

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO / PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

LUCIANA DE PAULA LIMA GAZZOLA

**OBSERVATÓRIO DO JUDICIÁRIO SOB A ÓTICA DO
DIREITO À SAÚDE:
repensando sua dimensão processual e a aplicação de
precedentes judiciais**

Belo Horizonte
2014

LUCIANA DE PAULA LIMA GAZZOLA

**OBSERVATÓRIO DO JUDICIÁRIO SOB A ÓTICA DO
DIREITO À SAÚDE:
repensando sua dimensão processual e a aplicação de
precedentes judiciais**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Doutor Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves.

Belo Horizonte
2014

Gazzola, Luciana de Paula Lima
G291o Observatório do judiciário sob a ótica do direito à
saúde : repensando a dimensão processual e a aplicação
de precedentes judiciais / Luciana de Paula Lima Gazzola.
- 2014.

Orientador: Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de
Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito processual - Teses 2. Direito à saúde -
Aspectos constitucionais 3. Direitos humanos 4.
Direitos e garantias individuais I. Título

CDU: 342.7:614(81)

LUCIANA DE PAULA LIMA GAZZOLA

**OBSERVATÓRIO DO JUDICIÁRIO SOB A ÓTICA DO DIREITO À SAÚDE:
repensando sua dimensão processual e a aplicação de precedentes judiciais**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Minas Gerais, visando a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Belo Horizonte, de 2014.

Componentes da Banca Examinadora:

Professor Doutor Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves (Orientador)
Universidade Federal de Minas Gerais

Professor Doutor Fernando Gonzaga Jayme (Titular)
Universidade Federal de Minas Gerais

Professor Doutor André Luiz Barbosa Roquette (Titular)
Universidade FUMEC

Professor Doutor Dierle José Coelho Nunes (Suplente)
Universidade Federal de Minas Gerais

Agradecimentos

Ao estimado professor Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, que encarna a emblemática figura do juiz, pauta seu ofício pelos prismas da ética e da busca da justiça e não mostra nenhuma divergência entre o que ensina em sala de aula e o que efetivamente pratica, pelo incentivo, motivação, amizade e tolerância.

Aos professores das Faculdades de Direito e de Medicina da UFMG, pelo desprendimento e determinante contribuição ao que hoje defendo e acredito.

À Desembargadora Hilda Maria Pôrto de Paula Teixeira da Costa, pela rica convivência, nos âmbitos jurídico e pessoal.

Aos amigos, por transformarem minha ausência momentânea em certeza de compreensão e ternura.

Aos alunos, por carinhosamente fomentarem meu permanente desejo de aprender, para que eu me visse capaz de ensinar.

A meus pais – meu esteio – e minha amada família, pelo mais profundo sentimento que não se pode expressar em palavras. Dedico especial atenção a meus avós e à minha tia e madrinha, Ana Lúcia Almeida Gazzola, pela inspiradora vivência acadêmica e produção intelectual.

Ao Fred, meu fiel incentivador, pelo que foi e o que ainda está por vir.

A todos que, de alguma forma, contribuíram para a realização do trabalho, que nunca é obra exclusiva de quem se declara autor.

Meu sincero muito obrigada.

Embora seja desejável atingir a finalidade apenas para um único homem, é mais nobilitante e mais divino atingi-la para uma nação ou para as cidades.

Aristóteles. Ética a Nicômaco.

RESUMO

Os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente outorgam ao indivíduo o direito a prestações estatais, fundamentando a ideia de justiciabilidade desses direitos, ora avaliados sob a égide da saúde, e outorgando ao Judiciário um atual papel em sua efetivação. No âmbito da dimensão individual e coletiva do direito à saúde, observa-se que os Tribunais têm adquirido crescente visibilidade social: não são a única via para a efetivação de interesses legítimos, embora a sociedade os enxergue como titulares da obrigação de colaborar com o restante do Estado na formulação de políticas públicas, promovendo, em conjunto com o Executivo, a inclusão social. Devido à necessidade de se observar a reformulação do sistema de justiça após a explosão de litigiosidade observada com a democratização do país, realizou-se um diagnóstico da prestação jurisdicional no tema da saúde, por meio de um observatório do Judiciário sob o prisma do direito sanitário. Foram analisadas decisões judiciais em matéria de saúde proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, com foco no fornecimento de medicamentos oncológicos de alto custo pelo poder público. Tornou-se possível verificar causas de não efetividade da jurisdição em matéria de saúde, bem como a frequentemente inadequada aplicação da teoria dos precedentes judiciais, que se preconiza seja devidamente adotada e empregada no Brasil, com vistas à racionalização das decisões judiciais na matéria. Mecanismos outros como a tutela coletiva do direito à saúde e o fortalecimento de métodos alternativos de solução de conflitos são também preconizados como formas de se redimensionar a expressiva litigância nessa seara. Por fim, um modelo gestor de administração da justiça que permita desburocratizar procedimentos, bem como conciliar celeridade com segurança jurídica, é uma das soluções preconizadas para aparelhar o Judiciário com vistas a enfrentar os desafios do presente século.

