sua judicialização foram examinados, criticamente, por Faria. Portanto, em muitos momentos, tal estudo dialogará com os apontamentos propostos aqui. Segundo Faria, “[...] O direito à saúde tem, assim, duas facetas: uma relacionada à sua preservação e outra, à sua recuperação. O direito à preservação da saúde tem, em contrapartida, as políticas que visam à redução do risco de doença, através de uma prevenção genérica, não individualizável, da doença, enquanto o direito à recuperação da saúde visa proporcionar uma prestação positiva estatal, de cunho assistencialista, a fim de restabelecer a saúde do indivíduo” (FARIA, Rodrigo Nóbrega. *Direito à saúde & sua judicialização*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 77).

3 Os limites do controle jurisdicional das políticas públicas de saúde no Brasil

3.1 As políticas públicas e sua crescente judicialização

O fortalecimento da lógica neoliberal¹² que preconiza um Estado menos intervencionista ocasionou descompassos no desenvolvimento das políticas públicas na contemporaneidade, especialmente, as políticas sociais.

Assim, no âmbito da saúde não poderia ser diferente, visto que há uma situação extremamente emergencial que tem sido negligenciada pela Administração Pública. Tal problema é fruto de interesses escusos de uma pequena minoria que se encontra no poder. Entre os problemas mais notórios destacam-se a má gestão¹³ (erros médicos, exames desnecessários, excesso de equipamentos e outros), bem como a corrupção.¹⁴ Tais fatores têm prejudicado todos aqueles cidadãos que dependem exclusivamente do Sistema Único de Saúde (SUS).

A referida problemática foi agravada com a recente aprovação da PEC nº 55/2016 também conhecida como PEC dos gastos públicos. Seu objetivo consiste na criação de um novo regime fiscal para o Brasil, a fim de frear por vinte anos o crescimento com gastos públicos.

Tal medida, na *práxis*, ocasionou severos cortes na área da saúde que já estava bastante debilitada.¹⁵ Assim, nesse contexto de sérias restrições

¹² Liberati em sua investigação delinea as dificuldades para a concretização das políticas públicas, no Estado Constitucional contemporâneo: “O ideário neoliberal trouxe, como consequência, na sociedade brasileira, uma triste e longa história de dependência e subordinação ao capital internacional. O resultado disso se reflete, frontalmente, no exercício dos direitos sociais, pela ausência de políticas públicas e vem expresso no acirramento das desigualdades sociais, na desregulamentação dos direitos fundamentais, em especial o direito do trabalho, e no agravamento da pobreza, da exclusão e da violência” (LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas públicas no Estado Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 105).

¹³ SANTOS, Maiza. R\$100 bilhões dos investimentos em saúde em 2017 foram desperdiçados. *Correio Brasiliense*, Brasília, 12 de mar. 2018. Disponível em: <https://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia/brasil/2018/03/12/interna-brasil,665393/r-100-bilhoes-dos-investimentos-em-saude-em-2017-foram-desperdicados.shtml>. Acesso em: 26 ago. 2018.

¹⁴ “[...] os resultados indicaram que a corrupção tende a diminuir o nível da eficiência governamental. Deste modo, as ações de combate a essas práticas possibilitariam uma maior taxa de retorno dos recursos destinados às áreas de saúde e de educação no país, o que poderia gerar maior bem-estar social e crescimento econômico” (LOPES, Luckas Sabioni; TOYOSHIMA, Sílvia Hamuri. Evidências do impacto da corrupção sobre a eficiência das políticas de saúde e educação nos estados brasileiros. *Planejamento e Políticas Públicas*, Brasília, n. 41, p. 199-228, jul./dez. 2013).

¹⁵ Segundo nota técnica emitida pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) quanto à PEC nº 55: “[...] o congelamento não garantirá sequer o mesmo grau de acesso e qualidade dos bens e serviços à população brasileira ao longo desse período, uma vez que a população aumentará e envelhecerá de forma acelerada. Assim, o número de idosos terá dobrado em vinte anos, o que ampliará a demanda e os custos do SUS” (VIEIRA, Fabiola Sulpino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá. *Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil*. Brasília: Ipea, 2016. p. 21).

orçamentárias e negligência na formulação e implementação das políticas públicas de saúde, faz-se necessário tecer considerações sobre o controle jurisdicional realizado pelo Poder Judiciário,¹⁶ além disso, a pertinente simbiose do referido poder com a atuação da Defensoria Pública e o Ministério Público ante o princípio da separação dos poderes.

Nesse sentido, observa-se que a possibilidade de controle de constitucionalidade atribuído ao Poder Judiciário com a Constituição Federal de 1988 significou um novo paradigma na efetivação dos direitos fundamentais sociais. Destaca-se que o referido poder só deve ser acionado como *última ratio*, ou seja, somente na inércia ou violação por parte dos poderes Executivo e Legislativo, no tocante às políticas públicas, e pautando-se pelos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e especialização. Somente assim é possível assegurar a plena harmonia entre os poderes.

Ocorre que a Administração Pública, muitas vezes, sustenta o argumento da ausência de recurso para se esquivar de cumprir seu dever constitucional ao lançar mão da famosa teoria da reserva do possível,¹⁷ como se tal decisão, ou melhor, negligência, estivesse no âmbito da sua discricionariedade. Na realidade, há uma clara afronta à opção política do Constituinte originário que taxativamente consagrou o direito à saúde como um direito subjetivo público.

Tal posicionamento, apesar de sustentar a retórica da Administração Pública e do Poder Legislativo, não encontra guarita na jurisprudência pátria majoritária.¹⁸ Hodiernamente, tem-se privilegiado a proteção do mínimo existencial que visa assegurar condições mínimas de sobrevivência aos indivíduos ao considerar o princípio da dignidade da pessoa humana.

¹⁶ Grinover destaca que o controle jurisdicional deve se dar no tocante à implementação, adequação ou correção das políticas públicas (GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle jurisdicional das políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 216).

¹⁷ A reserva do possível, em muitos momentos, contraria a própria concepção de dignidade da pessoa humana (SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 229).

¹⁸ Merece destaque a lição do Ministro Celso de Mello: “[...]A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 639.337. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 23 ago. 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, p. 125-172, 2011. p. 127-128).

Posto isto, cabe ao Poder Judiciário proceder a uma análise minuciosa da lesão causada pela omissão administrativa ou legislativa no caso concreto, pautado por critérios hermenêuticos¹⁹ e científicos.

