

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ

Paulo Sérgio de Oliveira

**ATIVISMO JUDICIAL: A intervenção do poder judiciário
como fonte de garantia de acesso a saúde pública**

Taubaté - SP

2023

Paulo Sérgio De Oliveira

**ATIVISMO JUDICIAL: A intervenção do poder judiciário
como fonte de garantia de acesso a saúde pública**

Trabalho de Conclusão de Graduação para
obtenção do Diploma de Bacharel em Direito
no Curso de Direito do Departamento de
Ciências Jurídicas da Universidade de
Taubaté.

Orientador: Prof. Me. Robson Flores Pinto.

Taubaté - SP

2023

Grupo Especial de Tratamento da Informação - GETI
Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBi
Universidade de Taubaté - UNITAU

O48a Oliveira, Paulo Sérgio de
Ativismo judicial : a intervenção do poder judiciário como fonte de
garantia de acesso a saúde pública / Paulo Sérgio de Oliveira. -- 2023.
62f.

Monografia (graduação) - Universidade de Taubaté, Departamento
de Ciências Jurídicas, 2023.
Orientação: Prof. Me. Robson Flores Pinto, Departamento de
Ciências Jurídicas.

1. Ativismo judicial. 2. Judicialização da saúde. 3. Saúde pública.
I. Universidade de Taubaté. Departamento de Ciências Jurídicas. Curso
de Direito. II. Título.

CDU - 342.1

PAULO SÉRGIO DE OLIVEIRA

**ATIVISMO JUDICIAL: A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO COMO FONTE
DE GARANTIA DE ACESSO A SAÚDE PÚBLICA**

Trabalho de Graduação em Direito apresentado ao Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté, como parte dos requisitos para colação de grau e obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data: _____

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA:

Prof. _____

Universidade de Taubaté

Assinatura: _____

Prof. _____

Universidade de Taubaté

Assinatura: _____

Dedico esse trabalho a minha família, meus amigos, e aqueles que sempre acreditaram em meu potencial.

AGRADECIMENTOS

Em especial aos meus pais por todo o incentivo e ajuda durante esses longos anos, aos meus amigos e demais familiares que também fizeram parte dessa caminhada.

Ao Prof. Me. Robson Flores por ter sido meu orientador e ter desempenhado tal função com dedicação e compreensão, o que tornou possível a conclusão desse trabalho.

*“Com grandes
poderes vêm grandes responsabilidades”*

Stan Lee, 1962.

RESUMO

O presente trabalho não tem como objetivo fazer críticas ao ativismo judicial e as demandas de judicialização da saúde, mas sim, fazer um estudo e conseguir expor as problemáticas e impactos que envolvem o tema. Para concretizar esse objetivo a primeiro momento foi contada a história da saúde pública no Brasil, como foi implantada e se desenvolveu até ser o que encontramos hoje, com essas informações torna-se possível a compreensão dos motivos ensejadores da alta demanda de ações envolvendo saúde pública, bem como, a importância do artigo 196 da Constituição Federal, que é uma das principais ferramentas garantidoras do direito a saúde para população, também, que o referido artigo criou ao estado a obrigação da fomentação da saúde pública, assim, foi dissertado sobre todo o ativismo judicial que cerca o tema, conseqüentemente fazendo um paralelo entre ativismo judicial e judicialização da saúde, explicando do que se trata cada instituto, para assim expor de forma eficaz as problemáticas e impactos que envolvem o assunto em questão.

Palavras chaves: ativismo judicial, judicialização da saúde, saúde pública.

ABSTRACT

The of this work is not to criticize judicial activism and demands for the judicialization of health, but rather to carry out a study and be able to expose the problems and impacts surrounding the topic. To achieve this objective, the history of public health in Brazil was first told, how it was implemented and developed until it is what we find today, with this information it becomes possible to understand the reasons behind the high demand for actions involving public health, as well as all, the judicial activism that surrounds the topic, in this way, a parallel was made between judicial activism and the judicialization of health, explaining what each institute is about, in order to effectively expose the problems and impacts that involve the subject in question.

Keywords: judicial activism, judicialization of health, public health.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O QUE VEM SER POLÍTICAS PÚBLICAS?	10
3 HISTÓRIA DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL	12
3.1 Sistema Único de Saúde	13
3.1.1 <i>Estrutura do SUS</i>	14
3.2 Princípios do Sistema Único de Saúde	15
3.3 Os Benefícios e as Problemáticas que Envolvem o SUS	16
3.4 Ineficiência do Sistema Único de Saúde Como Motivo Ensejador para a Busca da Tutela do Poder Judiciário	17
3.5 O Que Vem a Ser Ativismo Judicial e Judicialização, Voltadas para a Saúde Pública	18
3.5.1 <i>Diferença Entre Judicialização e Ativismo Judicial</i>	19
3.6 Origens do Ativismo Judicial	22
3.6.1 <i>O Ativismo Judicial e a Auto Contenção Judicial</i>	22
3.7 As Problemáticas que Envolvem o Ativismo Judicial e a Judicialização ...	23
3.7.1 <i>Os Riscos Para a Legitimidade Democrática</i>	24
3.7.2 <i>Os Riscos da Politização da Justiça</i>	26
3.7.3 <i>A Capacidade Institucional do Judiciário e Seus Limites</i>	27
3.7.4 <i>A Possibilidade de uma Invasão do Poder Judiciário em Temas que Eventualmente Podem ser dos Poderes Executivo e Legislativo</i>	28
3.8 Riscos Para a Segurança Jurídica	28
3.9 Princípio da Reserva do Possível	29
4 CONSIDERAÇÕES EM RELAÇÃO AS PROBLEMÁTICAS QUE ENVOLVEM O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	32
4.1 As Problemáticas que Envolvem o Ativismo Judicial e a Judicialização, Especificamente Voltadas a Saúde Pública	32
4.2 Elevado Número de Processos Envolvendo Demandas de Saúde no Brasil ..	34
4.3 Impactos Financeiros Causados Pelo Ativismo Judicial e Judicialização, Voltados a Saúde	37
4.4 Responsabilidade Solidária Entre os Entes Federados em Matérias de Saúde	38
4.5 Novo Julgamento do Tema 793	42
5 JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENVOLVENDO DEMANDAS DE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	47
5.1 Julgamento do Tema 500, Referente ao Recurso Extraordinário (RE) 657718	47
5.2 Julgados e Posicionamentos do Supremo Tribunal Federal com Relação a Medicamentos de Alto Custo	51
5.2.1 <i>Julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 566471, Tema 6</i>	52
5.2.2 <i>Julgamento do Reclamação (RCL) 62049</i>	53
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

O tema ativismo judicial: a intervenção do poder judiciário como fonte de garantia de acesso a saúde pública será discutido devido ao enorme valor e relevância social que possui, tendo em vista que ao realizar pesquisas, mesmo que superficiais sobre a temática, nos deparamos com discussões atuais.

Além do mais, quando se trata de saúde pública estamos falando de algo de interesse geral e que atinge a todos, e desta forma, o assunto ganha mais importância ainda quando envolvem decisões judiciais que afetam diretamente o sistema público de saúde, já que na maioria das vezes estas decisões imputam a este sistema uma obrigação de fazer.

A presente análise trará contribuição significativa ao cenário, tendo em vista que existem discussões atuais sobre a aplicação deste instituto, até porquanto, seria inócuo realizar ou tentar debater um tema que é pacificado, algo que com certeza o presente tema não é, neste giro, todo e qualquer estudo que ajude a contribuir com o assunto é de grande apreciação e valia.

Em apertada síntese este trabalho trará uma análise aprofundada sobre o tema supramencionado, devido as problemáticas que o envolvem, e terá o seu roteiro cronológico da seguinte forma: a primeiro momento contará de forma aprofundada a história de saúde pública no brasil, como começou, e se desenvolveu até ser o que existe hoje.

Por seguinte, se torna necessário discorrer sobre as problemáticas que envolvem o sistema, tendo por objetivo especificar quais são estes problemas, bem como a sua motivação, e desta forma deixar claro os motivos que tornaram este sistema falho, que é a causa motivadora para que alguém que não conseguiu acesso a saúde por vias administrativas recorra ao poder judiciário.

2 O QUE VEM SER POLÍTICAS PÚBLICAS?

Quando observamos o presente tema “ativismo judicial: a intervenção do poder judiciário como fonte de acesso a saúde pública”, a primeiro momento devemos informar que trataremos saúde pública em seu sentido amplo, compreendendo por exemplo, procedimentos médicos, fornecimento de remédios, ou qualquer outro serviço oferecido pelo sistema único de saúde.

Todavia, antes de falar especificamente da saúde pública, é necessário a primeiro momento entender o quem vem a ser políticas públicas, e como este fato se desenvolveu no estado brasileiro, até ser o que encontramos hoje.

Desta forma para entendermos tal fato usaremos os ensinamentos de Maria das Graças Rua, que coloca:

As políticas públicas (*polícies*), por sua vez, são outputs, resultantes da atividades política (*politics*) : compreendem o conjunto das decisões e ações relativas à alocação imperativa de valores. Nesse sentido é necessário distinguir entre política pública e decisão política. Uma política pública geralmente envolve mais do que uma decisão e requer diversas ações estrategicamente selecionadas para implementar as decisões tomadas. Já uma decisão política corresponde a uma escolha dentre um leque de alternativas, conforme a hierarquia das preferências dos atores envolvidos, expressando - em maior ou menor grau - uma certa adequação entre os fins pretendidos e os meios disponíveis. Assim, embora uma política pública implique decisão política, nem toda decisão política chega a constituir uma política pública. Um exemplo encontra-se na emenda constitucional para reeleição presidencial, Trata-se de uma decisão, mas não de uma política pública. Já a privatização de estatais ou a reforma agrária são políticas públicas.¹

Com base nestes ensinamentos podemos entender que as políticas públicas são consequências das decisões políticas, e se concretizam através da realização destas decisões tomadas, ou seja, a primeiro momento existe a ideia de fazer algo, depois esta ideia passa por todo um processo de discussão e debate, e após isto, se for decidido pela implementação seguido da concretização efetiva desta ideia nasce a política pública, que visa resolver problemas que podemos encontrar na sociedade, neste mesmo sentido podemos citar que a reforma agrária é uma política pública conforme supra mencionado.

¹ RUA, Maria das Graças. **Análise de Políticas Públicas: Conceitos Básicos.** Disponível em: <https://www.univali.br/pos/mestrado/mestrado-em-gestao-de-politicas-publicas/processo-seletivo/SiteAssets/Paginas/default/RUA.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2023.

Então, parafraseando a autora Rúa podemos compreender política pública como resultado concreto de uma decisão política, que foi criada para satisfazer alguma demanda da sociedade.

Desta forma, o assunto está diretamente ligado à saúde pública, que nada mais é do que uma necessidade da sociedade, que dentre os artefatos para sua satisfação é compreendido o SUS uma das maiores políticas públicas voltadas à saúde que podemos encontrar no mundo, assim, passaremos a analisar o próximo assunto necessário para a compreensão do que seria a saúde pública nos dias de hoje.

3 HISTÓRIA DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

Conforme mencionado, a primeiro momento foi necessário entender o que vem a ser políticas públicas, para neste ponto já ser perceptível que a saúde pública é uma de suas causas, agora entrando cada vez mais a fundo no tema do presente trabalho, será contado, de forma sintética um pouco da história da saúde pública no Brasil.

Neste ponto será usado como fonte as informações que estão disponíveis no endereço eletrônico da FUNASA²³ (Fundação Nacional de Saúde), que dão conta que a história da saúde pública no Brasil desde a época da instalação das colônias portuguesas até a década de 1930, sofreram diversas reorganizações, e edições de muitas normas, de modo que com o passar do tempo tal assunto era alvo de diversas modificações constantes, contudo, após 1931 surgiram os motivos ensejadores, a exemplo da criação de diversos órgãos para controles de doenças, para que no ano de 1991 fosse criada a FUNASA (Fundação Nacional de Saúde).

No que se refere ao Sistema único de saúde, este começou a surgir com o movimento de redemocratização do Brasil, devido as ideias pela reforma da sociedade brasileira quando alguns sanitaristas começaram a ocupar postos de relevância perante o Estado, a democratização da saúde ficou fortalecida, devido ao movimento pela reforma sanitária, tendo suas ideias organizadas na conferência nacional da saúde em 1986 conferência esta que ensejou os fundamentos para a criação do SUS⁴.

Desta forma, o movimento social por fim fixou-se de forma efetiva com o que encontramos hoje devido a promulgação da Constituição Federal de 1988, tendo

² A Fundação Nacional de Saúde (Funasa) é uma fundação pública federal, vinculada ao Ministério da Saúde do Brasil. Surgiu com o Decreto nº 100, de 16 de abril de 1991, autorizado pelo Art. 14, da Lei nº 8.029, de 12 de Abril de 1990, como resultado da fusão de vários segmentos da área de saúde, entre os quais a Fundação Serviços de Saúde Pública (Fsesp) e a Superintendência de Campanhas de Saúde Pública (Sucam), duas entidades de notável tradição e projeção internacional, orgulho do serviço público brasileiro, que contam com uma bela folha de serviços construída em todo território nacional, além da Secretaria Nacional de Ações Básicas de Saúde (Snabs) e da Secretaria Nacional de Programas Especiais de Saúde (Snpes).

³ FUNASA (Fundação Nacional de Saúde). **Cronologia Histórica da Saúde Pública**. Disponível em: <http://www.funasa.gov.br/cronologia-historica-da-saude-publica>. Acesso em 01 abr. 2023.

⁴ O **Sistema Único de Saúde (SUS)** é um dos maiores e mais complexos sistemas de saúde pública do mundo, abrangendo desde o simples atendimento para avaliação da pressão arterial, por meio da Atenção Primária, até o transplante de órgãos, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país. Com a sua criação, o SUS proporcionou o acesso universal ao sistema público de saúde, sem discriminação. A atenção integral à saúde, e não somente aos cuidados assistenciais, passou a ser um direito de todos os brasileiros, desde a gestação e por toda a vida, com foco na saúde com qualidade de vida, visando a prevenção e a promoção da saúde.

como base a luta pré-existente pelos direitos sociais, neste ponto com as inovações que trouxe a Carta Magna onde declarou o Brasil estado democrático de Direito, bem como fixou os direitos fundamentais e sociais dos brasileiros ou que no Brasil estiver, e neste giro promulgou a saúde como sendo direito universal.