Palavras-chaves: Judicialização da saúde, Observatório do Judiciário, Direitos fundamentais, Teoria dos precedentes judiciais, Processo civil constitucional.

ABSTRACT

The constitutionally assured fundamental rights grant to the individual the right to governmental services, giving ground to the idea of these rights being subject to justiciability, presently evaluated under the standpoint of health, and bestowing upon the Judiciary a current role in its implementation. In the realm of the individual and collective dimension of the right to health, it is observed that the Courts have acquired increasing social visibility: they aren't the only avenue to make these legitimate interests effective, although society sees the Courts as the holders of the obligation to collaborate with other governmental instances in the formulation of public policy, promoting, together with the Executive Branch, social inclusion. Because of the need to reform the Judiciary System after the explosion of litigation observed in the wake of the democratization of the country, a diagnosis of the delivery of justice on the topic of health was made, by means of checks on the Judiciary Branch from the viewpoint of right to health. Judicial decisions on health matters by the Federal Supreme Court, the Superior Judiciary Court, and the Judicial Court of the State of Minas Gerais were analyzed, with focus on the delivery of very expensive oncology medications by the government. It was possible to verify causes for the lack of judicial effectiveness in health matters, as well as the often inadequate application of the theory of judicial precedent, which is recommended to be rightly adopted and utilized in Brazil, with the goal of making the judicial decisions on the matter more rational. Other mechanisms such as class actions for the right to health and the strengthening of alternative methods for conflict resolution are also recommended as a way to re-size the high number of litigation in this context. Finally, a model for the management of administration of justice that will allow procedures to become less bureaucratic, as well as make expeditiousness compatible with judicial security, is one of the recommended solutions to provide the Judiciary Branch with the means to face the challenges of the current century.

Keywords: Expansion of judicial power; Checks on the Judiciary Branch; Fundamental rights; Theory of judicial precedent; Constitutional civil process.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgRg – Agravo Regimental

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

CACON – Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

MS – Mandado de Segurança

NATs – Núcleo de Avaliação de Tecnologia em Saúde

PNM – Política Nacional de Medicamentos

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

RENAME – Relação Nacional de Medicamentos Essenciais

RMS – Recurso Ordinário em Mandado de Segurança

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

SUS – Sistema Único de Saúde

TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
PRIMEIRA PARTE: Premissas doutrinárias sobre o direito à saúde e sua defesa em juízo	14
2 SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL, HUMANO E FUNDAMENTAL	14
3 A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À SAÚDE	17
3.1 Acesso à justiça	18
3.2 Judicialização de políticas públicas e ativismo judicial	23
SEGUNDA PARTE: A aplicação da teoria do precedente judicial	32
4 TEORIA NORMATIVA DO PRECEDENTE JUDICIAL	32
4.1 A força vinculante do precedente pela identificação da <i>ratio decidendi</i>	34
4.2 Os métodos de oxigenação do direito jurisprudencial	36
4.3 A força normativa dos precedentes dos Tribunais Superiores	40
TERCEIRA PARTE: Observatório do Judiciário Brasileiro sob o prisma do direito à saúde	43
5 O QUE PRETENDE UM OBSERVATÓRIO DO JUDICIÁRIO	43
6 CRITÉRIOS ADOTADOS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES E PELO CNJ	47
6.1 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	47
6.2 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça	52
6.3 Recomendações do Conselho Nacional de Justiça	55
7 A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES NA JURISPRUDÊNCIA DO TJMG	57
QUARTA PARTE: Parâmetros para a eficácia e efetividade do direito à saúde	65
8 PARÂMETROS DE RACIONALIZAÇÃO DA ATUAÇÃO JUDICIAL	65
8.1 Métodos alternativos de solução de conflitos	71
8.2 A correta aplicação da teoria dos precedentes judiciais	75
8.3 Limites à atuação judicial	79
8.4 A tutela coletiva da saúde	83
8.5 Democratização da gestão	86
9 CONCLUSÃO	94
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR	101