Para embasar a tomada de decisão do referido poder, portanto, mostra-se importante que os profissionais conhecidos como analistas de políticas públicas sejam consultados, sempre que possível. Tais indivíduos são atores técnicos e políticos responsáveis por analisar as políticas públicas ao delimitar os problemas públicos. Além disso, são responsáveis por coletar, tratar e analisar dados, organizar e mediar reuniões com outros atores políticos e sociais, elaborar *policy reports* e estruturar recomendações. Deste modo, o magistrado que não possui, muitas vezes, a expertise científica necessária estará amparado pelo referido profissional, evitando juízos de valor e *fake news*²⁰ em suas decisões.

Ademais, a atuação do Judiciário deve-se dar conforme o preceituado no art. 3º da Constituição Federal, que representa um compromisso na esfera internacional do Estado brasileiro em assegurar a concretização dos direitos humanos. Portanto, não pode o Poder Judiciário se esquivar de realizar o controle jurisdicional de políticas públicas quando haja lesão a determinado direito fundamental.

Entrementes, tendo em vista o princípio da inércia da jurisdição, ganham especial importância as instituições Defensoria Pública e Ministério Público, pois são as “primeiras portas” para o acesso à justiça, especialmente, dos hipossuficientes que compõem a maioria da população brasileira. A atuação de ambas pode se dar administrativamente nos diálogos e parcerias com a Administração Pública, bem como judicialmente mediante provocação do Poder Judiciário. Quanto à primeira instituição mencionada, salienta-se que esta ganhou seção própria com a Constituição Federal de 1988, art. 134 e, posteriormente, a Lei Complementar nº 80/94 estabeleceu contornos mais rígidos quanto à sua atuação e atribuições.

Tal instituição presta assistência jurídica, integral e gratuita para aqueles indivíduos desvalidos de recursos financeiros e impossibilitados de contratar um patrono particular para proceder à defesa de suas demandas. A atuação pode se

¹⁹ Entre estes critérios destaca-se a proporcionalidade que atua como um freio à atuação judicial desarrazoada. Canela Júnior, nesse mesmo sentido, preleciona: “[...] o princípio da proporcionalidade será o critério limitador da intervenção judicial em políticas públicas e o instrumento processual ético para a efetivação dos direitos fundamentais. Por decorrência, o princípio da proporcionalidade irá permitir a tutela integral dos direitos fundamentais sem que se corrompa a integridade do sistema jurídico” (CANELA JÚNIOR, Osvaldo. O orçamento e a “reserva do possível”: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 234).

²⁰ SECCHI, Leonardo. *Análise de políticas públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções*. São Paulo: Cengage Learning, 2016. p. 17.

dar tanto em demandas individuais quanto coletivas, sendo que sob este último aspecto (coletivo) tem-se, precipuamente, o instrumento da ação cível pública (ACP).²¹

Cumpra destacar que os impactos da judicialização das políticas públicas, em determinados casos, poderão surtir um efeito contrário daquilo que se espera com a ação judicial, ao ocasionar distorções de grande monta no orçamento público, principalmente, nas demandas individuais reiteradas.²²

Nesse sentido, ao pautar-se pela própria Lei Complementar nº 80/94, no art. 4º, inc. II, tem-se como prioridade da Defensoria Pública promover a solução extrajudicial dos conflitos. Entretanto, na *práxis*, uma parte dos defensores acaba ajuizando as demandas individuais mesmo em casos que se analisados holisticamente poderiam ser solucionados de forma extrajudicial.

Isto ocorre, muitas vezes, devido ao número reduzido de defensores²³ e às inúmeras debilidades estruturais, bem como orçamentárias, da referida instituição que impossibilitam uma atuação devidamente estratégica.

Para exemplificar tal situação calamitosa, o Estado do Paraná lidera o *ranking* dos cinco estados com a pior situação no que concerne à estruturação da Defensoria Pública, possuindo 1 defensor para cada 53.147 pessoas, enquanto que o adequado seria 1 defensor a cada 15 mil habitantes. Já São Paulo se encontra em quarto lugar, com 1 defensor para cada 23.908 pessoas. O que chama a atenção neste último caso é que o referido estado já possui 150 cargos criados por lei, porém ainda não foram preenchidos em virtude da ausência de recursos orçamentários.²⁴

Assim, esforços estratégicos, em um cenário tão calamitoso, para a construção de soluções extrajudiciais, se mostram tarefa muitas vezes impossível para a quantidade limitada de defensores, bem como de recursos escassos desta

²¹ Há poucos anos o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.943 e considerou constitucional a atribuição da Defensoria Pública em propor ação civil pública (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADIN. 3943/DF. Rel. Min. Cármen Lúcia. Brasília, 07 maio 2015. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, p. 1-94, 2015).

²² Faria também é crítico dos malefícios ocasionados por uma judicialização exacerbada (FARIA, Rodrigo Nóbrega. *Direito à saúde & sua judicialização*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 137).

²³ Um dos maiores obstáculos para o acesso à justiça concerne ao número reduzido de defensores públicos (cerca de 6 mil), ocasionando a presença da instituição em apenas 40% das unidades jurisdicionais do Brasil. Em contrapartida há 11.807 juízes e 10.874 promotores (ANADEP; APADEP. *Apresentando a Defensoria Pública*: retrato de uma Instituição em desenvolvimento. Brasília e São Paulo: Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (ANADEP) e Associação Paulista de Defensores Públicos (APADEP), 2018. Disponível em: <https://www.apadep.org.br/wp-content/uploads/2018/11/book-defensoria-pu%CC%81blica.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2020).

²⁴ ANADEP; APADEP. *Apresentando a Defensoria Pública*: retrato de uma Instituição em desenvolvimento. Brasília e São Paulo: Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (ANADEP) e Associação Paulista de Defensores Públicos (APADEP), 2018. Disponível em: <https://www.apadep.org.br/wp-content/uploads/2018/11/book-defensoria-pu%CC%81blica.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2020. p. 14-15.

instituição. Cumpre ressaltar que o diálogo entre os atores envolvidos na seara da saúde requer tempo, dinheiro e boa vontade das partes. A mesma lógica também vale para os mecanismos coletivos, como a já mencionada ação civil pública.

Deste modo, as ações judiciais individuais se mostram como o instrumento mais utilizado na prática defensorial para tutelar os hipossuficientes. Isto ocorre pois o referido instrumento se mostra mais célere em sua confecção, bem como menos oneroso do ponto de vista institucional-defensorial, seja em uma ação de medicamento, cirurgia, internação, entre outras, se comparado às alternativas extrajudiciais e coletivas, pelos motivos já expostos.

Além disso, as ações individuais são julgadas mais rapidamente, se comparadas às coletivas, tendo em vista a quantidade menor de partes no litígio e a complexidade reduzida. Portanto, pode-se concluir que o referido instrumento é de fundamental importância, especialmente, nos casos de urgência, como exemplo, na requisição de uma tutela de urgência para a concessão de um leito de UTI. Entretanto, em médio e longo prazos, os diálogos extrajudiciais e os instrumentos coletivos são mais vantajosos no tocante a assegurar direitos a toda a coletividade e não apenas a determinado indivíduo.