Pode-se dizer que o que encontramos hoje referente a saúde pública no Brasil se deve ao texto Constitucional que determina que o fornecimento ao acesso a saúde pública é dever do Estado conforme dispõe a Constituição Federal em seu artigo 196:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação⁵

Sendo assim, quando o estado passou a ter o dever de garantir a todos o direito de acesso a saúde foi criado o SUS (sistema único de saúde) que passou a atender todos de igual forma.

De acordo com o endereço eletrônico do Governo Brasileiro⁶ antes da promulgação da Constituição Federal colocar a saúde como direito de todos, o Estado somente atendia trabalhadores vinculados a previdência social, o restante da população teria que se socorrer aos cuidados de saúde de forma paga, ou ainda alguma instituição filantrópica, hoje a lei coloca que a saúde é dever de todos os entes da federação.

3.1 Sistema Único de Saúde

Neste ponto entraremos mais especificamente no que vem a ser o SUS, e para isso usaremos como fonte a história que é colocada pelo próprio Ministério da Saúde⁷ disponível em seu endereço eletrônico, e assim podemos entender que o SUS é um dos maiores sistemas de saúde pública do mundo, que conta com a disponibilização dos mais diversos serviços, seja qual for a sua especificidade ou grau de dificuldade, com acesso de forma totalmente gratuita, para todas as pessoas

⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 02 abr. 2023

⁶ BRASIL. GOV.BR. **Constituição Federal reconhece saúde como direito fundamental**. 2018.

Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/constituicao-30-anos/textos/constituicao-federal-reconhece-saude-como-direito-fundamental>. Acesso em: 01 abr. 2023.

⁷ BRASIL. GOV.BR. **Sistema Único de Saúde: Estrutura, Princípios e Como Funciona**. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/s/sus>. Acesso em: 04 abr. 2023.

que se encontram no Brasil independente de sua nacionalidade, ou seja, o sistema abrange desde os brasileiros natos, naturalizados, bem como eventuais pessoas estrangeiras que aqui estejam, mas necessitem do auxílio.

Importante frisar que em se tratando do SUS os entes da federação quais sejam a União, Estados, Municípios e o Distrito Federal possuem o que é chamada de gestão solidaria e participativa.

O sistema teve a sua criação basicamente com a Constituição Federal de 1988, devido a quando esta foi promulgada colocou como obrigação do Estado (neste ponto Estado se trata do Estado brasileiro) a fomentação da saúde, a partir deste ponto a população de uma forma em geral passou a ter acesso a saúde de forma gratuita, sendo que antes da Constituinte de 88 somente trabalhadores que contribuía para a previdência social tinham acesso a tal serviço.

3.1.1 Estrutura do SUS

Neste ponto trataremos da estrutura do referido sistema, que segundo o portal eletrônico do Ministério da Saúde⁸ se divide em três partes, o ministério da saúde, secretaria estadual de saúde (SES) e por fim a secretaria municipal de saúde (SMS).

No que tange o Ministério da Saúde nos da uma ideia de hierarquia, tendo em vista que é de sua competência a gerência do sistema em um campo nacional, onde dispõe de compatibilidade com o Conselho Nacional de Saúde, sendo que fazem parte de sua estrutura a Fiocruz⁹¹⁰, Funasa¹¹, Anvisa, ANS¹², Hemobrás¹³¹⁴, Inca¹⁵¹⁶, Into¹⁷¹⁸ e oito hospitais federais.

⁸ Idem.

⁹ É uma fundação que tem como objetivo promover a saúde e o desenvolvimento social, gerar e difundir conhecimento científico e tecnológico, ser um agente da cidadania. Estes são os conceitos que pautam a atuação da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), vinculada ao Ministério da Saúde, a mais destacada instituição de ciência e tecnologia em saúde da América Latina.

¹⁰ FIOCRUZ. Fundação Oswaldo Cruz: uma instituição a serviço da vida. **A Fundação**. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/fundacao>. Acesso em: 13 ago. 2023.

¹¹ FUNASA. Fundação Nacional de Saúde (FUNASA). Disponível em: <http://www.funasa.gov.br/a-funasa1>. Acesso em: 13 ago. 2023.

¹² A ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar) foi criada em 2000 pela Lei nº. 9.961 como órgão vinculado ao Ministério da Saúde. Tem a responsabilidade de normatizar e controlar todas as atividades que envolvem o setor de Planos de Saúde no Brasil.

¹³ A Hemobrás é uma empresa pública com a missão de pesquisar, desenvolver e produzir medicamentos hemoderivados e biotecnológicos para atender prioritariamente ao Sistema Único de Saúde (SUS). A Hemobrás, vinculada ao Ministério da Saúde, é uma indústria farmacêutica da mais alta relevância para o país. Insere o Brasil em posição de vanguarda na indústria farmacêutica mundial, contribuindo diretamente para a redução da dependência externa e levando qualidade de vida para milhares de pessoas em todo o país.

Em relação a Secretaria Estadual de Saúde, obviamente dispõe sobre procedimentos de saúde, contudo, o seu apoio é prestado aos municípios, e articula com o Conselho Estadual de Saúde.

Por fim temos a Secretaria Municipal de Saúde, que dispõe sobre serviços no âmbito dos municípios, articula com o conselho municipal e a esfera estadual para dispor sobre o plano municipal de saúde.

No que se refere a estrutura do SUS é necessário falar sobre os seus conselhos, o Ministério da Saúde coloca que os Conselhos no seu devido campo de atuação seja no âmbito da União, Estados-membros, Municípios e o Distrito Federal possuem caráter permanente e deliberativo, e são compostos por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários que tem a função de implementar estratégias de saúde, que por final as decisões destes Conselhos tem que ter a homologação do Chefe do Executivo de cada órgão. No âmbito da União o Presidente da República, no que se refere aos Estados-membros os seus respectivos Governadores e por fim nos Municípios os devidos Prefeitos.

Por fim, a cada Conselho cabe definir os seus membros, contudo, respeitando as seguintes porcentagens de distribuição 50% de entidades e movimentos representativos de usuários; 25% de entidades representativas dos trabalhadores da área de saúde e 25% de representação de governo e prestadores de serviços privados conveniados, ou sem fins lucrativos.

3.2 Princípios do Sistema Único de Saúde

No que se refere a princípios deste sistema segundo o próprio Ministério da Saúde podemos citar o princípio da universalização, equidade e integridade.

¹⁴ HEMOBRÁS. **Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia**. Disponível em: <https://hemobras.gov.br/>. Acesso em: 13 ago. 2023.

¹⁵ INCA. Instituto Nacional de Câncer. **Institucional**. Disponível em: <https://www.gov.br/inca/pt-br/aceso-a-informacao/institucional>. Acesso em: 13 ago. 2023.

¹⁶ O INCA é o órgão auxiliar do Ministério da Saúde no desenvolvimento e coordenação das ações integradas para a prevenção e o controle do câncer no Brasil.

¹⁷ O Instituto Nacional de Traumatologia e Ortopedia Jamil Haddad (Into) é um órgão da administração direta do Ministério da Saúde, referência no país para tratamento cirúrgico ortopédico de alta complexidade, destinado a atender exclusivamente aos pacientes do SUS. O Into é atualmente o único hospital brasileiro a integrar a *International Society of Orthopaedic Centers* (ISOC), que congrega os 19 melhores centros de ortopedia no mundo.

¹⁸ INTO. Instituto Nacional de Traumatologia e Ortopedia. **Apresentação**. Disponível em: <https://www.into.saude.gov.br/institucional/apresentacao>. Acesso em 13 ago. 2023.

Em relação ao princípio da equidade segundo o endereço eletrônico da Fiocruz¹⁹ podemos entender que o SUS atende a todos de forma igual, ou seja, todos brasileiros ou estrangeiros possuem acesso ao sistema igualmente, sem sofrer distinções ou ordem de preferência por qualquer natureza.

Já no tocante ao princípio da equidade segundo a definição trazida pelo UNASUS²⁰ podemos entender que não presume o atendimento igual para todos, mas sim, o atendimento necessário para cada pessoa em determinado momento, ou seja, a equidade nos dá uma ideia de tratar de formas diferentes para tratar melhor.

Por fim, temos o princípio da integridade que segundo o Ministério da Saúde dispõe que o sistema observa as pessoas como um todo, e fornece tratamentos de uma forma geral, seja qual for a demanda pretendida pelo cidadão, este princípio seria o responsável por fazer com que o sistema trabalhe com integração a outras políticas públicas, deste modo, traz uma atuação multifuncional que assim atenderia o cidadão da melhor forma possível.

3.3 Os Benefícios e as Problemáticas que Envolvem o SUS

Conforme retro mencionado o SUS é um sistema de saúde maravilhoso sendo um dos maiores e melhores sistemas de saúde do mundo, fornecendo a quem precisa os determinados tratamentos e suplementos dos mais variados. Na teoria o sistema é perfeito, contudo, a sua funcionalidade, por diversos motivos resta prejudicado.

Quando realizadas pesquisas seja onde for é possível facilmente se observar que é corriqueiro que o sistema muitas das vezes deixa de atender quem precisa, ou até mesmo queda-se de fornecer remédios as pessoas.

No endereço eletrônico da AMB²¹ (Associação Médica Brasileira) consta um texto em que é colocado que segundo estudo realizado pelos economistas do Banco Mundial, de toda a verba empenhada no SUS cerca de 30% é mal usada.

¹⁹ FIOCRUZ. Fundação Oswaldo Cruz. **Universalidade**. Disponível em: <https://pensesus.fiocruz.br/universalidade> Acesso em: 08 abr. 2023.

²⁰ UNASUS. **Você Sabe o que é Equidade?** Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/voce-sabe-o-que-e-equidade>. Acesso em: 08 abr. 2023.

²¹ A AMB – Associação Médica Brasileira é uma sociedade sem fins lucrativos. Foi fundada há mais de 70 anos, em janeiro de 1951, pelo Dr. Jairo de Almeida Ramos. Sua missão, desde sempre, foi a de defender a dignidade profissional do médico e a assistência de qualidade à saúde da população. E estes são os princípios que regem hoje a Nova AMB. A AMB congrega 27 Federadas e 54 Sociedades de Especialidades e conta com mais de 40 mil associados em todo o país. Desde 1958 é responsável

Segundo texto disponibilizado pela ANAHP²³²⁴ (Associação Nacional de Hospitais Privados) é informado que segundo estudo feito pela COPPEAD UF/RJ o desperdício causado pela má gestão no SUS causa cerca de 54% de ineficiência em se tratando de Brasil como um todo, e a situação piora quando se trata de cirurgias por exemplo, que o referido estudo trata como atenção secundária e terciária, a ineficiência chega a 74% devido a má gestão, sendo a média total de ineficiência de 50% considerando o sistema como um todo, bem como todos os procedimentos fornecidos por ele.

Conforme retro mencionado neste subtópico uma das causas da ineficiência do SUS é sua má gestão, porém, não é a única, no mesmo estudo realizado pela ANAHP também é apontado como causas de ineficiência a corrupção, incompetência ou até mesmo negligência de seus gestores.

3.4 Ineficiência do Sistema Único de Saúde Como Motivo Ensejador para a Busca da Tutela do Poder Judiciário

Por todas as informações já apresentadas no que se refere a ineficiência do Sistema Único de Saúde podemos tirar a conclusão que a população sofre diretamente com tal fato, tendo em vista que em pesquisas, ou até mesmo o que se ouve dizer é que não é novidade pessoas que precisam de algum procedimento de saúde ou de algum remédio mas que não conseguem, desta forma, podemos concluir devido ao supramencionado, que esta ineficiência do SUS afeta diretamente a população.

A população por sua vez quando busca pela saúde pública através do SUS e não obtêm êxito, e as vias administrativas não são satisfatórias, não se veem com outra alternativa que não seja a procura pelo Poder Judiciário para enfim ter acesso ao que lhe é de direito.

pela certificação do título de especialista e área de atuação médica, concedidos aos médicos aprovados em rigorosas avaliações teóricas e práticas.

²² AMB. Associação Médica Brasileira. **Estudo do Banco Mundial Aponta que SUS tem 30% de Gasto Ineficiente.** Disponível em: <https://amb.org.br/brasil-urgente/estudo-do-banco-mundial-aponta-que-sus-tem-30-de-gasto-ineficiente>. Acesso em: 09 abr. 2023.

²³ A Anahp oferece serviços e produtos focados nas necessidades dos hospitais, seja inteligência para administração, por meio de indicadores exclusivos, ou embasamento para o dia a dia por meio de grupos de trabalho, eventos e publicações.

²⁴ ANAHP. Associação Nacional de Hospitais Privados. **Aos 30 anos SUS precisa de mais eficiência e renovação.** Disponível em: <https://www.anahp.com.br/noticias/aos-30-anos-sus-precisa-de-mais-eficiencia-e-renovacao/>. Acesso em: 09 abr. 2023.

Desta forma, considerando todo o exposto, pode-se afirmar que embora o SUS seja um dos melhores sistemas de saúde gratuita que existe no mundo, porém, devido a sua má gestão, investimentos feitos de formas erradas, ou até mesmo corrupção por parte de seus administradores, estes fatos tornam este sistema ineficaz, e desta forma em certos momentos o Estado deixa de fornecer o acesso a saúde para a população, algo que é seu dever, conforme estipulado na Carta Magna de 88, ou seja, neste contexto existe pela lei uma obrigação do Estado em fornecer a população o acesso a saúde, o que muita das vezes não acontece, e desta forma, para a população que precisa deste acesso, a única saída que resta é a busca do Poder Judiciário, para que através deste, o Estado seja obrigado a fornecer aquilo que já é sua obrigação.

3.5 O Que Vem a ser Ativismo Judicial e Judicialização, Voltadas Para a Saúde Pública

Neste ponto contaremos um pouco sobre a história da intervenção judicial na saúde pública ou também como é chamada por alguns doutrinadores como Engelk e Costa²⁵ judicialização da saúde.

Segundo o ministro do STF Luiz Roberto Barroso²⁶ o avanço constitucional de matérias que em tese seriam do poder legislativo e judiciário, se deram após a segunda guerra mundial e tiveram como motivação o voto popular, O Ministro ainda cita o exemplo a corte internacional da Turquia que desempenha papel relevante na preservação de um estado laico, ou na Coreia do Sul quando a corte constitucional restituiu o mandato do presidente que sofreu impeachment, esses casos demonstrariam a linha tênue entre política e justiça no mundo contemporâneo. E no Brasil seria um caso especial, devido a cada país possuir a suas características próprias, o que faz com que cada país tenha uma judicialização diferente.