1 INTRODUÇÃO

A relevância pública atribuída constitucionalmente ao direito à saúde fundamenta-se em sua ligação umbilical com o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana. O direito à saúde é direito humano fundamental e, apesar de constituir direito social normalmente abrigado em normas constitucionais ditas programáticas, integra o mínimo existencial ao qual são atribuídas eficácia integral e aplicabilidade imediata.

O direito à saúde assegurado pela Constituição da República de 1988 outorga ao indivíduo o direito a prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente. Nesse contexto, o papel do Poder Judiciário na realização de tal direito tem ganhado cada vez mais importância, sendo alvo constante de debates calorosos em demandas levadas à justiça, que só aumentam ao longo dos anos. São ainda atuais as discussões acerca da eficácia integral e da aplicabilidade imediata dos direitos sociais e, mais especificamente, do direito à saúde, aspecto que se relaciona com a aptidão para reivindicá-los pela via judicial.

Os cidadãos sustentam expectativas positivas legítimas sobre o Poder Judiciário, colocado, com frequência, como protagonista a desempenhar papel fundamental na aproximação entre a coletividade e o Estado. Esse protagonismo observado nos dias atuais, que, por vezes, beira o ativismo exacerbado, revelou as grandes limitações do Judiciário em responder ao volume e à complexidade das demandas que lhe são dirigidas, especialmente no que tange à efetivação de direitos sociais. Desnudaram-se, assim, certa inefetividade da jurisdição e a crise em que se encontra a justiça. Crise que impulsiona um progressivo processo de reforma.

Em face, portanto, das discussões sobre o protagonismo dos Tribunais¹, o papel que desempenham nas sociedades contemporâneas e a consequente crise pela qual têm passado, fala-se em um desejado movimento de transformação da justiça. E, para que esse movimento se efetive, torna-se necessário que o Poder Judiciário seja

¹ O termo Tribunais será utilizado, doravante, em sentido mais abrangente, incluindo todos os órgãos jurisdicionais, inclusive os de primeiro grau, por inexistir expressão única que abarque, no Brasil, a amplitude dos órgãos que proferem decisões de teor jurisdicional.

alvo constante de observação, reflexão e debate, com avaliação crítica do desenvolvimento de suas atividades, das causas de inefetividade de suas ações e de seu papel social. É o que objetiva a linha de pesquisa intitulada “Observatório do Judiciário”, desenvolvida na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

Muito já se discutiu acerca da denominada judicialização do direito à saúde, de sua dimensão subjetiva, exigibilidade e garantia de seu conteúdo essencial, bem como sobre o conflito entre o que se entende por mínimo existencial e reserva do possível. Contudo, o que ora se propõe insere-se em contexto diverso e, talvez, mais amplo: o do observatório da justiça brasileira, sob a ótica específica da comunicação entre o Judiciário e a sociedade e da possível inefetividade da jurisdição em matéria de direito sanitário, bem como suas causas e possíveis soluções.

O objetivo deste estudo é, justamente, acompanhar e analisar o desempenho dos órgãos que integram a justiça brasileira e suas atividades jurisdicionais no âmbito do direito à saúde, realizando um diagnóstico da prestação jurisdicional e verificando possíveis causas de não efetividade da jurisdição sob a ótica do mencionado direito, além da aplicação dos precedentes judiciais referentes à matéria.

Tal iniciativa se deve à necessidade de observar a atual reformulação do sistema de justiça, com vistas à ampliação do acesso ao direito e à efetivação de políticas públicas que garantam os direitos fundamentais e aproximem a sociedade do Estado. Nesse sentido, o Poder Judiciário apresenta-se como um ponto de comunicação entre o Estado e a sociedade, sendo relevante analisar a forma como tem se dado esse contato.