Outro órgão que merece igual destaque, nesse contexto, é o Ministério Público. Sua função se encontra preceituada no art. 129 da Constituição Federal e sua atuação no âmbito da saúde se dá, preferencialmente, de forma extrajudicial ou por meio da tutela coletiva. Isto não significa, entretanto, que o referido órgão não tenha legitimidade para atuar em demandas individuais como é falaciosamente propagado por muitos indivíduos.²⁵

Em contraste à situação vivenciada pela Defensoria Pública, observa-se que o Ministério Público possui uma estruturação orçamentária e institucional muito maior. A realidade desta instituição possibilita uma atuação bem mais estratégica ao envolver inúmeros protocolos extrajudiciais, bem como uma atuação coletiva mais robusta.

Um exemplo exitoso dessa atuação extrajudicial se deu no estado de Goiás. Em 2009, o Ministério Público criou uma Câmara de Avaliação Técnica da Saúde (CATS), em parceria com as secretarias de saúde do estado de Goiás e o município de Goiânia. Tal projeto extrajudicial é composto por inúmeros profissionais da área

²⁵ Segundo decisão do Superior Tribunal de Justiça de 2018, "O Ministério Público é parte legítima para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamentos nas demandas de saúde propostas contra os entes federativos, mesmo quando se tratar de feitos contendo beneficiários individualizados, porque se trata de direitos individuais indisponíveis, na forma do art. 1º da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público)" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.681.690-SP. Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Rel. Min. OG Fernandes. Brasília, 3 maio 2018. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 2015. p. 2).

médica que são cedidos pelas referidas secretarias de saúde. O objetivo central desta câmara consiste em analisar as demandas relacionadas a medicamentos e procedimentos, bem como produzir avaliações de cunho técnico sobre elas.²⁶

Além disso, em 2011, o estado de Goiás e a referida instituição firmaram acordo para o fornecimento de medicamentos de alto custo que não estão previstos na Relação Nacional de Medicamentos (Rename) nem possuem protocolo do Sistema Único de Saúde (SUS). A parceria foi renovada em 2014, com o estado se responsabilizando em disponibilizar, anualmente, o montante de trinta e seis milhões de reais para a compra de fármacos. Denota-se, então, que este acordo representou uma importante conquista para pacientes que necessitam destas medicações, tendo em vista a não necessidade de recorrer às vias judiciais para ter êxito no pleito. Além disso, o presente caso demonstra o poder das medidas extrajudiciais dialogadas entre instituições e atores políticos que podem evitar milhares de ações individuais.²⁷

Entre outros inúmeros exemplos da atuação extrajudicial do *Parquet* estão audiências públicas, recomendações, termo de ajustamento de conduta (TAC), procedimento investigatório criminal, procedimento administrativo preliminar, reuniões e inquérito civil.²⁸ Já tocante às ações coletivas, destaca-se que o Ministério Público também é legitimado a propor ação civil pública, consoante previsão da Lei nº 7.347/85.

Em resumo, verifica-se, portanto, a necessidade de uma atuação estratégica de todos os atores e instituições envolvidos neste contexto, para construção de um sistema único de saúde que seja sustentável. Além disso, faz-se necessário refletir criticamente quanto ao orçamento público e sua escassez, como será feito na sequência.

3.2 O orçamento público e o direito fundamental à saúde

O orçamento público pode ser definido como uma ferramenta de planejamento do Estado para estabelecer previsões das receitas e despesas durante determinado

²⁶ GOIÁS. Ministério Público de. Medicamentos – CATS. *Portal do Ministério Público do Estado de Goiás*, Goiás. Disponível em: <http://www.mpggo.mp.br/portal/conteudo/medicamentos-cats#.XnwNclhKjIU>. Acesso em: 24 mar. 2020.

²⁷ ROSA, Cristina. MP e Estado renovam acordo que garante agilidade no fornecimento de medicamentos de alto custo. *Portal do Ministério Público do Estado de Goiás*, Goiás, 15 dez. 2014. Disponível em: <http://www.mpggo.mp.br/portal/noticia/mp-e-estado-renovam-acordo-que-garante-agilidade-no-fornecimento-de-medicamentos-de-alto-custo#.XnwP9lhKjIU>. Acesso em: 24 mar. 2020.

²⁸ Vários são os projetos desenvolvidos por tal instituição, a exemplo do programa Fomento ao Controle Social do SUS desenvolvido pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro a fim de estimular a participação dos cidadãos no controle democrático e social do SUS (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Catálogo dos projetos premiados*. Brasília: CNMP, 2014. p. 29).

período de tempo.²⁹ A sociedade civil pode identificar no orçamento³⁰ para onde se destinam os recursos financeiros arrecadados pelo Estado, de modo que toda despesa pública deverá estar fixada neste, exceto em casos excepcionais.

Ocorre que sob o marco teórico do neoconstitucionalismo e do Estado Social e Democrático de Direito consagrado pela Constituição Federal de 1988, o orçamento deve ser analisado e compreendido sob a ótica assistencialista e programática, ou seja, voltado à concretização dos direitos fundamentais, criação de receitas e previsão das despesas públicas.³¹

Entretanto, como já mencionado, a Administração Pública tem-se utilizado, frequentemente, da retórica de ausência de recursos públicos para se esquivar da necessidade de efetivar os direitos fundamentais sociais, ou seja, um comportamento que evidencia uma omissão ou mesmo inércia quanto ao desenvolvimento de políticas públicas.

Alegam, muitas vezes, que os direitos fundamentais, notadamente os sociais, requerem investimentos de grande monta e que se o Poder Judiciário intervir em tal seara, além de infringir o princípio da separação dos poderes, poderá impossibilitar o gerenciamento do Estado sob o ponto de vista orçamentário.

Tal assertiva, entretanto, é improcedente, pois contraria a exegese da própria Carta Magna que fixou em seu art. 3º, inc. I, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Além disso, todo o arcabouço de direitos sociais dispostos no art. 6º e nos tratados internacionais reforça a imprescindibilidade do desenvolvimento das políticas sociais.

Cumprido destacar que o modelo orçamentário brasileiro foi estabelecido pelo art. 165 da Constituição Federal de 1988. É composto pelo Plano Plurianual (PPA),

²⁹ O estudo do orçamento público faz parte do ramo do direito financeiro. Portanto, a investigação em curso se baseará nos ensinamentos de Abraham, em muitos momentos, em diálogo com as pesquisas de Canela Júnior (ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 281).