O ministro define judicialização como:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo

²⁵ ENGELKE, Claudio Ruiz; COSTA, José Ricardo Caetano. **O Judiciário Brasileiro e a Intervenção nas Políticas Públicas de Saúde**. 2017. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistadssps/article/view/2492/pdf>. Acesso em: 15 abr. 2023.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em 15 abr. 2023

– em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade²⁷

Neste contexto podemos entender que a judicialização da Saúde Pública ocorre quando o órgão responsável pela sua gerência se omite e o Poder Judiciário intervém, que na maioria dos casos é para impor alguma obrigação de fazer.

Segundo o Ministro as causas para a judicialização seriam a redemocratização do País, com a promulgação da Constituição de 1988, que fez com que o judiciário se tornasse uma força Política, a segunda causa seria a chamada constitucionalização abrangente que trouxe para a Constituição novas matérias que antes não eram de suas competências.²⁸

Este ponto se torna extremamente relevante, tendo em vista que a partir do momento que uma matéria está amparada pela Constituição Federal e que porventura a Constituição abriga um direito, neste momento, o titular deste direito pode procurar a via judicial para ter acesso garantido, neste caso, se encaixa o direito a saúde, a partir do momento que a Constituição coloca que a saúde é direito de todos e dever do estado, automaticamente, ela criou um direito, e a possibilidade do seu titular em procurar o via judicial caso seja preciso.

E a última causa segundo Barroso seria o sistema brasileiro de constitucionalidade, que permite que qualquer matéria seja levada ao poder judiciário.²⁹

3.5.1 Diferença Entre Judicialização e Ativismo Judicial

Embora sejam muito parecidos e alguns autores conforme já citado o tratem como sendo a mesma coisa, para Barroso³⁰, existem diferenças entre judicialização e ativismo judicial, senão vejamos:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era

²⁷ Idem.

²⁸ Idem.

²⁹ Idem.

³⁰ Idem.

o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.³¹

Pelo exposto podemos parafrasear o entendimento do Ministro da seguinte forma, a judicialização seria algo mais introvertido, consistiria na decisão do Poder Judiciário somente quando provocado, tendo em vista que o titular de algum direito tenha buscado a tutela do poder judiciário para resolver alguma demanda, pensamos da seguinte forma, se a constituição federal dispõe que a saúde é direito de todos, e dever do estado, quando o cidadão ajuíza uma ação na busca por esse direito, e o poder judiciário efetua uma decisão, existe uma linha de normalidade, tendo em vista que o judiciário está decidindo uma lide, mediante provocação, de um cidadão que buscava a tutela do poder judiciário, desta forma, pode-se entender que a judicialização segundo o Ministro, possui uma linha de normalidade, algo que o poder judiciário não extrapola as suas funções, uma decisão sobre um direito posto.

Já o ativismo judicial, o Ministro entende como sendo algo que tem o comportamento mais ativo, apesar da ação do poder judiciário também poder ocorrer quando provocado, o ativismo se configuraria por um comportamento mais positivo, a exemplo podemos citar quando o Supremo Tribunal Federal fixa um entendimento sobre determinada matéria que ainda necessita de regulamentação: senão vejamos:

A judicialização e o ativismo são traços marcantes na paisagem jurídica brasileira dos últimos anos. Embora próximos, são fenômenos distintos. A judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte. O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, bypassar o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias.³²

De uma forma concisa, a título de exemplificação no que se refere a diferença entre Ativismo Judicial e Judicialização, um exemplo de judicialização da saúde

³¹ Idem.

³² Idem.

podemos citar uma pessoa que possui a necessidade de um medicamento, e embora já tenha tentado recorrer por vias administrativas aos órgãos competentes não conseguiu, e assim leva esta demanda ao poder judiciário, para que este obrigue o estado a fornecer este medicamento, já em se tratando de ativismo judicial podemos citar o julgado 793 do STF³³ onde foi decidido pelo Supremo Tribunal a responsabilidade solidaria dos entes federados pelo dever de prestar assistência a saúde, nesta mesma esteira temos a questão que é objeto do Recurso Extraordinário (RE) 1366243, que, por unanimidade, teve repercussão geral reconhecida no Plenário Virtual (Tema 1.234)³⁴ onde o Supremo Tribunal Federal (STF) irá decidir se a União é responsável solidária em ações contra governos estaduais pedindo o fornecimento de medicamentos registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), mas não integram a lista padronizada do Sistema Único de Saúde (SUS), importante ressaltar que essas decisões do STF serão amplamente discutidas em momento pertinente, mais a frente no presente trabalho.

Desta forma podemos entender que enquanto a judicialização da saúde acontece quando por exemplo um magistrado de primeiro grau, com base em uma norma posta decide que o estado tem que fornecer algum procedimento de saúde a um cidadão que ingressou com uma ação judicial, por sua vez o ativismo judicial acontece quando por exemplo o STF interpreta uma norma, dando um entendimento, com isso trazendo uma novidade, através de um comportamento positivo sobre algo, e que isso terá que ser seguido por todo o Judiciário em efeito vinculante, ou cascata.

Contudo, há também quem não enxerga diferença entre judicialização e ativismo judicial, tratando-os como iguais, conforme doutrinadores supracitados como Engelk e Costa.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 793**. Recurso Extraordinário 855178 - Relator: Min Luiz Fux Disponível em: https://www.tjpe.jus.br/web/vice-presidencia/nugep/noticias/-/asset_publisher/ycFvOoAr1XZ2/content/tema-793-stf-definir-a-responsabilidade-solidaria-dos-entes-federados-pelo-dever-de-prestar-assistencia-a-saude-?inheritRedirect=false. Acesso em: 19 jun. 2023

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema. 1.234**. Recurso Extraordinário 1366243. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=495030&ori=1>. Acesso em: 19 jun. 2023;

3.6 Origens do Ativismo Judicial

Prosseguindo com o fito da melhor compreensão possível do assunto, importante se falar da origem do Ativismo Judicial, para tal continuaremos parafraseando Barroso³⁵ Ministro do STF que em seu artigo sobre Judicialização, Ativismo Judicial e legitimidade democrática, conta que o Ativismo Judicial possui origem na jurisprudência norte-americana, que a primeiro momento era de natureza conservadora, e foi nesta atuação mais impositiva da Suprema Corte Norte América que pode-se denotar o ativismo judicial, em suma podemos observar que quando se tratada de ativismo judicial as definições que mais são usadas se referem a “um comportamento mais impositivo.”³⁶

Nesta esteira a caracterização e efetivação do ativismo judicial se dá segundo Elival Silva Ramos³⁷ no modo de atuação do exercício da função Jurisdicional que é atribuída ao poder Judiciário.

3.6.1 O Ativismo Judicial e a Auto Contenção Judicial

Se de um lado temos o Ativismo Judicial, caracterizado por um comportamento positivo, em uma matéria que ainda pode não ter uma disposição legal onde o judiciário tenta abranger o campo de atuação de uma norma jurídica, ou até mesmo o poder judiciário intervindo em matérias que em tese seriam de competências dos outros poderes quais sejam executivo e legislativo, onde o Judiciário atua, de forma impositiva, temos que citar o que Barroso³⁸ define como sendo o oposto de ativismo judicial, ou seja, a Auto Contenção Judicial que seria a conduta que o poder judiciário buscaria formas de não intervir nas ações de outros poderes mediante algumas atitudes, senão vejamos:

juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos

³⁵ BARROSO, Luís Roberto, op. cit. loc. cit.

³⁶ Idem.

³⁷ RAMOS, Elival Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Livro. (1 recurso online). ISBN 9788502622289. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502622289>. Acesso em: 20 jun. 2023.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto, op. cit. loc. cit.

normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.³⁹

Conforme texto exposto, na Auto contenção Judicial o Judiciário vai aplicar a norma da forma mais simples possível, buscando não adentrar em esferas de outros poderes, bem como, busca-se a máximo evitar empreender entendimentos ou complementos sobre alguma norma, mas sim, aplicar decisões com as normas que já existem, e que não necessitam de uma maior interpretação quanto ao seu conteúdo, existindo assim, somente um encaixe no caso concreto, e se por ventura, se deparar com alguma norma que embora possa ser aplicada, mas que ainda depende de alguma legislação complementar, esta norma não seria utilizada até que fosse elaborada por parte dos legisladores uma lei que a regulasse, não sendo preciso que juízes dessem entendimento a esta norma, vale enfatizar que até a promulgação da Constituinte de 1988 esta era a ideia central do Judiciário.

3.7 As Problemáticas que Envolvem o Ativismo Judicial e a Judicialização

Em uma análise superficial sobre o tema pode-se ter uma ideia de que poder judiciário “obrigando” o estado a fornecer o acesso a saúde para quem precisa, seja em toda sua plenitude boa, porém, existem discussão sobre o Ativismo Judicial e a Judicialização devido aos impactos que estas decisões causariam, e até mesmo os limites para o seu exercício.

Antes de falar especificamente sobre o ativismo judicial e a judicialização voltadas ou sendo exercidas em face da saúde pública, se torna necessário falar das problemáticas de uma forma em geral, tendo em vista que este assunto é discutido não somente na esfera da saúde pública, mas sim em todo campo do direito, não com o fito de fugir do presente temam que obviamente é voltado para a saúde pública, mas somente com o objetivo de demonstrar ainda mais a relevância do assunto, neste ponto, serão expostas essas problemáticas consideradas com mais relevância de uma forma geral.

³⁹ Idem.

3.7.1 Os Riscos Para a Legitimidade Democrática

Para Barroso⁴⁰ existem problemáticas sobre o tema que se tratam dos riscos para a legitimidade democrática, tendo em vista que o Ativismo Judicial pode até suprimir a vontade popular.

Senão vejamos, a população de uma forma geral cumprindo o seu dever, comparece as urnas e vota em quem deseja que sejam os seus representantes, neste âmbito podemos citar prefeitos, vereadores, deputados senadores e presidente, que por sua vez vão trabalhar com as elaborações das leis, leis essas que podem sofrer com o Ativismo Judicial, sendo declaradas inconstitucionais, por exemplo, ou mesmo que não sejam declaradas inconstitucionais podem sofrer alterações por parte do poder Judiciário, desta forma, o ativismo judicial poderia ocasionar uma invasão do poder judiciário no poder legislativo, bem se sabe que o poder judiciário pode exercer um controle sobre normas que por ventura venham a ser criadas pelo poder legislativo, a título de exemplo podemos citar o Supremo Tribunal Federal que é guardião da Constituição, e cabe a ele o controle de constitucionalidade das normas, ou seja, o STF pode aplicar entendimentos a alguma norma já existente ou até mesmo a inconstitucionalidade de norma criada pelo legislativo.

Nesta esteira, em se tratando de riscos para a legitimidade democrática, ou até mesmo uma invasão de competências entre os poderes legislativos e judiciário, podemos citar um assunto atual que esta em discussão na Suprema corte como a “descriminalização” da posse de drogas para o uso pessoal. Como bem se sabe até o momento a posse de drogas para consumo pessoal é um ato ilícito, previsto no artigo 28 da lei 11.343/2006 (lei de drogas), conforme o texto a seguir “Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas”, desde já, cumpre salientar que não será discutido neste trabalho o mérito da “descriminalização” da posse de drogas, se isso seria correto ou não, o fito de usar este assunto, a primeiro momento é a sua atualidade, tendo em vista que a discussão está ocorrendo neste momento na Suprema Corte, não obstante, este tema será usado para exemplificar um

⁴⁰ Idem.

comportamento ativista, e desta forma, discutir os impactos que isso poderia ocasionar, também conforme já foi dito neste capítulo serão colocadas situações de ativismo e judicialização de uma forma geral, para somente depois adentrar nos casos específicos de saúde pública, ou seja, a exposição deste assunto é exclusivo para falar sobre os riscos para a legitimidade democrática.

Pois bem, quando observamos o disposto no artigo 28 da lei de drogas, podemos observar que esta lei está vigente desde 2006, contudo, segundo informações presentes no endereço eletrônico da UNESPE⁴¹ que realizou uma reportagem sobre o assunto podemos extrair que, desde o ano de 2015 até agora no ano de 2023 esta sendo discutido uma possível revogação em um dos artigos desta lei de drogas, sobre este caso, em síntese, o julgamento foi requerido a pedido da Defensoria Pública do estado de São Paulo, relacionado a um caso específico, consistente em um usuário preso em 2009 com cerca de 3 gramas de maconha.

Segundo a reportagem a longa duração do julgamento estaria se dando pelo motivo das diversas controvérsias e críticas que este fato gerou, consistente em alegações de que o judiciário estaria usurpando a competência do poder legislativo, inclusive na matéria consta um pronunciamento do presidente do Senado Rodrigo Pacheco criticando o julgamento, sob o pretexto que essa discussão seria exclusiva do legislativo federal.

Como podemos observar este exemplo pode se encaixar na problemática observada por Barroso, consistentes nos riscos para a legitimidade democrática, ou seja, o judiciário estaria demonstrando, neste caso, um comportamento ativista, e suprimindo uma vontade do legislativo, tendo em vista que conforme já falado, a referida lei foi criada no ano de 2006, e em momento algum foi declarada inconstitucional, mas somente agora, em um julgamento que se arrasta desde 2015, através de um ato do Judiciário pode ter um de seus artigos “revogados” conforme e defendido por algumas lideranças já citadas, tendo em vista que o Supremo ao julgar este recurso, que possui repercussão geral, pode dar um entendimento a meteria, e fazer com que na pratica a posse de drogas esteja submetida a novos parâmetros.

⁴¹ NOGUEIRA, Pablo. **STF retoma esta semana julgamento sobre descriminalização da posse de drogas sob críticas do legislativo**. 2023. Disponível em: <https://jornal.unesp.br/2023/08/14/stf-retoma-esta-semama-julgamento-sobre-descriminalizacao-da-posse-de-drogas-sob-criticas-do-legislativo/>. Acesso em: 19 ago. 2023.

A título de curiosidade sobre o referido assunto, até o momento em que este trabalho está sendo escrito mais precisamente no dia 19 de agosto de 2023 o julgamento se encontra com três votos proferidos, outra curiosidade é que enquanto os Ministros Alexandre de Moraes e Edson Fachin votaram especificamente para a descriminalização da maconha, o Ministro Gilmar mendes votou pela descriminalização do porte de drogas de uma forma geral.

Pois bem, não adentrando ao mérito do julgamento, mas simplesmente usando este para exemplificar um comportamento ativista, podemos claramente observar, que caso o STF venha a julgar o assunto de uma determinada maneira, poderá o poder Judiciário de certa forma acabar legislando, havendo assim, um conflito de interesses entre os poderes legislativo e Judiciário, e de certa forma isso poderia gerar um risco para a legitimidade democrática.