O método utilizado é o hipotético-dedutivo e a pesquisa, de tipo jurídico-diagnóstico e propositivo, foi feita com base em documentação legislativa, bibliografia jurídica e sociológica, coleta de dados empíricos obtidos por estudos já realizados por órgãos da justiça e por profissionais da saúde e do direito, além de observação crítica de decisões judiciais escolhidas a título de exemplificação e análise da aplicação de precedentes no país. Ressalte-se que o estudo não apresenta nítido propósito quantitativo, não sendo esta a metodologia utilizada. Não obstante, apresentar-se-ão alguns dados numéricos superficiais, não submetidos a técnicas estatísticas – por

não ser este o viés do estudo –, obtidos por ocasião da análise de conteúdo das decisões judiciais escolhidas, com o propósito tão somente de ilustrar a forma de aplicação dos precedentes judiciais pelos Tribunais pátrios.

Embora a metodologia do estudo seja centrada na pesquisa jurídica, tanto doutrinária como jurisprudencial, não deixou de exercer influência na escolha do tema a atividade profissional da autora, no período compreendido entre os anos 2002 e 2011, como médica atuante no Sistema Único de Saúde, o que não é indiferente para uma análise crítica das demandas sociais em matéria de saúde pública.

Sugere-se que a denominada judicialização do direito à saúde tomou proporções alarmantes e inviabilizadoras da efetivação das pertinentes políticas públicas, de forma integral e universalizável, como pretendido pela ideologia que norteia a criação do SUS.

Nesses termos, a questão a ser investigada consiste em verificar se o Poder Judiciário, vocacionado a realizar a justiça no caso concreto e a exercer atividade constitutiva – e não meramente declaratória – da norma jurídica, a partir do texto legal e da realidade fática, teria condições de examinar determinada pretensão a um direito social, analisando as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte e com eventual prejuízo para o todo.

Carece aprofundar, ainda, em que medida é ou não possível a efetivação de políticas públicas de saúde por meio do processo e se está o Judiciário a exorbitar sua função constitucional ao abordar o direito individual à saúde, em grande parte das situações que lhe são levadas à análise, de forma concessiva e garantista.

Outra hipótese lançada, além da referente à impossibilidade de inovação em políticas públicas pelo Judiciário – que não detém, *ab initio*, legitimidade democrática e condições plenas de avaliar a repercussão macroeconômica de suas decisões –, é a de que a aplicação de precedentes judiciais pelos próprios Tribunais não tem mostrado a racionalização e a equalização necessárias à observância da melhor técnica, com vistas à uniformização racional das decisões, na temática estudada.

Para a investigação das proposições explicitadas, dedica-se a **primeira parte** da pesquisa à análise do direito à saúde como direito social e fundamental, passível de ser garantido por meio do processo, especialmente diante da inércia do poder público em sua efetivação espontânea.

A ideia de justiciabilidade do direito à saúde aponta diretamente para o reconhecimento de situações jurídicas a favor do titular desse direito, seja no sentido de se exigir respeito e não interferência (caráter negativo defensivo), seja no que se refere a pretensões positivas de caráter prestacional e demandas por proteção, ainda que pelo recurso à via judicial.

Nesse contexto, imprescindível se torna a análise do direito de acesso à justiça, que fundamenta o Estado Democrático de Direito e estrutura as sociedades contemporâneas, uma vez que serve como instrumento de defesa de interesses legítimos.

Entendendo o acesso ao direito como garantia de efetividade dos direitos individuais e coletivos e partindo da hipótese geral de que o acesso à justiça depende da ação positiva da sociedade e do Estado, propõe-se analisar os meios de facilitação do acesso do cidadão ao direito e à justiça, no âmbito específico do direito à saúde, por meio do processo ou além dele.

A **segunda parte** do estudo é dedicada à abordagem da teoria dos precedentes judiciais, por se considerar que as demandas que versam, sobretudo, sobre fornecimento de medicamentos e tratamentos de alto custo, mostram-se repetitivas e inserem-se em um contexto de demandas de massa, sendo relevante avaliar a aplicação dos precedentes como meio de uniformização das decisões e com vistas à celeridade e à efetividade do processo.