³⁰ Abraham preleciona quanto à complexidade do orçamento público, “[...] mais do que um ato ou uma peça meramente contábil, utilizada para identificar os recursos financeiros a serem arrecadados e programar as despesas a serem realizadas, o orçamento público é um documento de natureza eminentemente política, uma vez que concretiza e revela as pretensões de realização e as prioridades e programas de ação da Administração Pública perante a sociedade, conjugando as necessidades e os interesses dos três Poderes, seus órgãos e entidades e seu funcionamento harmônico e interdependente” (ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 281).

³¹ Canela Júnior também comunga deste entendimento: “[...] as políticas públicas desenvolvidas pelo Estado deverão ser direcionadas à realização dos direitos fundamentais, de forma que o orçamento há de ter um conteúdo programático, destinado à formação de receita no futuro, com previsão das despesas necessárias, em um sentido claro de prospecção de recursos” (CANELA JÚNIOR, Osvaldo. O orçamento e a “reserva do possível”: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 230).

Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA), sendo de iniciativa do Poder Executivo e convalidação pelo Poder Legislativo Federal mediante apreciação e aprovação do projeto de lei (art. 166).

Merece destaque a análise do art. 167, *caput*, que versa sobre os créditos adicionais ao aludirem às autorizações de despesas não computadas ou insuficientemente dotadas na Lei de Orçamento. Já o inc. V, do referido artigo, estabelece a vedação à abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes.

Assim, para atingir os objetivos constitucionais, sobretudo os de cunho social, o Estado brasileiro também estabeleceu a arrecadação de tributos da população como uma parte da receita que compõe o orçamento público.

A Carta Magna de 1988 trouxe em seu art. 165, §5º, inc. III, que o orçamento da seguridade social integra a Lei Orçamentária Anual (LOA) e também fixa percentuais mínimos a serem utilizados na saúde, sendo que a União não pode aplicar percentual inferior a 15% da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro (art. 198, §2º, I, CF/88).

Ocorre que reiteradamente a Administração Pública se vê, diante da ausência de recursos na seara da saúde pública, obrigada a fazer escolhas trágicas, especialmente em cenários de calamidades públicas. Destarte, o Poder Judiciário reiteradamente coage o Poder Executivo a efetivar o direito fundamental à saúde, mesmo que em detrimento do orçamento, o que, por conseguinte, ocasiona alterações neste. Ocorre que, em casos cada vez mais frequentes, verifica-se um ativismo judicial que pode ser prejudicial ao atendimento de pleitos coletivos.

Deste modo, mostra-se prudente a participação do Poder Legislativo a fim de demandar créditos adicionais, em casos de escassez orçamentária, pois somente assim será reduzida a ingerência demasiada do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas de saúde. Como reflexo direto, a problemática de ausência de legitimação democrática deste poder será solucionada, tendo em vista a participação ativa do Legislativo na aprovação da verba.³²

Um exemplo notório e recente que ilustra a posição temerária do Judiciário no tocante ao orçamento público é o caso do uso da substância fosfoetanolamina, conhecida, popularmente, como “pílula do câncer”. Em fevereiro de 2016,

³² Arabi e Accioli também prelecionam no mesmo sentido. “Sustenta-se que o cumprimento das obrigações decorrentes de sentenças judiciais, com destaque àquelas que reconhecem o dever de prestar do Estado, tema ora analisado, deve se dar através de créditos especiais. Pois, assim sendo, eliminar-se-ia o problema de legitimidade democrática e da violação da separação dos poderes, já que haveria participação do Poder Legislativo, democraticamente eleito, na aprovação da respectiva verba” (ARABI, Abhner Youssif Mota; ACCIOLI, Ana Carolina dos Santos. *A judicialização das políticas públicas e a escassez orçamentária*. In: ARABI, Abhner Youssif Mota; ALVES, Raquel de Andrade Vieira; GOMES, Marcus Lívio (Coord.). *Direito financeiro e jurisdição constitucional*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 36).

a Universidade de São Paulo (USP) tornou-se ré em cerca de 13 mil processos referentes à substância.

Os juízes, amparados por *fake news* e pelo clamor popular, começaram a deferir milhares de liminares para que a referida universidade fornecesse a substância aos pacientes, ainda que não houvesse estudos científicos conclusivos da eficácia da “medicação”. Alguns juízes arbitraram, inclusive, multa diária pelo não cumprimento da decisão em valores exorbitantes que chegaram até um milhão de reais.³³ Se estivessem amparados pelos analistas de políticas públicas, provavelmente, isto não teria ocorrido.

Em que pese a demora, em 2019, o Supremo Tribunal Federal (STF) se posicionou contrário à obrigação do Estado em fornecer medicamentos experimentais, pacificando a temática. Entretanto, ainda é possível conseguir judicialmente fármacos experimentais em caso de mora irrazoável na apreciação do pedido de registro sanitário, na Anvisa. Para tanto, devem ser preenchidos três requisitos: (I) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras; (II) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; (III) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

Tal decisão foi fundamental sob o ponto de vista orçamentário, a fim de utilizar recursos públicos de forma assertiva, evitando desperdícios e privilegiando toda a coletividade.³⁴

4 Instrumentos para a minimização da judicialização da saúde no Brasil

4.1 Participação democrática na construção de soluções extrajudiciais: *prima ratio*

Na década de 70 ganhou força o movimento de Reforma Sanitária, no Brasil, que visava a reestruturar a saúde pública, a fim de melhorar as condições de vida dos indivíduos. Este movimento contou com a participação de diversos setores, a

³³ O caso da fosfoetanolamina é debatido com profundidade na pesquisa de Bucci – a autora critica os impactos financeiros das decisões tomadas à época (BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. *Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 140).

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 657.718 Minas Gerais. Reclamante: Alcirene de Oliveira. Reclamado: Estado de Minas Gerais. Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, 22 maio 2019. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, n. 117, p. 1-8, 2019.

exemplo da Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva (ABRASC) e o Centro Brasileiro de Estudos de Saúde (CEBES).

Deste modo, o marco da reforma sanitária foi a VIII Conferência Nacional da Saúde, ocorrida em 1986, em Brasília. Em tal evento foi criada a Comissão Nacional de Reforma Sanitária (CNRS) e a Plenária Nacional de Entidades de Saúde, composta por inúmeros setores da sociedade civil (integrantes de movimentos sociais, partidos políticos, órgãos sindicais e profissionais).³⁵

Em momento logo após a Conferência foi instituído o Sistema Unificado e Descentralizado da Saúde (SUDS), por intermédio de convênio do Instituto Nacional da Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) em conjunto com os estados. Tal sistema pode ser considerado um esboço do Sistema Único de Saúde (SUS).³⁶

Observa-se, nesse contexto, que a participação da sociedade civil foi de suma importância na concretização das políticas públicas de saúde. Como consequência surgiu a Lei nº 8.142/1990, a fim de delinear os mecanismos de participação popular na gestão do SUS.