3.7.2 Os Riscos da Politização da Justiça

Outra problemática seria o risco de politização da justiça, devido a uma confusão que pode existir entre a política e o Poder Judiciário, havendo assim um conflito que consistiria na política adentrando o campo da Justiça, bem como a justiça adentrando a política, tendo como motivo ensejador o Ativismo Judicial.

Se buscarmos entendermos o que vem a ser política, esta tem sua definição no dicionário como sendo a arte ou ciência de governar, seria também a política a responsável por administrar os estados, neste ponto falando em Brasil de um modo geral, em nosso país é exercida pelos nossos Políticos, sendo que estes têm como trabalho fazer política, ou seja, comandar o país.

Como já sabemos políticos são representantes do povo, é mais que evidente que eles possuem dogmas, ideologias, e pré-conceitos, os políticos nada mais são do que a representação das ideologias da sociedade no Congresso Nacional, ou seja, a política é dotada de toda uma forma partidária, ideológica de se tomar decisões, algo que definitivamente a justiça não pode ser, eis aí a problemática que envolve o alcance do ativismo judicial, que neste ponto do presente estudo já está devidamente explanada, para Barroso⁴² existe esta problemática de o Ativismo Judicial se tornar partidário, e com isso, deixar de exercer uma postura isenta, tendo

⁴² BARROSO, Luís Roberto, op. cit. loc. cit.

em vista que conforme já mencionado a política é munida de dogmas e representa a vontade da maioria, já que o político que apresenta mais votos, é eleito, contudo, as decisões judiciais não devem necessariamente representar a vontade do povo, tendo em vista que nem sempre a vontade da maioria representa a decisão judicial que seria a correta a ser aplicada para um determinado caso.

Em suma a título de exemplo, embora uma lei seja criada sobre o tramites legais, e sofra de idolatria da população de uma forma geral, mas se esta lei tiver um texto inconstitucional, o judiciário exercendo um ativismo judicial, não poderia ser partidário, em não declarar a sua inconstitucionalidade, somente porquanto se tratada da vontade da maioria, neste ponto vale ressaltar que nem sempre a vontade da maioria é a correta.

Desta forma podemos entender que juízes devem ser juízes, e suas decisões devem ser pautadas em leis, e jamais, em suas vontades, ou vontades populares, as decisões judiciais não devem necessariamente representar a vontade popular, tendo em vista que essa representação é feita pelos políticos, daí podemos enxergar a problemática que Barroso chama de risco de politização da justiça.

3.7.3 A Capacidade Institucional do Judiciário e Seus Limites

Na linha de problemáticas enxergada por Barroso, outra que se destaca é com relação ao que o Ministro chama de a capacidade institucional do judiciário e seus limites, de uma forma resumida neste ponto o Ministro se refere a uma possível invasão dos poderes, ou seja, o poder judiciário interferindo no administrativo, quando por exemplo exerce uma posição ativista em relação a saúde, ou até mesmo a intervenção do poder judiciário no esfera do legislativo, exercendo um comportamento positivo além do esperado, importante ressaltar que segundo o entendimento do Ministro embora os três poderes exerçam suas atividades de forma isolada, contudo, cada poder e dotado de dever de fiscalizar o outro, existindo dessa forma, uma maneira de contrapesos entre eles, evitando assim que alguns deste exerça um poder absoluto.⁴³

⁴³ Idem.

3.7.4 A Possibilidade de uma Invasão do Poder Judiciário em Temas que Eventualmente Podem ser dos Poderes Executivo e Legislativo

Na mesma esteira de impasses trazidos pelo tema, Alysson Cristiano Rodrigues da Silva em sua tese observa uma problemática consistente em uma possível invasão pelo poder Judiciário em temas originalmente restritos do poder executivo e legislativo, algo que teria importância levando em conta a separação dos poderes⁴⁴, assim, nesta questão trazida claramente aqui podemos ver a preocupação com uma invasão de competência, neste sentido, podemos observar que esta problemática levantada por Silva, vai de acordo com o que Barroso chama de “capacidade institucional e seus limites”, desta forma, não tendo o escopo de ser redundante quanto a esta problemática, mas sim com o objetivo de dar a sua devida importância tendo em vista que esta é uma das principais questões levantadas sobre o tema, é necessária a sua ventilação de uma forma mais abrangente.

Pois bem, no que se refere as problemáticas que envolvem o ativismo judicial e a judicialização, de uma forma em geral, foram colocadas estas observações escolhidas devido a sua importância, e por serem as que mais são encontradas em evidência quando se trata do tema, obviamente existem outras problemáticas sobre o assunto, contudo, de uma forma geral, embora alguns doutrinadores a coloquem de formas diferentes, ou até mesmo com outros nomes, podemos observar que as principais problemática convergem para um mesmo sentido.

3.8 Riscos Para a Segurança Jurídica

Nesta linha, Flávia de Azevedo Faria Rezende Chagas⁴⁵ observa uma problemática envolvendo o tema consistente na segurança jurídica, que por sua vez é compreendida por ser um fenômeno que decorre da separação dos poderes, tendo em vista que o poder judiciário deve apresentar uma posição determinada para ações que decorrem da soberania popular, já que o poder judiciário é guardião da

⁴⁴ SILVA, Allysson Cristiano Rodrigo da. **Análise do ativismo judicial como instrumento de efetivação do direito à saúde**. 2017. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/12789>. Acesso em: 20 jul. 2023.

⁴⁵ CHAGAS, Flávia de Azevedo Faria Rezende. **A judicialização da saúde e as tutelas de urgência: uma visão do plantão do Poder Judiciário**. 2019. Disponível em: https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/handle/icict/39671/ve_Flavia_de_Azevedo_ENSP_2019?sequence=2. Acesso em: 17 jul. 2023.

Constituição, sendo que os resultados seriam ruins de qualquer forma, devido a qual for o motivo, ou a manifestação do ativismo, o seu impacto é negativo por distanciar-se da segurança jurídica.⁴⁶

Ou seja, a partir do momento que a segurança jurídica é fruto da divisão dos poderes legislativo, executivo e judiciário, o princípio que garante esta segurança se encontra corrompido quando um poder adentra as matérias que seriam de competência dos outros poderes, isto posto, quando o judiciário através de uma decisão obrigaria a disposição de um procedimento que seria de competência do poder executivo, este exemplo voltado para a saúde. Independente da finalidade nobre que seria a garantia do acesso a saúde para quem precisa, se esta vier através de uma decisão ativista, seria algo negativo, apesar da sua finalidade.

3.9 Princípio da Reserva do Possível

Quando pensamos na tão falada nessa tese da situação do estado sendo obrigado a fornecer medicamento ou procedimento de saúde a quem precisa, um dos princípios a serem observados é o da reserva do possível, Sérgio de Oliveira Netto⁴⁷ ensina que este referido princípio é o instrumento pelo qual, busca-se colocar limites em decisões judiciais, porquanto, podemos observar que apesar da constituição prever que um cidadão possui algum direito, uma decisão judicial teria que observar alguns critérios objetivos, levando-se em conta o caso concreto, bem como se atentar a viabilidade da real possibilidade de efetivação daquela ordem.⁴⁸

Não obstante, Netto ainda aponta que, temos que ter uma análise aprofundada sobre o tema, tendo em vista que análises superficiais podem levar ao equivoco pensamento cruel sobre o assunto, senão vejamos, por mais nobreza que um pedido judicial de um medicamento possa ter, é preciso observar em um caso concreto a viabilidade de seu deferimento, a exemplo, não seria a melhor saída que um pequeno município fosse compelido ao fornecimento de medicamento de auto custo comprometendo grande parte do seu orçamento, desta forma, para que uma pessoa consiga um medicamento outras deixariam de receber, e isso deveria ser

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ OLIVEIRA NETTO, Sérgio de. **O princípio da reserva do possível e a eficácia das decisões judiciais**. 2005. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2005;2000779650>. Acesso em: 28 ago. 2023.

⁴⁸ Idem.

aplicado pelos magistrados em suas decisões, que apesar de observarem que existem um direito posto, também deveriam observar a viabilidade da execução desse direito, desta forma, nada vale o magistrado determinar algo em uma sentença sendo o referido pedido impossível de ser concretizado, seria necessário então uma observância da possibilidade de realização do que foi determinado, desta forma, o princípio da reserva do possível seria um parâmetro de viabilidade da concretização do que foi determinado.⁴⁹

Assim, considerando o Brasil, a ideia de que todos vão ter o mesmo tratamento de saúde infelizmente não se aplica, porquanto, o sistema não funciona de forma igualitária para todos, desta forma, o ônus de arcar com determinado procedimento pode acabar afetando outras pessoas, ou seja, essas demandas de judicialização podem acabar beneficiando unicamente quem judicializou um fato, e prejudicando quem não o fez, senão vejamos:

o aodamento em querer implementar, sem a observância de qualquer tipo de limites, uma dada prestação social, poderia gerar o efeito contraproducente de inviabilizar o atendimento de outras necessidades coletivas. Para as quais já havia um prévio planejamento. Mas que fatalmente ficará comprometido com o desvio, por exemplo, dos aportes financeiros que seriam destinados ao seu suprimento, para se satisfazer aquela prestação em favor da qual a ordem judicial teria sido emitida. Além de, à evidência, ferir o princípio da separação de poderes, calcado no sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). Pois cabe ao legislador elaborar a peça orçamentária, definindo quais são as prioridades que entende serem as mais urgentes naquele dado momento. Não cabendo aquele que ostenta a Toga ditar, ao seu livre talante, para onde e como devem ser direcionadas as forças patrimoniais dos orçamentos públicos, que não tenham uma destinação legal e previamente definida.⁵⁰

Conforme o texto acima exposto, podemos retirar a seguinte ideia, existe um orçamento prévio destinado para diversas situações, sendo de competência do legislador elaborar as “peças orçamentárias”, onde já vai ser discutido elementos referentes ao orçamento, já prevendo determinadas situações e observando peculiaridades de casos concretos, nesse caso, o magistrado não poderia intervir nessa situação definida previamente, podendo até acontecer uma situação de invasão de poderes, senão vejamos, se o orçamento já foi previamente dividido, caso o magistrado obrigue que um ente cumpra com determinada situação excepcional, fora do que estava previamente previsto isso obviamente demandaria um empenho de dinheiro extra, que poderia já ter tido outra finalidade definida, determinada anteriormente pelo legislador, causando assim um desequilíbrio e na

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ Idem.

tentativa de atender uma demanda específica acabar por deixar de atender outras pessoas.

Diante do exposto podemos considerar que o princípio da reserva do possível seria uma ferramenta utilizada para determinar parâmetros para uma decisão que envolva também demandas de saúde, onde o magistrado teria que observar além do caso concreto a viabilidade de sua decisão, ou seja, apesar de tratar-se de matéria de suma importância uma decisão judicial teria que se atentar a possibilidade da sua concretização, de modo que, nada adiantaria uma decisão judicial que seria impossível se cumprir o que ali foi determinado.

4 CONSIDERAÇÕES EM RELAÇÃO AS PROBLEMÁTICAS QUE ENVOLVEM O ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Importante frisar que o ativismo e a judicialização considerando que são elementos diversos, as principais preocupações com relação as causa e efeitos desses dois institutos também se divergem, as grandes causas da alta demanda de judicialização dizem respeito somente a judicialização, bem como as problemáticas do ativismo se remetem somente ao ativismo em si, não existindo uma familiaridade de causas fomentadoras e problemáticas desses dois institutos.

Porquanto, considerando todo o já exposto no presente trabalho, de um lado temos a judicialização que nada mais é quando o magistrado aplica uma norma em um caso concreto, algo que é muito mais simples, e com efeitos menores com relação ao que é o ativismo, que por sua vez seria uma forma de interpretação de norma do poder judiciário, em que vai ser dado um entendimento para determinada norma, ou seja, este caso remete a um comportamento ativista que o poder judiciário poderia ter, e os maiores impasses são referente ao ativismo judicial devido ao seu impacto abrangente, ou até mesmo um impacto mais “pesado” perante aos olhos.

Podemos extrair essa informação por tudo que já foi exposto neste trabalho, quando estudamos a Judicialização de demandas de saúde, foi ventilado por exemplo a problemática de um município ter que arcar com um valor referente a uma medicação que uma decisão judicial garantiu a alguém, e quando tratamos de ativismo judicial foram discutidas problemáticas em um nível de “os riscos para a legitimidade democrática”, ou seja, existe uma grande diferença no peso de discussões para cada assunto, dando a impressão que as discussão em relação a judicialização da saúde tratam-se de assuntos mais anêmicos, procedimentais, do que os que são discutidos no ativismo judicial.

4.1 As Problemáticas que Envolvem o Ativismo Judicial e a Judicialização, Especificamente Voltadas a Saúde Pública

Inicialmente cumpre salientar que todas as problemáticas expostas no tópico 3 deste trabalho podem ser aplicadas como partes das problemáticas que envolvem a Saúde Pública, contudo, quando tratamos de ativismo judicial e judicialização

existem problemas específicos que acontecem na área da saúde pública, a primeiro momento tendo uma análise superficial sobre o tema, pode-se tirar a conclusão que o judiciário obrigando o estado a fornecer algum procedimento de saúde a um cidadão, seja de toda sua plenitude algo bom, o que de certa forma é, contudo para toda ação, há uma reação, é obvio que toda decisão judiciaria neste sentido trará consequências aos envolvidos, e neste ponto se faz necessário um estudo sobre as consequências e impactos de decisões judiciais voltadas especificamente para a saúde pública.

A exemplo poderia acontecer de o município ser compelido a arcar com os valores de um tratamento médico que tenha um alto custo, nesta esteira os professores João Paulo e Juvencio Borges falam que na maioria das vezes este ônus de algum procedimento de saúde por exemplo é suportado pelo poder executivo, e tal fato poderia causar danos aos cronogramas orçamentários, gerando grandes consequências negativas para o orçamento público⁵¹, ou seja, tal decisão do poder Judiciário a grosso modo poderia sobrecarregar um ente público como o Município, trazendo impactos orçamentários ao ente, e em alguns casos seria uma carga impossível de ser suportada pelo ente federativo, e na pratica existe uma grande “briga” entre municípios e estados, mas fato é que é do conhecimento de todos que muitos tratamentos, medicamentos etc somente chegaram a população através de ações judiciais, devido a uma ineficiência do estado, o que seria necessário para a sobrevivência de uma pessoa somente foi possível através de ações Judiciais, diante de fatos como estes, pode observar que a intervenção judicial, se torna positiva.

Ocorre que a Constituição Federal coloca que a saúde é direito de todos e dever do estado garanti-las por meio de políticas sociais e econômicas conforme o texto constitucional a seguir:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação⁵².