Na **terceira parte**, propõe-se realizar um observatório do Judiciário sob o prisma do direito à saúde, a ser efetivado, especialmente, por meio de análise das decisões judiciais em matéria de saúde pública, especialmente no âmbito dos Tribunais Superiores, a fim de se fixar as balizas de interpretação processual desse direito, fornecidas pelo próprio Poder Judiciário, e de se avaliar os meios pelos quais o

poder público pode assegurar a efetividade do direito, aproximando a sociedade do Estado.

Demonstrar-se-á que, apesar da existência de parâmetros jurisprudenciais definidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF) após realização de audiência pública sobre a temática, diante da constatação da explosão de litigiosidade na matéria, a correta aplicação dos precedentes ainda não é realidade em expressiva parcela de julgados do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), sobretudo no que tange ao fornecimento de medicamentos oncológicos de alto custo pelo Estado.

Frente ao contexto observado, reserva-se à **quarta parte** do estudo a proposta de parâmetros a serem adotados com vistas à racionalização e uniformização da atuação judicial na matéria, bem como possíveis soluções para o problema da judicialização excessiva dos conflitos.

Os referenciais teóricos predominantes são a análise sociológica comparada do Judiciário português, realizada pelo grupo multidisciplinar coordenado por Boaventura de Sousa Santos, responsável pelo desenvolvimento do Observatório da Justiça Portuguesa, bem como a teoria normativa e argumentativa dos precedentes judiciais, tratada por diversos autores no âmbito dos países de tradição do *common law* e também romano-germânica e mais recentemente desenvolvida no Brasil, do modo em se defende no presente estudo, por Thomas da Rosa de Bustamante.

Ao final, pretende-se que o diagnóstico da prestação jurisdicional em matéria de saúde contribua para a elaboração de critérios que racionalizem e legitimem a atuação, não apenas judicial, mas de todos os agentes envolvidos no complexo processo de efetivação da promessa constitucional de prestação universalizada dos serviços de saúde.

PRIMEIRA PARTE: Premissas doutrinárias sobre o direito à saúde e sua defesa em juízo

2 SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL, HUMANO E FUNDAMENTAL

A ideia de que a saúde constitui um direito humano fundamental, objeto de tutela e garantia estatal, é fruto de um processo de evolução conceitual e da compreensão da própria noção de direito e de saúde, esta inicialmente ligada a uma mágica explicação da realidade, passando a ser influenciada, posteriormente, por fatores ambientais e culminando na compreensão de que constitui o completo bem-estar físico, mental e social. Há muito não mais se conceitua a saúde como mera inexistência de doenças; conceitos como qualidade de vida, equilíbrio, redução de riscos e acessibilidade integram o que hoje se entende por saúde.

É nesse contexto que se pode afirmar que o direito à saúde apresenta conteúdo amplo e complexo, por estar umbilicalmente relacionado ao núcleo existencial do direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Sob o ponto de vista filosófico e em sentido lato, um direito fundamental se refere ao direito mínimo reconhecido ao ser humano pelo simples fato de sua existência racional. Contudo, contemporaneamente, compreende-se a expressão como um direito positivado e acolhido no plano estatal interno, sobretudo constitucional, enquanto elemento essencial do ordenamento jurídico nacional.

Sendo, assim, direito fundamental positivado e garantido no plano interno – apesar de constituir direito social normalmente abrigado em normas constitucionais ditas programáticas –, integra o mínimo existencial ao qual são atribuídas eficácia integral e aplicabilidade imediata, pois, conforme leciona José Afonso da Silva, “as normas constitucionais que enunciam os direitos individuais são de aplicabilidade imediata e direta; sua eficácia não depende da intermediação do legislador”.²

² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 140.

Contudo, afirma o constitucionalista que, apesar do entendimento acerca da eficácia das normas que abrangem direitos fundamentais e da inequívoca natureza do direito à saúde como fundamental,

[...] o problema que se coloca agudamente na doutrina recente consiste em buscar mecanismos constitucionais e fundamentos teóricos para superar o caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de direitos sociais, ainda concebidas como programáticas, a fim de se possibilitar sua concretização prática.³

Já no plano internacional, os direitos humanos são aqueles reconhecidos nos instrumentos de Direito Internacional Público, inerentes ao ser humano por sua própria existência, ideia que, antes de se opor ao conceito de direito fundamental, traz um sentido de complementaridade, pois ambas constituem expressões que se reportam a distintas esferas de positivação.