Assim, instituíram-se duas instâncias colegiadas: (1) as Conferências de Saúde, que se reúnem a cada quatro anos e têm por objetivo a participação da comunidade na formulação de políticas públicas e criação de diretrizes e princípios norteadores da saúde; (2) os Conselhos de Saúde, que possuem função estratégica no controle das políticas públicas, inclusive, em questões financeiras, em que há participação de conselheiros de diversos setores (representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais da saúde e usuários).³⁷

Cumprir anotar que os Conselhos de Saúde em muitos locais tornaram-se braços políticos do Poder Executivo e desvirtuaram-se de seus objetivos primordiais. Portanto, faz-se necessário que a sociedade civil promova uma incisiva fiscalização deste órgão, a fim de realmente promover uma ampla participação democrática na gestão do SUS.

Além disso, Defensoria Pública, Ministério Público e o analista de políticas públicas podem auxiliar tanto na fiscalização quanto no suporte técnico e jurídico do SUS. Como consequência, o número de ações judiciais versando sobre saúde tenderá a decair. Cumprir destacar que o presente estudo reconhece as

³⁵ FARIA, Rodrigo Nóbrega. *Direito à saúde & sua judicialização*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 172.

³⁶ Nóbrega relata a importância da VIII Conferência Nacional da Saúde para a estruturação do SUS: "A importância dessa Conferência para o modelo de saúde pública adotada atualmente, no Brasil, é indiscutível, tanto que é conhecida como a Pré-Constituinte da Saúde, pois, a partir desta, as principais propostas sobre estruturação do sistema de saúde foram delineadas, como a universalização, a descentralização e a estatização" (FARIA, Rodrigo Nóbrega. *Direito à saúde & sua judicialização*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 173).

³⁷ FARIA, Rodrigo Nóbrega. *Direito à saúde & sua judicialização*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 176-177.

dificuldades para viabilizar o proposto, porém a recente história já demonstrou as vantagens da participação da sociedade civil na gestão do SUS.

Cumpra, portanto, ao caráter reflexivo-crítico deste artigo salientar a necessidade de se insistir no referido mecanismo extrajudicial. Com a adoção de todos esses esforços, o Poder Judiciário julgará apenas casos de maior complexidade e o orçamento público será menos afetado. Como consequência, mais pessoas serão beneficiadas.

4.2 A coletivização de demandas e sua imprescindibilidade

Quando todos os mecanismos extrajudiciais para correção das políticas públicas deficitárias (casos que envolvem omissão da proteção de um direito fundamental) restarem insuficientes, cabe aos indivíduos, indubitavelmente, ingressarem em juízo. Todavia, a atuação jurisdicional mostra-se muito mais eficiente³⁸ e equitativa³⁹ quando ocorre sob a forma coletiva.

Nesse contexto, no que tange ao direito fundamental à saúde, identifica-se que este é substancialmente um direito coletivo. Entretanto, não se deve negligenciar a tutela individual⁴⁰ em respeito ao disposto no art. 5º, inc. XXXV, da CRFB/1988, bem como a proteção ao mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, consagrados pelos tribunais pátrios.

Importante salientar que a tutela coletiva, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 e os objetivos sociais ali consagrados, ganhou grande notoriedade, pois representou um mecanismo de efetivação constitucional e

³⁸ Quanto à eficiência da atuação coletiva, sustenta Faria: “Indubitavelmente, o debate travado no âmbito de uma ação coletiva é mais propício. A prova será produzida com maior amplitude, envolvendo técnicos com possibilidade de estabelecer uma discussão mais madura no âmbito de toda extensão de uma política pública. Além disso, os efeitos dessa decisão serão *erga omnes*, atingindo a população de forma mais abrangente” (FARIA, Rodrigo Nóbrega. *Direito à saúde & sua judicialização*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 110).

³⁹ Timm defende que o melhor caminho para implementar um direito social quando judicializado é por meio da ação coletiva: “[...] não há justificativa para que o direito dê tratamento diferenciado a pessoas que se encontrem na mesma posição (princípio da igualdade). Por isso, a demanda individual é o pior e mais injusto caminho para a implementação de um direito social. E a ação coletiva é esse mecanismo que permite atingir todas as pessoas que se encontrem na mesma situação tática sem necessidade de recorrer a um sem-número de processos iguais que abarrotam as cortes com discussões idênticas” (TIMM, Luciano Benetti. *Direito à saúde e a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais. Uma perspectiva de direito e economia*. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Org.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 299).

⁴⁰ Nos dizeres de Danielli: “nas ações individuais versando sobre pretensões básicas, ligadas à noção de mínimo existencial (ainda que sem a devida regulamentação pelas políticas públicas), não se pode negar efetividade ao direito perseguido, notadamente por sua íntima correlação com a dignidade da pessoa humana e com os postulados da liberdade fática e da igualdade substancial” (DANIELLI, Ronei. *A judicialização da saúde no Brasil: do viés individualista ao patamar de bem coletivo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 115-116).

infraconstitucional na defesa dos direitos humanos. Ela foi inspirada pelas *class actions*, do direito norte-americano.⁴¹

Entre os instrumentos coletivos estão a ação popular, a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, entre outros. Devido à limitação deste trabalho, optou-se pela análise da ação civil pública, que já foi parcialmente debatida na seção 3.1 da presente investigação. Sabe-se, portanto, que ela representa um dos principais instrumentos na esfera jurisdicional para a concretização do direito à saúde.

Sob o marco legal, cumpre destacar que o referido mecanismo foi consagrado, no plano constitucional, pelo art. 129, inc. III, e instituído na esfera infraconstitucional pelas leis nº 7.347/85 e nº 8.078/90. O legislador buscou, portanto, tutelar os direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos. O rol de legitimados para propor a ação civil pública se encontra disposto no art. 5º da Lei nº 7.347/85, sendo que em matéria de saúde destacam-se o Ministério Público e a Defensoria Pública no manejo deste instrumento, por serem legitimados ativos, conforme já salientado.

Do ponto de vista prático, o referido instrumento pode, por exemplo, discutir a inclusão de um determinado medicamento na Relação de Medicamentos Essenciais (Rename) do Ministério da Saúde. Para tanto é necessário que fique evidenciado o erro da Administração Pública ao não incluir determinada medicação que seja utilizada por um grande contingente de pacientes, bem como tenha eficácia comprovada, seguindo os ditames estabelecidos pelo STF, no Recurso Extraordinário nº 657.718, que foi devidamente apresentado na seção 3.2.