⁵¹ JUCATELLI, João Paulo. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE, ATIVISMO JUDICIAL E O CONSEQUENTE DESEQUILÍBRIO DO ORÇAMENTO PÚBLICO. **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**, [S. l.], n. 3, p. 59–65, 2016. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/519>. Acesso em: 2 out. 2022.

⁵² BRASIL. Constituição (1988), op. cit. loc. cit.

Mediante o texto da constituição pode-se ser observado que o estado deve garantir saúde a quem precisa, ocorre que como já mencionado acima, muitas das vezes o estado é ineficiente em fazer aquilo que é de sua obrigação, ou e falho em fornecer algo que é de sua competência, sendo assim umas das saídas para o cidadão é se recorrer ao poder judiciário, para que o estado seja compelido a fornecer o acesso a saúde pública, ocorre que tais decisões possuem impactos, desta forma, é necessário uma avaliação, para chegar a alguma solução que seja menos lesiva a todos, tendo em vista que se determinados assuntos fossem tratados da forma que deveriam, essa problemática não chegaria ao poder judiciário para apreciação.

Neste contexto é necessário fazer uma análise dos impactos causados pelo do ativismo judicial e Judicialização da saúde.

4.2 Elevado Número de Processos Envolvendo Demandas de Saúde no Brasil

Não há como se falar em problemáticas que envolvem as demandas processuais envolvendo saúde, sem mencionar inicialmente o elevado número de demandas processuais sobre o caso, de acordo com dados do Painel de Estatísticas Processuais de Direito da Saúde que se encontra presente no endereço eletrônico do Conselho Nacional de Justiça⁵³, no Brasil atualmente tramita cerca de mais de 520 mil processos Judiciais que envolvem saúde consistente em demanda pública, seja individual ou coletiva, no período dos anos de 2020 a 2022, entre as ações é possível encontrar em maior numero as referentes as demandas de fornecimento de medicamentos, tratamento médico hospitalar, reajuste contratual e leitos hospitalares.

Com relação a estes dados importante ressaltar que o índice de atendimento a demanda, que é o responsável por calcular quantos processo são julgados e quanto estão sendo recebidos está em 108%, isso significa que o número de casos julgados é maior que o número de novas demandas, dados com relação ao ano 2022.

⁵³ CANIMURA, Lenir. **Dados processuais de saúde podem ser monitorados em painel do CNJ.** 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/dados-processuais-de-saude-podem-ser-monitorados-em-painel-do-cnj/>. Acesso em: 17 jul. 2023.

As decisões em sua grande maioria, cerca de 95% são referentes as ações individuais, e ainda no que consiste a demanda já julgadas no ano de 2021 foram sentenciados mais de 700 mil casos, bem como, neste mesmo período cerca de outros 13 mil casos tiveram sentença de homologação.

Em estudo⁵⁴ realizado pelo Instituto de Ensino e Pesquisa –INSPER, a pedido do conselho nacional de justiça foram detalhados os aspectos das demandas das causas e proposta das soluções das demandas de judicialização da saúde no Brasil.

No referido estudo consta informação que as demandas de saúde no Brasil representam cerca de 10% do total de gastos da renda nacional, e que atualmente vem crescendo nos últimos anos e tem a sua demanda em elevação, qual seja no volume de serviços e seus custos, em números o estudo deu conta que o numero de demandas aumentaram cerca de 130% nos anos de 2008 a 2017, no que se refere ao número de processos judiciais houve um aumento de 50%, e estas ações impactam inclusive o sistema privado de saúde, como os 50 milhões de usuários do planos de saúde por exemplo.

O estudo também deu conta que a liturgia científica discorda sobre elementos chaves do assunto, bem como quais seriam as suas causas, impactos e pessoas que buscam este tipo de demanda, por exemplo não é possível precisar com exatidão nem o perfil das pessoas que busca a judicialização da saúde, considerando que há requisições por pessoas ricas e as mais vulneráveis.

O referido estudo também trouxe dados interessantes sendo que o estado de são Paulo no tempo avaliado pela pesquisa era o que mais possuía processos envolvendo saúde, outro ponto que gera interesse é quanto aos assunto apreciados em primeira e segunda instância, que não necessariamente são os mesmos, a pesquisa conseguiu identificar uma linha geral de assunto que é mais recorrente em grau recursal e citou como exemplo o estado de Minas Gerais que tem em sua primeira instância o assunto “plano de saúde” como sendo o mais discutido, porém em segunda instância o maior objeto de recurso é “tratamento médico hospitalar e medicamentos”.

Quanto ao perfil dos requerentes em ações judiciais de saúde estas também são diferentes em primeira e segunda instância, em primeira instância existe a

⁵⁴ INSUPER. Instituto de Ensino e Pesquisa. **Judicialização da Saúde o Brasil: Perfil das Demandas, Causas, e Propostas de Solução.** 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2023.

presença mais frequente no polo ativo defensorias e Ministério Público, já em segunda instância os principais requerentes/parte ativa são os estados e municípios, nesta linha podemos extrair que na maioria das vezes em demandas que envolvem saúde os requerentes costumam lograr êxito e ter seus pedidos julgados procedentes.

No que consiste em específico os pedidos de antecipação de tutela, o estudo revelou que no sistema público os maiores pedidos são com relação a medicamentos, e devido ao elevado número de ações, obviamente isso gera também um elevado número de decisões judiciais, a pesquisa apontou que os estados tem criados mecanismos de executar a determinação judicial de uma forma mais célere, como a “especialização de setores específicos das secretarias de estado de saúde para dar resposta e cumprimento ágil às decisões judiciais”, que nada mais é que um setor que especificamente é voltado para o fornecimento de procedimentos de saúde que foram obrigados através de ações judiciais, ou até mesmo negociar prazos com Tribunais, ou seja, dentro de uma realidade essas secretarias tem função exclusiva de trabalhar somente com execuções das decisões judiciais da melhor forma possível.

Posto isso, somente a título de curiosidade em relação ao estudo realizado, o estado do Pará é o responsável pela maior demanda de judicialização da saúde envolvendo medicamentos que estão incluídos na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME)⁵⁵, e o estado de São Paulo é o maior responsável por ações pleiteando medicamentos ou procedimentos de saúde que não estão dispostos no Sistema Único de Saúde ou na Agencia Nacional de Saúde Suplementar, também que os casos em que a Defensoria Pública esta presente no polo ativo bem como o sujeito requerente trata-se de pessoa hipossuficiente tendem a ter mais sucesso, por fim que as ações que envolvem saúde se dão muito mais por ações individuais que pelas coletivas.

⁵⁵ A RENAME é um importante instrumento orientador do uso de medicamentos e insumos no SUS. A RENAME 2022 apresenta os medicamentos oferecidos em todos os níveis de atenção e nas linhas de cuidado do SUS, proporcionando transparência nas informações sobre o acesso aos medicamentos da rede. A publicação apresenta a lista de medicamentos e insumos disponibilizados no SUS de acordo com as responsabilidades de financiamento, proporcionando transparência e fortalecendo o Uso Racional de Medicamentos. Uma importante inovação desta edição refere-se à adoção da classificação “AWaRe” em relação aos medicamentos antimicrobianos. Essa classificação da Organização Mundial da Saúde (OMS) visa contribuir para a redução do desenvolvimento de bactérias resistentes a estes medicamentos e está alinhada ao Plano de Ação Global da OMS sobre a resistência antimicrobiana.

Concluindo este tópico, segundo a pesquisa realizada não é possível se precisar somente uma causa para as demandas da judicialização da saúde, mas sim um conjunto de fatores que ensejam as ações, a pesquisa apontou como sugestão para solucionar este problema haver uma identificação e isolamento dos casos, para que fosse possível se ter uma melhor compressão destes problemas.

Estes pontos se tornam cruciais para a compreensão das demandas que envolvem saúde, antes de estudar os impactos do ativismo judicial e da judicialização da saúde é preciso entender um pouco os seus motivos, quem são os seus demandantes, e em qual contexto acontecem, para aí sim, podermos explorar os impactos causados pelas decisões judiciais nestes processos, nos tópicos a seguir será apresentado uma série de problemáticas identificadas por doutrinadores e juristas que envolvem a judicialização e ativismo judicial voltados para a saúde.

4.3 Impactos Financeiros Causados Pelo Ativismo Judicial e Judicialização, Voltados a Saúde

De forma alguma o presente trabalho tem o objetivo de se colocar contra a garantia de acesso a saúde da população por meio de uma demanda judicial, a partir do momento que a Constituição Federal coloca a saúde como um direito social a sociedade pode e deve buscar esse direito, porém, essas demandas geram consequências, e esse é o objetivo do presente trabalho, analisar o cenário onde uma demanda de saúde é garantida ao povo mediante a sua judicialização, e os impactos decorrentes deste fato.

Pois bem, iniciaremos com um caso hipotético onde um popular necessita de um medicamento de elevado custo, contudo, embora já tenha recorrido as vias administrativas somente logrou êxito em sua obtenção mediante uma decisão judicial em que o Município devido a sua responsabilidade solidaria foi compelido ao fornecimento deste medicamento, desse modo qual seria o impacto financeiro que este fato causaria ao ente federativo obrigado a arcar com este custo.

Desta forma, é necessário falar do julgamento do tema 793 do Supremo Tribunal federal, que colocou parâmetros e de certa forma regulou com mais precisão a responsabilidade de arcar com os custos das demandas de judicialização da saúde.

4.4 Responsabilidade Solidária Entre os Entes Federados em Matérias de Saúde

Quando pensamos na ideia de que o estado é obrigado a fornecer acesso a saúde para a população há Doutrinadores como Claudio Ruiz Engelke e José Ricardo Caetano Costa⁵⁶ que defendem que a ideia de judicialização que nos deparamos atualmente é consequência ou culpa do disposto na Constituinte de 1988, que embora tenha garantido o acesso a saúde de forma ilimitada a população, o fato não ocorre devido uma limitação do estado, que nas palavras destes “o estado não suporta esta demanda exigida”, ou seja, embora a Constituinte tenha garantido que todos tem acesso a saúde Pública imaginando que o estado seria capaz de garantir com que este direito fosse executado, isso não ocorre, o estado devido a sua ineficiência não consegue garantir com que este direito seja disposto, tal fato enseja as demandas de judicialização da saúde.⁵⁷

Segundo Engelke e Costa o movimento que deu inicio a este tipo de demanda no Brasil foi o do vírus HIV no ano de 1990, onde os populares que possuíam este vírus se recorreram ao poder judiciário na tentativa de obter um medicamento para tratar esta enfermidade devido a estes medicamentos possuírem um elevado custo, sendo esta a primeira grande demanda de judicialização da saúde, digamos que foi isso que deu o ponta pé inicial para este tipo ação, que desde então só vem crescendo até chegar nos números que encontramos atualmente, em que o judiciário acolhe o principio da solidariedade entre os entes federados envolvendo o Sistema Único de Saúde, onde a Constituição Federal observando uma série de fatores determinou a competência de cada ente, e adotou que em se tratando de saúde existe competência solidaria entre eles, ou seja, quando envolve demandas relacionadas a saúde qualquer dos entes sejam, a união, estados, distrito federal e os municípios podem constar nos polos passivos dessas demandas.

Contudo, se forem realizadas pesquisas jurisprudências e até mesmo sobre o mérito de ações de judicialização de saúde, sem se esforçar muito nos deparamos com ações em que em uma demanda de judicialização de saúde por exemplo foi pleiteado um medicamento, e por ventura o judiciário obrigou o Município a fornece-lo, este por sua vez interpõe recurso de dizendo ser obrigação do estado, que por

⁵⁶ ENGELKE, Claudio Ruiz; COSTA, José Ricardo Caetano., op. cit., loc. cit.

⁵⁷ Idem.

sua vez diz ser obrigação do município, ou seja, na pratica existem ações em que ainda há uma grande discussão acerca de quem deveria constar no polo passivo da demanda.

Neste ponto vale ressaltar que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal vem se alterando, conforme analisaremos a seguir, embora em se tratando de saúde a Constituição Federal atribuiu a competência comum entre os entes, isso não impede deste fato ser motivo para demandas judiciais, em 2014 o Ministro relator Luiz Fux quando julgou o recurso extraordinário 855.178⁵⁸ Sergipe, que em suma tratava -se do seguinte caso:

autora ingressou com esta ação visando à obtenção da medicação de nome BOSENTANA (TRACLEER 62,5mg /125mg), tendo logrado êxito já em sede de antecipação de tutela deferida em audiência realizada em 19/10/2009, que determinou a aquisição do medicamento pelo Estado de Sergipe e o cofinanciamento do valor pela União, em percentual correspondente a 50% (cinquenta por cento). O Estado de Sergipe, em cumprimento à referida decisão, procedeu à entrega do medicamento em 23/11/2009, através de sua Secretaria da Saúde. O juízo a quo ratificou a tutela antecipatória na sentença, e aproximadamente dois meses após esta sobreveio o falecimento da autora, o que provocou a cessação da obrigação de fazer. Contudo, persistiu o inconformismo da União quanto à ordem de ressarcimento do custeio do medicamento ao Estado de Sergipe. (Recurso Extraordinário 855.178 Sergipe Relator: Min. Luiz Fux Recte.(s):União Proc.(a/s)(es):Advogado-geral da União Recdo.(a/s):Maria Augusta da Cruz Santos Proc.(a/s)(es):Defensor Público-geral Federal.⁵⁹

Conforme se extrai compulsando a referida ementa acima exposta, a União juntamente com o estado de Sergipe foram compelidos a fornecer o referido medicamento a requerente, sendo que 50% do custo teria que ser arcado pela união, que por sua vez não concordando com esta decisão do Juízo de piso, interpôs recurso de apelação, que segundo o texto do relatório presente no julgamento do recurso extraordinário 855.178 o Tribunal entendeu e julgou da seguinte forma:

Em sede de apelação, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região entendeu que o dever de prestar assistência à saúde é compartilhado entre a União, os Estados-membros e os Municípios, e que a distribuição de atribuições entre os entes federativos por normas infraconstitucionais não elide a responsabilidade solidária imposta constitucionalmente..(Recurso Extraordinário 855.178 Sergipe Relator: Min. Luiz Fux Recte.(s):União Proc.(a/s)(es):Advogado-geral da União Recdo.(a/s):Maria Augusta da Cruz Santos Proc.(a/s)(es):Defensor Público-geral Federal,19/12/2014⁶⁰

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 855.178 Sergipe**. Relator: Min. Luiz Fux. Data do Julgamento: 19 dez. 2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=5452582>. Acesso em: 26 jul. 2023.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ Idem.