Em síntese, no âmbito da saúde, pode-se concluir, então, que a ação civil pública representa um importante instrumento contramajoritário manejado, em muitos casos, para proteger as minorias ao assegurar a concretização do direito à saúde, por meio da implementação, correção ou adequação de determinada política pública. Entretanto, ainda se faz necessário promover uma ampla discussão no meio jurídico, político, econômico e social acerca da importância do referido instrumento judicial para a promoção de uma macrojustiça,⁴² que não é possível ser alcançada com as ações individuais.

⁴¹ DANIELLI, Ronei. *A judicialização da saúde no Brasil: do viés individualista ao patamar de bem coletivo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 103.

⁴² As investigações de Barcellos corroboram que o número de ações individuais pode ser reduzido com a adoção das ações coletivas: “[...] discussão em sede coletiva ou abstrata favorece a isonomia, evitando as distorções que os processos individuais podem gerar na distribuição de bens dentro da sociedade, já que a solução produzida será aplicável em caráter geral. Por isso mesmo, aliás, e como já se referiu, uma ação coletiva ou abstrata é capaz não apenas de evitar um sem número de demandas individuais, livrando o Judiciário de uma sobrecarga adicional, mas também os próprios Poderes Públicos de responderem a uma quantidade significativa de ações individuais” (BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização*

O que se espera, portanto, não é uma “demonização” das ações individuais que se mostram muito úteis, especialmente, nos casos graves e de urgência, como foi detalhado na seção 3.1 desta investigação. Além disso, é sabido que em muitas comarcas interioranas o membro do *Parquet* ou da Defensoria Pública não encontra um suporte técnico e estrutural necessário para desenvolver uma atuação devidamente estratégica que prime pela atuação coletiva.

Entretanto, nas localidades em que tais instituições são mais estruturadas, especialmente, nas capitais é preciso intensificar o uso dos mecanismos coletivos. A ideia amplamente propagada de que os juízes seriam mais propensos a decidir de forma favorável às ações individuais comparando-se às coletivas, ainda, norteia as práticas das duas instituições mencionadas. Ocorre que uma recente pesquisa⁴³ realizada pelo CNJ e Insuper comprovou que tal pensamento é falacioso. O fato de uma ação ser coletiva, na verdade, aumenta em 7% as probabilidades de sucesso. Portanto, não há motivos para não a utilizar e, dessa forma, “desafogar” o Judiciário brasileiro.

4.3 Licença compulsória e a não prorrogação da patente de medicamentos: qual é a alternativa mais viável?

As patentes são integrantes do sistema de propriedade intelectual de um país. Ocorre que, desde o início da vigência do Acordo *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS) da Organização Mundial do Comércio (OMC), do ano de 1995, todos os países integrantes, incluindo o Brasil, foram obrigados a adotar a proteção de patentes em todos os âmbitos tecnológicos.

Seu escopo consiste em assegurar a propriedade de uma invenção. O monopólio das patentes nos casos das empresas farmacêuticas mostra-se importante para assegurar o interesse no investimento em inovação e pesquisa. Entretanto, a propriedade intelectual, especialmente, de medicamentos não pode ser analisada como um direito absoluto, tendo em vista sua importância política e social.⁴⁴

das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 45).

⁴³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA. *Judicialização da Saúde no Brasil: o perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Brasília: CNJ e INSUPER, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2020. p. 133-134.

⁴⁴ Gonçalves comunga da posição de que a propriedade intelectual pode tornar-se um problema, caso seja considerada um fim em si mesma (GONÇALVES, Rafaella Dias. A extensão do prazo de validade de patentes como uma das causas da judicialização de medicamentos no Brasil. *Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição*, v. 13, n. 1, p. 240-276, fev. 2019. p. 255).

Nesse sentido, a licença compulsória ou popularmente conhecida como “quebra de patente” ganha importância. Tal mecanismo é uma imposição coercitiva estatal em relação ao titular da patente, para fornecê-la contra a vontade deste. Possui previsão internacional na Convenção da União de Paris, bem como no direito interno brasileiro, por meio da Lei de Propriedade Intelectual nº 9.279/96, nos arts. 68 a 74.

Em alusão ao art. 68, do referido diploma normativo, o titular estará sujeito ao licenciamento compulsório quando exercer os direitos da patente de forma abusiva ou praticar abuso do poder econômico,⁴⁵ desde que devidamente comprovado por decisão administrativa ou judicial. Neste contexto, merece destaque uma outra importante hipótese prevista no art. 71 da LPI, conhecida como licença por interesse público.

O referido dispositivo diz que, nos casos de emergência nacional ou interesse público, o Poder Executivo Federal poderá expedir ato para conceder de ofício a licença compulsória, de forma temporária e não exclusiva sem prejuízo aos titulares. O parágrafo único dispõe ainda: “O ato de concessão da licença estabelecerá seu prazo de vigência e a possibilidade de prorrogação”.

Nesse sentido, a matéria ganhou notoriedade nacional, em 2007, tendo em vista a “quebra de patente” do medicamento Efavirenz (utilizado para combater o HIV). O presidente da República à época, por meio do Decreto nº 6.108/2007, argumentou que a referida medicação era de interesse público.

Tal medida foi necessária, pois as negociações entre o governo brasileiro e a empresa multinacional Merck (detentora da patente do medicamento Efavirenz) restaram infrutíferas. A mesma medicação custava cerca de 0,65 dólares por comprimido na Tailândia, enquanto, no Brasil, o custo era de 1,10 dólares por comprimido, evidenciando, portanto, uma forte discrepância de valores.⁴⁶

A referida medida possibilitou ao Brasil comprar ou fabricar a versão genérica da medicação. Estima-se que foi economizado cerca de trinta milhões de reais com o feito logo no primeiro ano de licenciamento.⁴⁷

⁴⁵ Sallienta Ramos: “[...] Resta claro que a licença compulsória da patente decorre de condutas do próprio titular da patente que não se coadunam com os princípios que justificam a concessão de um privilégio legal que lhe assegura direito de exploração exclusiva sobre seu invento. Assim, configurada uma dessas situações, como o exercício abusivo dos direitos decorrentes da patente, poderá um interessado (um concorrente, por exemplo) requerer ao INPI a licença compulsória” (RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 191).

⁴⁶ BHANJI, Shaira. Bullying the boss? Compulsory licensing for antiretroviral drugs in Brazil and Thailand. *Global Health Review*, out. 2011. Disponível em: <http://www.hcs.harvard.edu/hghr/online/bullying-the-boss-compulsory-licensing-for-antiretroviral-drugs-in-brazil-and-thailand/>. Acesso em: 16 set. 2018.

⁴⁷ ANTUNES, Paula Cureau de Bessa. *A patente farmacêutica nos países em desenvolvimento: os efeitos do TRIPS na política brasileira de combate ao HIV*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 90.

Entretanto, observa-se que o mecanismo ainda é pouco utilizado, por causar uma grande indisposição com as indústrias farmacêuticas e afetar interesses políticos e econômicos de determinados grupos. Tal problemática é compreensível, uma vez que a ausência de lucros impede que tais empresas continuem investindo na descoberta de novas medicações. Uma possível saída para conciliar a propriedade intelectual, mas ao mesmo tempo suavizar o impacto orçamentário do governo com a compra de fármacos diz respeito à não concessão da prorrogação das patentes.

Ocorre que, em 1996, quando foi elaborada a Lei de Propriedade Intelectual houve um intenso *lobby* por parte das indústrias farmacêuticas que resultou na redação do art. 40. Este possibilita prorrogar o prazo de patentes caso o Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI) demore mais de 10 anos para analisar um pedido. Deste modo, muitas indústrias farmacêuticas são beneficiadas pela mora do referido órgão que não conta com um número adequado de servidores para fazer a análise em tempo hábil.

Um estudo realizado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) estimou o gasto de cerca de R\$2 bilhões de reais adicionais, para o governo brasileiro, na compra de nove medicamentos essenciais utilizados no tratamento de câncer, AIDS e hepatite C, em virtude da prorrogação da validade das patentes.⁴⁸ Verifica-se, portanto, que se tais medicamentos continuam protegidos mesmo após o prazo legal de 20 anos, o governo fica impossibilitado de comprar fármacos genéricos que são, no mínimo, 35% mais baratos.

Em contrapartida, se o governo consegue utilizar os recursos públicos de forma mais eficaz ao comprar fármacos genéricos e mais baratos, a população mais carente irá recorrer menos ao Judiciário. Portanto, tal medida impactará a redução de ações judiciais de saúde. Cabe, agora, ao Supremo Tribunal Federal enfrentar a questão da constitucionalidade do art. 40 da Lei de Propriedade Intelectual, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.529.

Tal julgamento deve se dar com a maior celeridade possível, especialmente, no contexto econômico, sanitário e político hodierno, ocasionado pela pandemia do Covid-19, a fim de poupar recursos públicos e fazer valer o direito à saúde dos indivíduos.

⁴⁸ Tal pesquisa é fruto de um pedido da Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS e Observatório Nacional de Políticas de AIDS (PARANHOS, Júlia. *Projeto ABIA: extensão de patentes e custos para o SUS*. Disponível em: http://www.abifina.org.br/arquivos/download/parecer_ie_ufrj.pdf. Acesso em: 24 mar. 2020).

5 Conclusão

O presente artigo demonstrou que a judicialização da saúde representa um grande avanço na democratização sanitária brasileira, tendo em vista as inúmeras debilidades por parte da Administração Pública, na formulação e execução das políticas públicas nesse âmbito. Destacam-se, como os maiores problemas, a corrupção, a má gestão e a PEC nº 55/2016 que congelou os gastos públicos na área da saúde, por vinte anos. Como resultado, os indivíduos recorrem mais ao Judiciário para terem seus pleitos satisfeitos.

Entretanto, evidenciou-se que a judicialização excessiva, especialmente, por meio de ações individuais, é prejudicial para o orçamento público, bem como aos interesses da coletividade. O exemplo da fosfoetanolamina, em São Paulo, retrata bem o impacto financeiro das ações individuais e a necessidade de os magistrados contarem com o apoio do analista de políticas públicas, a fim de não decidirem com base em juízos de valor ou *fake news*. Ademais, foi acertada a decisão do STF em vedar a obrigatoriedade do Estado em conceder medicamentos experimentais, sem registro na Anvisa, estabelecendo poucas exceções a tal regra.

Para efetivamente responder à problemática “de que modo é possível minimizar os impactos ocasionados pela crescente judicialização da saúde e ao mesmo tempo resguardar o direito em comento, especialmente, para os mais vulneráveis?”, foram delineados três caminhos. O primeiro deles prima pelo diálogo extrajudicial ao fomentar uma maior participação da sociedade civil nos conselhos de saúde do SUS, bem como a fiscalização de tais órgãos, buscando amparo na Defensoria Pública, no Ministério Público e no analista de políticas públicas.

O segundo caminho, por sua vez, é na esfera judicial, por meio das ações coletivas, especialmente, a ação civil pública. Tal mecanismo é capaz de promover uma maior eficiência e equidade na análise do pleito, se comparado às ações individuais, bem como promover uma macrojustiça ao beneficiar toda uma coletividade, com destaque para as pessoas carentes. Nesse contexto, destacam-se as instituições Defensoria Pública e Ministério Público, como legitimadas ativas a manejar o referido instrumento.

Não se buscou, entretanto, diminuir a importância das ações individuais, mas retratar que a ideia amplamente difundida de que os juízes estão mais propensos a decidir favoravelmente às ações individuais em detrimento das coletivas é falaciosa. O efeito encontrado é justamente o oposto. Portanto, o presente estudo pretende ir além e contribuir com a mudança na forma de atuação das referidas instituições, para que as ações coletivas sejam mais utilizadas. Deste modo, o número de ações judiciais versando sobre saúde decairá, bem como os impactos nefastos no orçamento público.

Já o terceiro caminho se dá por meio da não prorrogação da patente de medicamentos, para que o governo consiga produzir ou comprar medicamentos genéricos de forma mais célere e, conseqüentemente, economizar recursos públicos. Resta ao STF enfrentar o tema, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.529, com a maior brevidade possível, especialmente, no atual contexto de pandemia ocasionada pelo Covid-19.

Assim, com a indicação das soluções apresentadas, o número de ações judiciais versando sobre saúde tende a decrescer, bem como as distorções orçamentárias, ao possibilitar um sistema público de saúde cada vez mais sustentável.

Logo, isso não significa afirmar que apenas as soluções apresentadas serão suficientes para sanar os gargalos apontados, mas certamente contribuirá para sua minimização, tendo em vista todo o esforço argumentativo empreendido ao longo desta investigação, ao assentar-se na pesquisa qualitativa na modalidade bibliográfica com o auxílio de verificação jurisprudencial.

The disharmony of the judicialization of public policies: critical reflections for effecting the right to health in Brazil

Abstract: This study aims to investigate the impacts caused by the judicialization of public health policies in Brazil, from a holistic perspective. In addition, possible solutions will be outlined to safeguard the effectiveness of the right to health. Therefore, the method used was the dialectical approach, based on a dynamic and critical interpretation of reality when understanding the object of this study in its relationship with sociopolitical, legal and economic aspects. The central problem of the research, therefore, consists in answering the following question: How is it possible to minimize the impacts caused by the increasing judicialization of health and at the same time safeguard the right in comment, especially for the most vulnerable?. The results found indicated three paths: (1) the frequent extrajudicial participation of civil society, the Public Defender's Office, the Public Prosecutor and the policy analyst in the management and inspection of the Unified Health System; (2) use of collective actions in a more incisive way, especially the Public Civil Action to enable macro-justice; (3) the end of the possibility of extending the medicines patents. It was concluded that the joint adoption of these measures may reduce the growing number of individual actions, as well as cause fewer distortions in the public budget. Thus, more people will have guaranteed access to health.