Ou seja, embora conhecido o recurso este teve seu provimento negado, considerando que o Tribunal Regional Federal da 5ª região reconheceu que a união deveria sim constar no polo passivo da demanda, tendo em vista a responsabilidade solidária dos entes da federação em se tratando de saúde.

Pois bem, inconformada com essas decisões de primeiro grau e de recurso a união interpôs recurso extraordinário para o Supremo Tribunal federal, alegando no mérito violação aos artigos 2 e 198 da Constituição Federal de 1988, e que a união não poderia figurar no polo passivo desta demanda, considerando que foi alegado que o Sistema Único de Saúde teria como competência para o fornecimento de medicamentos e procedimentos os seus órgãos locais, devido ao princípio pelo qual o sistema é regido, qual seja o da descentralização.

Dito isso, o referido recurso extraordinário também não prosperou, o Ministro relator Luis Fux reafirmou a responsabilidade solidária entre os entes da federação em se tratando de saúde, ainda dando conta que as decisões proferidas neste caso, seja pelo Douto juízo de piso, ou pelos desembargadores do Egrégio Tribunal estavam de acordo com o entendimento da corte existente sobre o assunto, quando do julgamento da suspensão de segurança 3.355, de relatoria do Ministro Gilmar mendes, senão vejamos:

Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Clopidogrel 75 mg. Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento (STA 175-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe 30/4/2010).

Neste ponto, podemos entender que o Ministro Fux, considerou que as decisões estavam de acordo com o que foi decidido pelo Ministro Gilmar Mendes, neste sentido Fux reafirmou o entendimento da responsabilidade solidária entre os entes federativos em se tratando de matéria de saúde, conforme se extrai de seu voto:

O direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) direito de todos e (2) dever do Estado, (3) garantido mediante políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, (5) regido pelo princípio do acesso universal e igualitário (6) às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. (2) dever do Estado: O dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de

prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). O dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde está expresso no artigo 196. A competência comum dos entes da federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição. União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde. O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles. As ações e os serviços de saúde são de relevância pública, integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade, e constituem um sistema único. Foram estabelecidas quatro diretrizes básicas para as ações de saúde: direção administrativa única em cada nível de governo; descentralização político-administrativa; atendimento integral, com preferência para as atividades preventivas; e participação da comunidade. O Sistema Único de Saúde está baseado no financiamento público e na cobertura universal das ações de saúde. Dessa forma, para que o Estado possa garantir a manutenção do sistema, é necessário que se atente para a estabilidade dos gastos com a saúde e, conseqüentemente, para a captação de recursos. O financiamento do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 195, opera-se com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. A Emenda Constitucional n.º 29/2000, com vistas a dar maior estabilidade para os recursos de saúde, consolidou um mecanismo de cofinanciamento das políticas de saúde pelos entes da federação. A Emenda acrescentou dois novos parágrafos ao artigo 198 da Constituição, assegurando percentuais mínimos a serem destinados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios para a saúde, visando a um aumento e a uma maior estabilidade dos recursos. No entanto, o § 3º do art. 198 dispõe que caberá à Lei Complementar estabelecer: os percentuais mínimos de que trata o § 2º do referido artigo; os critérios de rateio entre os entes; as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde; as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União; além, é claro, de especificar as ações e os serviços públicos de saúde. O art. 200 da Constituição, que estabeleceu as competências do Sistema Único de Saúde (SUS), é regulamentado pelas Leis Federais 8.080/90 e 8.142/90. O SUS consiste no conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, incluídas as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos e medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde. (Recurso Extraordinário 855.178 Sergipe Relator: Min. Luiz Fux Recte.(s):União Proc.(a/s)(es):Advogado-geral da União Recdo.(a/s):Maria Augusta da Cruz Santos Proc.(a/s)(es):Defensor Público-geral Federal, 19/12/2014.⁶¹

A exposição de grande parte do voto do ministro relator deste recurso extraordinário se torna necessária levando-se em conta que Fux, embora tenha ratificado o entendimento já existente na corte, completou fazendo uma análise minuciosa do artigo 196 da Constituição Federal, quanto ao dever do estado em se tratando de matéria de saúde, e conforme já exposto nesta tese este artigo da

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 855.178 Sergipe**, op cit., loc. cit.

Constituinte de 88, é tido como motivo ensejador da criação do Sistema Único de Saúde que encontramos no Brasil hoje, senão vejamos, a partir do momento que a Carta Magna colocou que a saúde é direito de todos e dever do estado fomenta-las por meio de políticas públicas, ela automaticamente criou um direito aos cidadãos, e mais, ainda colocou que o estado deveria fomenta-la, e neste sentido foi criado o SUS, desta forma, justifica-se o estudo mais aprofundado deste artigo, devido a sua importância.

Para o Ministro Fux, segundo seu voto, além da Constituição Federal ter colocado a saúde como direito de todos, a Constituição vai além, colocando o fornecimento do acesso a saúde como obrigação do estado, e completou o Ministro informando que segundo o artigo 23 II, da Constituição Federal considerando a atribuição em matéria de saúde existe a competência comum entre os entes da federação, nos termos dos artigos 193, e 23 II da Constituição Federal, dentre os julgados da corte que ratificam este entendimento estariam os que seguem;

Nesse sentido: AI 822.882-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 6/8/2014; ARE 803.274-AgR, Rel. Min. Teroi Zavascki, Segunda Turma, DJe 28/5/2014; ARE 738.729-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 15/8/2013; ARE 744.170-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 3/2/2014; RE 716.777-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 16/5/2013; RE 586.995-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJ 16.8.2011; RE 607.381-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 17.6.2011; RE 756.149-AgR, Rel. Min. Dias Toffol; Primeira Turma, DJ 18.2.2014; AI 808.059-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 2.12.2010. (Recurso Extraordinário 855.178 Sergipe Relator: Min. Luiz Fux Recte.(s):União Proc.(a/s)(es):Advogado-geral da União Recdo.(a/s):Maria Augusta da Cruz Santos Proc.(a/s)(es):Defensor Público-geral Federal,19/12/2014).⁶²

Desta forma, considerando todo o exposto, entendendo que o acórdão que foi recorrido estava seguindo a linha do disposto em lei, bem como, os entendimentos do Supremo Tribunal Federal, o recurso foi desprovido, contudo, restou para todos a reafirmação da Corte no que tange a competência comum entre os entes da federação em se tratando de matérias que envolvem saúde.

4.5 Novo Julgamento do Tema 793

Conforme podemos observar o tema 793 já mencionado anteriormente neste presente trabalho teve seu primeiro julgamento em 05/03/2015, conforme ementa abaixo:

⁶² Idem.

Ementa

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente.

Tema

793 - Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde.

Tese

O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente. Obs: Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015.(Órgão julgador: **Tribunal Pleno** Relator(a): **Min. LUIZ FUX** Julgamento: **05/03/2015** Publicação: **16/03/2015**)

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&origem=AP&classeNumeroIncidente=RE%20855178)⁶³

Ocorre que os recorrentes não ficaram satisfeitos com a decisão ora proferida no acórdão do Tribunal e interpuseram embargos de declaração referente a este julgamento do recurso extraordinário 855.178 de Sergipe, alegando em síntese o que se extrai do acórdão:

Na hipótese dos autos, a despeito de se ter reafirmado a jurisprudência supostamente dominante sobre a matéria, restaram vencidos os Ministros Teori Zavascki, Roberto Barroso e Marco Aurélio, não tendo se manifestado a Ministra Cármen Lúcia. Ou seja, a clara existência de duas correntes distintas – uma pela reafirmação da jurisprudência dominante e outra se limitando a reconhecer a repercussão geral – por si só justificaria o uso da faculdade de se discutir o tema em reunião presencial do Plenário, o que também possibilitará um maior debate acerca das diversas nuances e peculiaridades do tema. Nesse cenário, considerando a existência de divergência de entendimento no âmbito desta Corte sobre o tema dos autos e, ainda, a sua relevância e complexidade, a análise pelo Plenário presencial revela-se indispensável. Conforme será demonstrado nos tópicos seguintes, há diversas nuances do tema da responsabilidade solidária que não foram debatidas por essa Corte nos precedentes que deram origem à jurisprudência ora reafirmada.(EMB .DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE RELATOR : MIN. LUIZ FUX EMBTE.(S) : UNIÃO PROC.(A / S)(ES) : ADVOGADO -GERAL DA UNIÃO EMBDO.(A / S) : MARIA AUGUSTA DA CRUZ SANTOS PROC.(A / S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO -GERAL FEDERAL, DJE 16/04/2020)⁶⁴

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 793. Recurso Extraordinário 855178 RS**. Relator: Min. Luiz Fux. Data do Julgamento: 05 mar. 2015. Data da Publicação: 16 mar. 2015. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&origem=AP&classeNumeroIncidente=RE%20855178. Acesso em: 27 jul 2023.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 855.178 Sergipe**. Relator Min Luiz Fux. Data da Publicação: 16 abr. 2020.

Conforme pode-se observar, em síntese, foram levantadas algumas questões pelos recorrentes consistentes em que o recurso extraordinário referido não foi julgado por unanimidade, e assim existiriam duas correntes sobre o assunto, bem como poderia existir uma possível divergência da corte sobre o tema, devido a isso deveria ser o assunto debatido presencialmente no plenário, e quando julgado de forma presencial, isso poderia proporcionar uma melhor análise sobre o fato.

E isso aconteceu, mais precisamente no dia 23 maio de 2019, os embargos de declaração foi julgado pelo plenário da Corte, e deste julgamento decorreram algumas novidades relevantes sobre o tema, conforme podemos observar a ementa do referido acórdão:

Ementa

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DESENVOLVIMENTO DO PROCEDENTE. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DE SOLIDÁRIA NAS DEMANDAS PRESTACIONAIS NA ÁREA DA SAÚDE. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. 2. A fim de otimizar a compensação entre os entes federados, compete à autoridade judicial, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, direcionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. 3. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. Precedente específico: RE 657.718, Rel. Min. Alexandre de Moraes. 4. Embargos de declaração desprovidos.

Tema

793 - Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde.

Tese

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. EMB .DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE RELATOR : [RE 855178 ED](#) Órgão julgador: **Tribunal Pleno** Relator(a): **Min. LUIZ FUX** Redator(a)doacórdão: **Min.EDSONFACHIN**Julgamento: **23/05/2019** Publicação: **16/04/2020**⁶⁵

No que consiste aos elementos que este julgamento trouxe, se faz necessário uma nova análise sobre essas perspectivas. A primeiro momento referente ao elemento 1 da ementa acima exposta o Supremo reafirmou quase que de forma

⁶⁵ Idem.

integral a sua tese quando julgado o recurso extraordinário 855.178, no sentido de que o estado tem a obrigação de fornecer o acesso a saúde a quem por ventura precisar, e devido ao princípio da solidariedade dos entes federados qualquer um destes entes podem constar no polo passivo da demanda, de forma conjunta, ou seja, por exemplo união e município ou município e estado, ou de forma isolada.

No que consiste ao item 2 da ementa neste caso esta prevista a hipótese de por exemplo em uma ação constar dois entes federados no polo passivo da demanda, o magistrado que ira julgar o caso poderá mediante o critério constitucional de descentralização decidir entre qual ente dos que ocupam o polo passivo incumbira de arcar com o custo de um possível procedimento, considerando o caso hipotético em que existe uma ação que versa sobre um remédio de elevado custo financeiro e que no polo passivo desta demanda constem o estado e um pequeno município que possui recursos financeiros limitados, o magistrado que julga o caso poderá de pronto optar por obrigar o estado a fornecer este medicamento de elevado valor, considerando, que o estado possui mais recursos do que o Município, ou até mesmo dividir esse ônus de forma proporcional.

Este ponto se torna relevante tendo em vista que embora exista a competência comum dos entes federados em se tratando de matéria de saúde, esse fato ainda era motivo para litígios processuais, em que um ente se eximia da obrigação e atribuía a outro ente federativo por diversas teses levantadas, agora, com esta novidade fica claro e de modo a deixar sem dúvidas, que qualquer um dos entes podem responder de forma solidaria em matéria de saúde.

Por fim, no tocante ao item de número três, trouxe o acordão que em se tratando de ações que requerem o fornecimento de medicamentos, que não possuem registro na Agencia Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA⁶⁶, obrigatoriamente tem que constar no polo passivo dessa demanda a união.

Em apertada síntese a Corte não alterou o seu posicionamento, somente fez acréscimos de entendimentos sobre o assunto, precisamente falando da possibilidade do magistrado devido aos critérios constitucionais de descentralização

⁶⁶ Criada pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro 1999, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) é uma autarquia sob regime especial, que tem sede e foro no Distrito Federal, e está presente em todo o território nacional por meio das coordenações de portos, aeroportos, fronteiras e recintos alfandegados. Tem por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e consumo de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos, fronteiras e recintos alfandegados.

e hierarquia poder direcionar o custo de algo que possa ser requerido em uma demanda de judicialização de saúde, bem como, se uma ação for pleitear um remédio que não tenha registro na ANVISA, obrigatoriamente tem que constar no polo passivo dessa demanda a união.

5 JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENVOLVENDO DEMANDAS DE JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Na esteira do que vem sendo exposto no trabalho, considerando que em se tratando de judicialização em matéria de saúde, seja pelas decisões ou pelo poder que as nossas leis conferem ao STF, a Suprema Corte possui um papel extremamente relevante no assunto, desta forma, quando por ventura, o Supremo julga um caso isso afeta diretamente todo um sistema Judiciário, que acaba por ter que seguir aquela linha de julgados, não obstante as próprias leis podem acabar por ter um novo entendimento ou até mesmo serem “revogadas”.

A título de exemplificação podemos citar o tema 793 já exposto neste trabalho, tema este que deu novos parâmetros sobre a competência dos entes federativos em matéria de saúde, outro exemplo também já exposto, embora não envolva uma judicialização da saúde, contudo trata-se de uma questão de saúde pública, é o julgamento do agravo em recurso extraordinário que esta sendo votado na Corte que pode acabar “descriminalizando” a posse da maconha para consumo pessoal.

Assim, é interessante, comentar alguns dos julgados do STF em se tratando de matéria de saúde, tendo em vista a importância que essas decisões possuem. No endereço eletrônico do Supremo podemos encontrar diversos casos relevantes envolvendo Saúde Pública, não a fim de esgotar todas as decisões já proferidas pela corte, mas é importante para fim de conhecimento a exposição com mais ênfase de alguns casos que possuem relevância perante o tema que se estuda nessa tese.

5.1 Julgamento do Tema 500, Referente ao Recurso Extraordinário (RE) 657718

Segundo informações presentes no endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal⁶⁷, a corte no ano de 2022 julgando o recurso extraordinário 657718, trouxe entendimentos relevantes sobre a problemática referente a saúde pública, consistente em o estado não ser obrigado a fornecer, em regra, medicamentos que não estejam devidamente regulados pela ANVISA, salvo em casos excepcionais.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 657718**. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411857&ori=1>. Acesso em: 09 set. 2023.

O julgamento que teve início no ano de 2016 e se arrastou até o ano de 2022 quando finalmente teve um desfecho, onde o recurso teve parcial provimento, contudo antes de falar especificamente das teses firmadas por este julgado, é interessante comentar os votos que alguns Ministros proferiram, no caso Alexandre de Moraes demonstrou uma preocupação quanto ao ônus de arcar com os custos de fornecimento dos medicamentos, porquanto, para arcar com o fornecimento de um medicamento a uma pessoa especificamente, este valor seria retirado de certa forma da coletividade, havendo assim, um benefício aqueles que optaram por judicializar esta demanda, dizendo que neste ultimo caso não haveria universalidade no atendimento, mas sim seletividade.

Os ministros Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes compartilharam desse entendimento de Moraes, indo no sentido ainda de que o estado deveria agir mediante casos excepcionais, ou seja, fugindo da regra, em caso de fornecimento de um medicamento sem regulação, e não como estava acontecendo, com as altas demandas pleiteando os farmacológicos, o Ministro Fachin apesar de seguir esta linha para dar provimento parcial ao recurso, acrescentou que o estado é obrigado a fornecer o medicamento a quem precisa, contudo, também seria obrigação do estado dispor sobre o modo em que isso deve ser feito.

Somente para apresentar o ponto de vista divergente nesta questão o Ministro Dias Toffoli, acompanhou o relator Ministro Marco Aurélio, no sentido de negar provimento ao recurso, ambos tiveram uma interpretação mais simples da lei, entendendo que nenhum medicamento pode ser comercializado no Brasil sem estar devidamente regulado, Dias Toffoli ainda citou um serie de fatores que deveriam ser observados consistente em que somente poderiam ser comercializados medicamentos regulados, bem como ressaltou a responsabilidade social das empresas que comercializam estes medicamentos.

Contudo como pode se observar que o recurso teve seu provimento parcial, onde fixou-se um entendimento que será exposto a seguir:

Ementa: Direito Constitucional. Recurso Extraordinário com Repercussão Geral. Medicamentos não registrados na Anvisa. Impossibilidade de dispensação por decisão judicial, salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de registro. 1. Como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) por decisão judicial. O registro na Anvisa constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de

preços. 2. No caso de medicamentos experimentais, i.e., sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los. Isso, é claro, não interfere com a dispensação desses fármacos no âmbito de programas de testes clínicos, acesso expandido ou de uso compassivo, sempre nos termos da regulamentação aplicável. 3. No caso de medicamentos com eficácia e segurança comprovadas e testes concluídos, mas ainda sem registro na ANVISA, o seu fornecimento por decisão judicial assume caráter absolutamente excepcional e somente poderá ocorrer em uma hipótese: a de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016). Ainda nesse caso, porém, será preciso que haja prova do preenchimento cumulativo de três requisitos. São eles: (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 pleiteado em renomadas agências de regulação no exterior (e.g., EUA, União Europeia e Japão); e (iii) a inexistência de substituto terapêutico registrado na ANVISA. Ademais, tendo em vista que o pressuposto básico da obrigação estatal é a mora da agência, as ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. 4. Provimento parcial do recurso extraordinário, apenas para a afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando 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; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União. (RE 657718, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2019, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-267 DIVULG 06-11-2020 PUBLIC 09-11-2020)⁶⁸

Segundo a tese que foi fixada pelo supremo o estado não poder através de uma decisão judicial ser obrigado a fornecer um medicamento que não esta regulado pela ANVISA, em regra, não pode um magistrado de primeiro grau por exemplo julgando uma ação que pleiteia um medicamento que não esta devidamente registrado, obrigar o estado a fornece-lo, antes de observar alguns critérios que possibilitariam este fato.

No que se refere o registro perante a ANVISA seria este o responsável, entre outros pelo controle de qualidade do medicamento, o que tem impacto diretamente na saúde pública, a primeiro momento, este medicamento para estar registrado perante a este órgão fiscalizador tem que cumprir uma serie de requisitos, que

⁶⁸ Idem.

quando cumpridos, demonstrariam que este medicamento esta apto a ser fornecido para a população, e por estes motivos não poderia o magistrado, obrigar o estado ao fornecimento de medicamentos sem estes registros, devido aos impactos negativos que poderiam ser causados.

Conforme já exposto, o magistrado observando alguns critérios pode obrigar o estado a fornecer o medicamento sem registro para a população, contudo, ainda assim alguns medicamentos estão completamente vedados como os experimentais ou sem comprovação científica, de eficácia e segurança ou ainda em fases de pesquisa e testes, esses em hipótese alguma podem ser fornecidos a população, claramente exceto para testes e afins.

Com relação a um medicamento que tem eficácia e segurança comprovada e que já passou por teste de segurança, porem ainda não foi registrado pela ANVISA, ou seja, falta somente uma questão burocrática, o magistrado até pode conceder este a quem demanda, se observado o critério de mora razoável da ANVISA de apreciar o pedido de registro, bem como, o cumprimento de alguns requisitos, qual seja, a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); a existência de registro do medicamento pleiteado em renomadas agências de regulação no exterior; a inexistência de substituto terapêutico registrado na ANVISA, e desta forma, levando-se em conta que o motivo ensejador deste pedido é a mora da ANVISA, ou seja uma estatal, as ações que busquem estes tipos de medicamentos necessariamente tem que serem ajuizadas em face da união.

Em suma o poder judiciário não pode obrigar o estado a fornecer medicamentos que não estejam regulados pela ANVISA, em regra, contudo existe a exceção consistente em um medicamento que tem sua eficácia e segurança comprovada, e já passou por teste de segurança, mas somente o que impede a sua comercialização e a mora da ANVISA em registra-lo, neste caso o magistrado pode observar o caso concreto e se estão cumpridos alguns deste requisitos, quais sejam, a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); a existência de registro do medicamento pleiteado em renomadas agências de regulação no exterior; a inexistência de substituto terapêutico registrado na ANVISA, e caso estejam cumprido esses requisitos podem ser deferidos em decisões judiciais.

5.2 Julgados e Posicionamentos do Supremo Tribunal Federal com Relação a Medicamentos de Alto Custo

Um assunto que sempre está em evidência, e sendo notícia nas mídias são as demandas de judicialização de medicamentos de auto custo, e este fato voltou a ser debatido na presente data, porquanto, o recente nomeado Ministro da Suprema Corte Cristiano Zanin, em recente decisão conforme se extrai do endereço eletrônico do STF⁶⁹ obrigou que o estado fornecesse um medicamento chamado zolgensma⁷⁰, conhecido popularmente como o remédio mais caro do mundo, ou seja, existe na Suprema Corte, alguns parâmetros ou entendimentos que disciplinam a questão, e desta forma, é proveitoso o seu estudo.

Contudo para falarmos sobre este assunto especificamente, usaremos como fonte o endereço eletrônico do STF⁷¹ do qual podemos extrair a informação que no ano de 2010 o plenário da corte se reuniu para julgar as suspensões de Tutela (STA) 175, 211 e 278; das Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; e da Suspensão de Liminar (SL) 47 de relatoria do Ministro Gilmar mendes, e neste sentido foi indeferido 9 recursos interpostos pelo poder público contra decisões do judiciário que de alguma forma determinaram que o Sistema Único de Saúde fosse obrigado a fornecer medicamentos que possuem um valor elevado ou algum tratamento que por ventura não fosse disponibilizado pelo sistema único de saúde a pacientes que possuem doenças graves, conforme pode-se extrair da ementa abaixo:

EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - sus. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento:

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 62.049 CEARÁ**. Relator: Min. Cristiano Zanin. Data do Julgamento: 4 set. 2023. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Rcl62049Mrito.pdf>. Acesso em: 16 set. 2023.

⁷⁰ Conhecido como o medicamento mais caro do mundo – custa inacreditáveis US\$ 2,1 milhões (cerca de R\$ 11,5 milhões) por paciente –, Zolgensma é usado para tratar crianças com atrofia muscular espinhal (AME) e acaba de receber registro da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), permitindo que seja comercializado no Brasil. Produzido pela suíça Novartis, o Zolgensma promete neutralizar em crianças de até dois anos os efeitos da atrofia muscular espinhal, doença rara que pode causar a morte antes dessa idade. Até 2017, a AME não tinha tratamento no Brasil.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Poder Público deve custear medicamentos e tratamentos de alto custo a portadores de doenças graves, decide o Plenário do STF**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122125&ori=1>. Acesso em: 16 set. 2023.

Zavesca (miglustat). FÁRMACO REGISTRADO NA ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.⁷²

Importante ressaltar que a votação foi unânime, todos os ministros seguiram a relatoria, apesar de demonstrarem uma certa cautela no assunto, os ministros entenderam que o estado deve fornecer um medicamento apesar de seu auto custo, a referida cautela se dá por conta que em se tratando deste assunto, deveria antes de qualquer julgamento se observar cada caso em concreto, tendo em vista que o estado teria que arcar com o ônus deste fato, contudo, em se tratando de tratamentos puramente experimentais, que não foram testados pelo SUS, desde aquela época já foi determinado que este em específico não seria obrigação do estado, importante salientar que ocorreu em abril de 2009 uma audiência pública onde os ministros da referida corte ouviram autoridades no assunto para melhor entender o caso.

5.2.1 Julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 566471, Tema 6

O presente caso conforme informações que se extrai do próprio STF⁷³ trata-se de recurso interposto pelo Estado do Rio Grande do Norte, motivado pela sua tentativa de recusa em fornecer o medicamento citrato de sildenafila indicado para o tratamento de cardiomiopatia isquêmica e hipertensão arterial pulmonar em favor de pessoa idosa e carente, sob o pretexto de que este medicamento possui um alto custo, bem como não existe previsão de fornecimento deste pelo estado, a paciente conseguiu o medicamento logo em decisão do juiz de primeiro grau, e a decisão foi confirmada pelo Tribunal do estado, chegando o presente caso até a Suprema Corte.

No julgamento do presente caso, a Suprema Corte Brasileira decidiu que o estado não é obrigado a fornecer medicamentos de auto custo que não estão previstos na relação do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 CEARÁ**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data do Julgamento: 17 mar. 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 16 out. 2023.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo não registrados na lista do SUS (atualizada)**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095&ori=1>. Acesso em: 16 set. 2023.

Excepcional, do Sistema Único de Saúde (SUS), exceto em casos concretos que possuem alguma excepcionalidade, ocorre que, o julgamento do referido Recurso Extraordinário (RE) 566471, por hora, não ficou definido o que seriam estes casos excepcionais, este assunto vai ser definido na tese de repercussão geral, o tema 6 do STF, consta ainda a informação de que esse tema 6 vai atingir cerca de 42 mil processos em tramite atualmente.

Somente a título de curiosidade, em relação a este caso específico oito ministros seguiram a relatoria do Ministro Marco Aurelio Mello, no ano de 2016, entendendo que em se tratando de medicamento que possuem um elevado valor, o estado até pode ser compelido ao seu fornecimento, mas teria que ser em caso de extrema necessidade, comprovada a hipossuficiência dos requerentes e de sua família.

Por fim, com relação a este julgamento, o ministro Edson Fachin, votou de forma divergente da corrente vencedora, porquanto, no tramite processual o referido medicamento foi devidamente registrado. Por sua vez o Ministro Alexandre de Moraes acompanhando a relatoria, enxergou uma problemática acerca do excesso de demandas judiciais, e o problema que seria causado por elas, porquanto, apesarem de serem legítimas e pleitearem demandas de relevante valor, causaria problemas a coletividade, como o comprometimento de parte de um orçamento que seria coletivo em benefício da individualidade.

Cumprе salientar que até a data que esta tese está sendo escrita, o tema 6 do Supremo Tribunal Federal, ainda não foi discutido de forma conclusiva, assim, ainda não há especificado o que seriam essas causas excepcionais.

5.2.2 Julgamento do Reclamação (RCL) 62049

Conforme ventilado de forma resumida no tópico anterior, o presente assunto envolvendo medicamentos de auto custo sempre está nas mídias, e isso voltou a ser notícia, devido o recente julgamento da Reclamação (RCL) 62049, de relatoria do ministro recém nomeado a corte Cristiano Zanin, onde o ministro determinou que a união forneça o medicamento conhecido como zolgensma, para uma criança de 2 anos de idade, cumprе salientar que o referido medicamento é conhecido por seu auto custo, sendo chamado popularmente de “remédio mais caro do mundo”.

Importante ressaltar-se que o Superior Tribunal de Justiça sob o pretexto de que o Sistema Único de Saúde fornece outro medicamento que seria capaz de retardar a progressão da doença, não obstante a criança em questão já teria mais de 2 anos de idade e assim não seria o zolgensma o medicamento mais indicado para seu tratamento, por estes motivos em decisão o relator do caso no STJ negou o fornecimento desse medicamento, neste ponto ressalta-se que de certa forma o STJ não foi contra ao que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, até podemos dizer que o STJ aplicou corretamente o entendimento da corte ao negar o pedido, tendo em vista que este remédio conforme sua regulação pela ANVISA seria indicado para crianças de até 2 anos, idade inferior a que possui o requerente do presente caso, bem como, o requerente possui idade em que em “tese” não poderia mais receber o medicamento, assim teria que se valer de outros remédios alternativos oferecidos pelo sistema único de saúde.

Inconformados com a decisão emanada do STJ os reclamantes recorreram até a Suprema Corte, desta forma, o Ministro Zanin em decisão do presente caso observou alguns aspectos relevantes sobre o tema.