Keywords: Judicialization. Right to health. Public budget. Unified Health System. Public policies.

Contents: **1** Introduction – **2** The fundamental right to health and dignity of the human person – **3** The limits of jurisdictional control of public health policies in Brazil – **4** Instruments to minimize the judicialization of health in Brazil – **5** Conclusion – References

Referências

- ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- ANADEP; APADEP. *Apresentando a Defensoria Pública: retrato de uma Instituição em desenvolvimento*. Brasília e São Paulo: Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (ANADEP) e Associação Paulista de Defensores Públicos (APADEP), 2018. Disponível em: <https://www.apadep.org.br/wp-content/uploads/2018/11/book-defensoria-pu%CC%81blica.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2020.
- ANTUNES, Paula Cureau de Bessa. *A patente farmacêutica nos países em desenvolvimento: os efeitos do TRIPS na política brasileira de combate ao HIV*. São Paulo: Atlas, 2015.
- ARABI, Abhner Youssif Mota; ACCIOLI, Ana Carolina dos Santos. A judicialização das políticas públicas e a escassez orçamentária. In: ARABI, Abhner Youssif Mota; ALVES, Raquel de Andrade Vieira; GOMES, Marcus Lívio (Coord.). *Direito financeiro e jurisdição constitucional*. Curitiba: Juruá, 2016.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BHANJI, Shaira. Bullying the boss? Compulsory licensing for antiretroviral drugs in Brazil and Thailand. *Global Health Review*, out. 2011. Disponível em: <http://www.hcs.harvard.edu/hghr/online/bullying-the-boss-compulsory-licensing-for-antiretroviral-drugs-in-brazil-and-thailand/>. Acesso em: 16 set. 2018.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Justiça em números 2017: ano-base 2016*. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 24 jul. 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 mar. 2020.
- BRASIL. *Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994*. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Brasília, DF, jan. 1994.
- BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 mar. 1964. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 23 maio 1964. Col. 1.
- BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Seção 1.
- BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, p. 107, 15 maio 1966. Seção 1.
- BRASIL. Ministério da Saúde. 71% dos brasileiros têm os serviços públicos de saúde como referência. *Governo do Brasil*, Brasília, 2 jun. 2014. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/editoria/saude/2015/06/71-dos-brasileiros-tem-os-servicos-publicos-de-saude-como-referencia>. Acesso em: 24 jul. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.681.690-SP. Recorrente: Fazenda do Estado de São Paulo. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Rel. Min. OG Fernandes. Brasília, 3 maio 2018. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADIN. 3943/DF. Rel. Min. Cármen Lúcia. Brasília, 07 maio 2015. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, p. 1-94, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 639.337. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 23 ago. 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, p. 125-172, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 657.718 Minas Gerais. Reclamante: Alcirene de Oliveira. Reclamado: Estado de Minas Gerais. Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília, 22 maio 2019. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, n. 117, p. 1-8, 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas. *Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. O orçamento e a “reserva do possível”: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA. *Judicialização da Saúde no Brasil: o perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Brasília: CNJ e INSPER, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Catálogo dos projetos premiados*. Brasília: CNMP, 2014.

DANIELLI, Ronei. *A judicialização da saúde no Brasil: do viés individualista ao patamar de bem coletivo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

FARIA, Rodrigo Nóbrega. *Direito à saúde & sua judicialização*. Curitiba: Juruá, 2018.

GOIÁS. Ministério Público de. Medicamentos – CATS. *Portal do Ministério Público do Estado de Goiás*, Goiás. Disponível em: <http://www.mpggo.mp.br/portal/conteudo/medicamentos-cats#.XnwNclhKJIU>. Acesso em: 24 mar. 2020.

GOMES, Carla Marcelino; MOREIRA, Vital. *Compreender os direitos humanos: manual de educação para os direitos humanos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

GONÇALVES, Rafaella Dias. A extensão do prazo de validade de patentes como uma das causas da judicialização de medicamentos no Brasil. *Revista de Propriedade Intelectual – Direito Contemporâneo e Constituição*, v. 13, n. 1, p. 240-276, fev. 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle jurisdicional das políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas públicas no Estado Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013.

LOPES, Luckas Sabioni; TOYOSHIMA, Sílvia Hamuri. Evidências do impacto da corrupção sobre a eficiência das políticas de saúde e educação nos estados brasileiros. *Planejamento e Políticas Públicas*, Brasília, n. 41, p. 199-228, jul./dez. 2013.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Nova Iorque: Assembleia Geral das Nações Unidas, 1948.

ONU. *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*. Nova Iorque: Assembleia Geral das Nações Unidas, 1966.

ONU. *Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Nova Iorque: Assembleia Geral das Nações Unidas, 1966.

PARANHOS, Júlia. *Projeto ABIA: extensão de patentes e custos para o SUS*. Disponível em: http://www.abifina.org.br/arquivos/download/parecer_ie_ufrj.pdf. Acesso em: 24 mar. 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ROSA, Cristina. MP e Estado renovam acordo que garante agilidade no fornecimento de medicamentos de alto custo. *Portal do Ministério Público do Estado de Goiás*, Goiás, 15 dez. 2014. Disponível em: <http://www.mpggo.mp.br/portal/noticia/mp-e-estado-renovam-acordo-que-garante-agilidade-no-fornecimento-de-medicamentos-de-alto-custo#.XnwP9lhKjIU>. Acesso em: 24 mar. 2020.

SANTOS, Maiza. R\$100 bilhões dos investimentos em saúde em 2017 foram desperdiçados. *Correio Brasiliense*, Brasília, 12 de mar. 2018. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2018/03/12/interna-brasil,665393/r-100-bilhoes-dos-investimentos-em-saude-em-2017-foram-desperdicados.shtml>. Acesso em: 26 ago. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 1, p. 1-45, abr. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 22 ago. 2018.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SECCHI, Leonardo. *Análise de políticas públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções*. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

TIMM, Luciano Benetti. Direito a saúde e a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais. Uma perspectiva de direito e economia. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Org.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá. *Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil*. Brasília: Ipea, 2016.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de; SOUZA, Gustavo de Assis. A desarmonia da judicialização das políticas públicas: reflexões críticas para a efetivação do direito à saúde no Brasil. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 14, n. 42, p. 345-372, jan./jun. 2020.

Recebido em: 13.10.2018

Pareceres: 18.04.2019, 27.12.2019, 23.02.2020

Aprovado em: 09.04.2020