A primeiro momento por tudo que foi estudado para elaborar a presente tese, em que assim foi possível identificar que uma das maiores bases para o que encontramos hoje em relação a saúde pública no Brasil é o artigo 196 da Constituição Federal, isso de certa forma foi validado pelo Ministro, senão vejamos:

Como se sabe, a Constituição Federal prescreve, no art. 196, ser a saúde direito de todos e dever do Estado, sendo necessário o estabelecimento de um sistema de acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. A concretização do direito à saúde, por óbvio, perpassa pela devida, suficiente e correta aplicação de recursos públicos. A questão, muitas vezes complexa, ganha contornos mais dramáticos, a ensejar uma atuação mais firme do Poder Judiciário em situações limítrofes de vida ou morte⁷⁴

De certa forma o ministro reconheceu o direito a saúde previsto na Carta Magna, bem como a necessidade da intervenção do poder judiciário em determinadas situações, o Ministro também reconheceu que o STJ não contrariou a norma jurídica quando indeferiu o pedido, em tese, esse assunto por esse motivo não poderia passar por uma espécie de reexame pelo STF, contudo, os ministros ressaltaram a importância do presente caso que trata de assunto de extrema relevância, possuindo assim uma prioridade.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 62.049 CEARÁ**, op. cit., loc. cit.

O Ministro Zanin lembrou que segundo próprio entendimento da corte medicamentos que não estão devidamente registrados no Brasil, não poderia o estado ser obrigado ao seu fornecimento, contudo, o zolgensma possui registro e esta regulado pelo SUS desde dezembro de 2022, desta forma, não haveria assim obstáculos para o seu fornecimento, quanto a idade do reclamante ressaltou o ministro que a própria corte já forneceu o acesso ao mesmo medicamento a pessoas com idade superior a 2 anos, não obstante o reclamante completou 2 anos de idade recentemente, bem com, a união já teria comprado o referido medicamento, por fim o ministro ressaltou que diante do que foi decidido quando julgado o tema 500 do STF, amplamente exposto no presente trabalho, não “haveria óbices a concessão do tratamento requerido”

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste ponto final do presente trabalho de conclusão de curso diante do extenso material usado para sua elaboração consistente em doutrinas, teses, artigos científicos, acórdãos, decisões da Suprema Corte e tudo mais que serviu de fonte para a elaboração do presente estudo, a primeiro momento cumpre salientar que de forma alguma o presente trabalho tem como objetivo se colocar contra as decisões judiciais que por ventura “obriguem” o estado a fornecer um medicamento a quem precisa, mas sim, fazer um estudo sobre os impactos que essas decisões poderiam causar, noutra giro, embora alguns assuntos abordados na presente dissertação pareçam simples, a exposição deste fato, desta forma, também se justifica por outro objetivo, que é ser um texto de fácil entendimento, inclusive para quem não tem afinidade ou conhecimentos jurídicos, desta forma, o presente trabalho buscou ter a linguagem mais clara e simples possível.

Assim, considerando o tema ativismo judicial: a intervenção do poder judiciário como fonte de garantia de acesso a saúde pública, o primeiro capítulo se dedicou a contar de forma concisa a história da saúde pública no Brasil, como a saúde pública se desenvolveu até ser o que encontramos hoje, e isso teve um objetivo, para que ao final do primeiro capítulo, o leitor obviamente, entenda o que vem a ser saúde pública, para assim compreender de forma mais completa os demais temas que seriam tratados no trabalho.

Considerando tudo o que foi colocado no primeiro capítulo, chegou-se a conclusão que o que temos hoje como garantia de acesso a saúde pública adveio com a promulgação da Constituição Federal, que trouxe em seu em seu artigo 196 o direito de acesso a saúde pública, como sendo um direito fundamental dos cidadãos e dever do estado fomenta-las por meio de políticas públicas, desta forma, fazendo uma análise do artigo, a constituição mais do criar um direito ao cidadão consistente em seu “direito a saúde pública” o referido artigo também criou um dever ao estado, que ficou sendo o responsável por fomentar essa saúde pública por meio de políticas públicas, neste ponto podemos concluir que políticas públicas são atos que visão satisfazer uma demanda da sociedade, e neste sentido foi criado o Sistema Único de Saúde, considerado uma das maiores políticas públicas voltadas a satisfazer a demanda referente a saúde existente no mundo, só que o SUS muitas das vezes acaba falhando, ou não operando do jeito necessário, neste sentido foi

feito um estudo sobre as causas que tornam esse sistema falho, dentre os quais podemos ressaltar a falta de empenho de verba, má administração ou até mesmo corrupção por parte de seus dirigentes.

Essas colocações nos levam a entender o porquê das demandas judiciais envolvendo saúde pública, se de um lado temos a Constituição Federal falando que os cidadãos têm o direito ao acesso à saúde pública, mas quando estes cidadãos procuram essa saúde não obtêm êxito, só resta à população judicializar essa demanda, para que o poder judiciário seja a fonte de garantia desse direito que o cidadão possui.

Assim foi necessário diferenciar o que vem a ser judicialização da saúde ou judicialização de demandas da saúde e ativismo judicial, que embora muito parecidos não se tratam da mesma coisa efetivamente. Desta forma, o presente trabalho também alcançou a judicialização da saúde, em que a primeira vez foi feito um estudo sobre essas demandas no Brasil, suas causas, impactos, aspectos relevantes sobre o assunto e as problemáticas que envolvem essas demandas.

O trabalho chegou enfim, após toda essa parte introdutória a tratar de ativismo judicial, onde a primeira vez foi falado o que seria ativismo judicial. Por tudo que foi estudado podemos definir ativismo judicial como um comportamento positivo de juízes, que com seus entendimentos vão preenchendo brechas que porventura o ordenamento jurídico pode apresentar, diferente da judicialização da saúde quando um magistrado baseado em um direito posto com normas já existentes decide ou não se vai compelir o estado a fornecer um medicamento a que pleiteia vias judiciais, o ativismo judicial vai além, onde um Ministro por exemplo, fundamentado em suas convicções de algum entendimento a uma norma, cito o tema 6 que os Ministros da Suprema Corte irão decidir o que seriam as “causas excepcionais” onde o estado poderia ser obrigado a fornecer um medicamento que não possui registro no Brasil, ou quando o Supremo Tribunal Federal poderá dispor sobre a conduta de portar drogas para consumo pessoal.

Consequentemente foi exposta a primeira vez de forma geral as problemáticas que envolvem o ativismo genericamente, para depois assim adentrar em ativismo voltado para a área da saúde pública, sendo expostos casos em que poderiam existir um posicionamento ativista dos magistrados.

No que tange o ativismo judicial voltado para a saúde pública, embora seja preciso reconhecer a importância do assunto tratado, é necessário ter atenção e de

certa forma um controle sobre posicionamentos ativistas, considerando tudo que foi tratado no presente trabalho pode-se afirmar que um dos pilares da democracia é a forma em que o estado democrático de direito é dividido, qual seja o legislativo o executivo e judiciário sendo poderes independentes e autônomos entre si, e conforme amplamente exposto a principal problemática levantada por doutrinadores, embora cada um chame de alguma forma, mas no fim acabam por convergir no sentido da preocupação de invasão de um poder em outro, a exemplo o poder judiciário adentrando o poder legislativo através de posicionamento ou decisões ativistas, podendo existir assim um risco para democracia.

Neste sentido, uma das frases mais conhecidas de Maquiavel consistente em “os fins justificam os meios”, podemos dizer que quando se trata de ativismo judicial, devida vênua, o pensamento tem que ser contrário, embora se trate de uma das matérias mais nobres e relevantes existentes, qual seja a saúde, o magistrado através de um comportamento ativista não pode extrapolar as suas funções, ir além daquilo que lhe é atribuído, desta forma, não parece correto por exemplo, uma discussão atual da Suprema Corte, envolvendo um questão de saúde pública, que pode acabar por dando novos parâmetros a conduta de portar drogas para consumo pessoal, sendo que este fato deveria ser discutido pelo poder legislativo.

Conforme pode-se observar compulsando a presente dissertação, propositalmente as grandes decisões em matéria de saúde foram as da Suprema Corte, devido a relevância e efeito cascata que uma decisão da Corte pode acarretar, neste ponto, cumpre salientar que de fato a Suprema Corte possui a função de “guardiã” da Constituição, contudo, realizando esta função a própria Corte não pode extrapolar os limites que as leis impõe para a sua atuação, conforme disse o advogado Antônio Carlos de Almeida Castro, conhecido popularmente como KAKAY, no julgamento sobre prisão em segunda instância “o Supremo pode muito, mas não pode tudo”, desta forma, existem limites para a sua atuação que não podem ser extrapolados, seja por qual motivo for.

REFERÊNCIAS

AMB. Associação Médica Brasileira. **Estudo do Banco Mundial Aponta que SUS tem 30% de Gasto Ineficiente.** Disponível em: <https://amb.org.br/brasil-urgente/estudo-do-banco-mundial-aponta-que-sus-tem-30-de-gasto-ineficiente>. Acesso em: 09 abr. 2023.

ANAHP. Associação Nacional de Hospitais Privados. **Aos 30 anos SUS precisa de mais eficiência e renovação.** Disponível em: <https://www.anahp.com.br/noticias/aos-30-anos-sus-precisa-de-mais-eficiencia-e-renovacao/>. Acesso em: 09 abr. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium - **Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em 15 abr. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 02 abr. 2023

BRASIL. GOV.BR. **Constituição Federal reconhece saúde como direito fundamental.** 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/constituicao-30-anos/textos/constituicao-federal-reconhece-saude-como-direito-fundamental>. Acesso em: 01 abr. 2023.

BRASIL. GOV.BR. **Sistema Único de Saúde: Estrutura, Princípios e Como Funciona.** Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z/s/sus>. Acesso em: 04 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 CEARÁ.** Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data do Julgamento: 17 mar. 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 16 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 855.178 Sergipe.** Relator Min Luiz Fux. Data da Publicação: 16 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo não registrados na lista do SUS (atualizada).** Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095&ori=1>. Acesso em: 16 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Poder Público deve custear medicamentos e tratamentos de alto custo a portadores de doenças graves, decide o Plenário do STF**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=122125&ori=1>. Acesso em: 16 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 62.049 CEARÁ**. Relator: Min. Cristiano Zanin. Data do Julgamento: 4 set. 2023. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Rcl62049Mrito.pdf>. Acesso em: 16 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 657718**. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411857&ori=1>. Acesso em: 09 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 855.178 Sergipe**. Relator: Min. Luiz Fux. Data do Julgamento: 19 dez. 2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=5452582>. Acesso em: 26 jul. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 793**. Recurso Extraordinário 855178 - Relator: Min Luiz Fux Disponível em: https://www.tjpe.jus.br/web/vice-presidencia/nugep/noticias/-/asset_publisher/ycFvOoAr1XZ2/content/tema-793-stf-definir-a-responsabilidade-solidaria-dos-entes-federados-pelo-dever-de-prestar-assistencia-a-saude-?inheritRedirect=false. Acesso em: 19 jun. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 793. Recurso Extraordinário 855178 RS**. Relator: Min. Luiz Fux. Data do Julgamento: 05 mar. 2015. Data da Publicação: 16 mar. 2015. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&origem=AP&classeNumeroIncidente=RE%20855178. Acesso em: 27 jul 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema. 1.234**. Recurso Extraordinário 1366243. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=495030&ori=1>. Acesso em: 19 jun. 2023.

CANIMURA, Lenir. **Dados processuais de saúde podem ser monitorados em painel do CNJ**. 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/dados-processuais-de-saude-podem-ser-monitorados-em-painel-do-cnj/>. Acesso em: 17 jul. 2023.

CHAGAS, Flávia de Azevedo Faria Rezende. **A judicialização da saúde e as tutelas de urgência**: uma visão do plantão do Poder Judiciário. 2019. Disponível em:

https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/handle/icict/39671/ve_Flavia_de_Azevedo_ENSP_2019?sequence=2. Acesso em: 17 jul. 2023.

ENGELKE, Claudio Ruiz; COSTA, José Ricardo Caetano. **O Judiciário Brasileiro e a Intervenção nas Políticas Públicas de Saúde**. 2017. Disponível em:

<https://indexlaw.org/index.php/revistadssps/article/view/2492/pdf>. Acesso em: 15 abr. 2023.

FIOCRUZ. Fundação Oswaldo Cruz. **Universalidade**. Disponível em:

<https://pensesus.fiocruz.br/universalidade> Acesso em: 08 abr. 2023.

FIOCRUZ. **Fundação Oswaldo Cruz**: uma instituição a serviço da vida. **A Fundação**. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/fundacao>. Acesso em: 13 ago. 2023.

FUNASA. **Fundação Nacional de Saúde (FUNASA)**. Disponível em:

<http://www.funasa.gov.br/a-funasa1>. Acesso em: 13 ago. 2023.

HEMOBRÁS. **Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia**. Disponível em: <https://hemobras.gov.br/>. Acesso em: 13 ago. 2023.

INCA. Instituto Nacional de Câncer. **Institucional**. Disponível em:

<https://www.gov.br/inca/pt-br/aceso-a-informacao/institucional>. Acesso em: 13 ago. 2023.

INSPER. Instituto de Ensino e Pesquisa. **Judicialização da Saúde o Brasil: Perfil das Demandas, Causas, e Propostas de Solução**. 2019. Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2023.

INTO. Instituto Nacional de Traumatologia e Ortopedia. **Apresentação**. Disponível em:

<https://www.into.saude.gov.br/institucional/apresentacao>. Acesso em 13 ago. 2023.

JUCATELLI, João Paulo. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE, ATIVISMO JUDICIAL E O CONSEQUENTE DESEQUILÍBRIO DO ORÇAMENTO PÚBLICO. **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**, [S. l.], n. 3, p. 59–65, 2016. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/519>. Acesso em: 2 out. 2022.

NOGUEIRA, Pablo. **STF retoma esta semana julgamento sobre descriminalização da posse de drogas sob críticas do legislativo**. 2023.

Disponível em: <https://jornal.unesp.br/2023/08/14/stf-retoma-esta-semana->

juizamento-sobre-descriminalizacao-da-posse-de-drogas-sob-criticas-do-legislativo/. Acesso em: 19 ago. 2023.

OLIVEIRA NETTO, Sérgio de. **O princípio da reserva do possível e a eficácia das decisões judiciais**. 2005. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2005;2000779650>. Acesso em: 28 ago. 2023.

RAMOS, Elival Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Livro. (1 recurso online). ISBN 9788502622289. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502622289>. Acesso em: 20 jun. 2023.

RUA, Maria das Graças. **Análise de Políticas Públicas: Conceitos Básicos**. Disponível em: <https://www.univali.br/pos/mestrado/mestrado-em-gestao-de-politicas-publicas/processo-seletivo/SiteAssets/Paginas/default/RUA.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2023.

SILVA, Allysson Cristiano Rodrigo da. **Análise do ativismo judicial como instrumento de efetivação do direito à saúde**. 2017. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/12789>. Acesso em: 20 jul. 2023.

UNA-SUS. **Você Sabe o que é Equidade?** Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/voce-sabe-o-que-e-equidade>. Acesso em: 08 abr. 2023.