É de clareza solar a explanação de Ingo Wolfgang Sarlet, que afirma que

[...] importa considerar a relevante distinção quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção das normas consagradoras dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito internacional), sendo desnecessário aprofundar, aqui, a ideia de que os primeiros – ao menos em regra – atingem (ou, pelo menos, estão em melhores condições para isto) o maior grau de efetivação, particularmente em face da existência de instâncias (especialmente as judiciárias) dotadas do poder de fazer respeitar e realizar esses direitos.⁴

Canotilho também ressalta tal diferenciação, ao argumentar que

[...] os direitos fundamentais, tal como estruturam o Estado de direito no plano interno, surgem também, nas vestes de direitos humanos ou de direitos do homem, como um núcleo básico do direito internacional vinculativo das ordens jurídicas internas. Estado de direito é o Estado que respeita e cumpre os direitos do homem consagrados nos grandes pactos internacionais.⁵

Seguindo a mesma distinção já explicitada, Valerio Mazzuoli arrola, como algumas das características dos direitos humanos, a universalidade, a vedação do retrocesso e a essencialidade, ressaltando a prevalência da dignidade humana como núcleo

³ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 140.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35-36.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Estado de Direito*. In: *Cadernos Democráticos*. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999, p. 33.

fundante da proteção de tais direitos em seu âmbito material, estando os Estados proibidos de proteger menos do que já protegem ou impor restrições que diminuam direitos já assegurados tanto no plano interno como no internacional.⁶ Dissemina-se, assim, a concepção de que “um direito humano é alguma coisa da qual nenhum ser humano pode ser despojado sem grave afronta à justiça”.⁷

A saúde é direito fundamental e direito humano protegido em diversos tratados internacionais que já se encontram ratificados pelo Brasil, sendo alguns exemplos desses instrumentos a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), que protegem, sobretudo, a integridade física, psíquica e moral da pessoa, pertencentes ao conceito amplo do que se denomina saúde.

É nesse contexto que o direito à saúde, enquanto direito fundamental e humano transnacional, se insere, reclamando proteção que se expande para além das fronteiras nacionais e exigindo atuação estatal que envolva solidariedade e procura de soluções para a efetivação dos complexos problemas observados nesta seara.

Clara é a noção de compreensão da saúde como um direito, fundamental e humano. Outrossim, o texto constitucional não apenas abriga o direito, mas também o dever fundamental de proteção à saúde, dever que não pode ser atribuível apenas ao Estado, mas também à comunidade, que deve compartilhar a responsabilidade de tutelar esse direito. Tal entendimento coaduna-se com a afirmação doutrinária da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a denominada eficácia horizontal ou externa dos direitos fundamentais.

Dirige-se o comando normativo inserto no art. 196 da Constituição Federal de 1988⁸, portanto, ao Estado, precipuamente, bem como aos demais indivíduos e à

⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 739-740.

⁷ CRANSTON, Maurice. *O que são os direitos humanos?* Rio de Janeiro: DIFEL, 1979, p. 68.

⁸ CRFB, 1988. 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 recuperação.”

sociedade, enquanto entes garantidores, ao menos, da dimensão defensiva do direito à saúde, no sentido de não interferência prejudicial.

Todavia, a dimensão que mais importa ao presente estudo é a positiva prestacional, a ser necessariamente efetivada pelo ente estatal, uma vez que tem o Estado o dever de criar mecanismos de efetivação que dependem, no mais das vezes, de prévia organização de procedimentos e prestações materiais. Negar tal dimensão obrigatoriamente positiva desse direito subjetivo individual, afirmando-se que a norma inserta no art. 196 da Constituição Federal de 1988 seria incapaz de produzir efeitos concretos, significa negar a força normativa da Constituição, considerando que a interpretação de uma norma programática não pode conduzi-la a uma mera promessa abstrata.

Em tal contexto, a dimensão positiva do direito à saúde assegura a seu titular a possibilidade de exigir do Estado sua efetivação, o que tem sido observado por meio do processo. Reside nesse ponto, assim, a ideia de justiciabilidade do direito social.

3 A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À SAÚDE

A noção de justiciabilidade do direito sanitário, segundo Mariana Filchtiner Figueiredo,

[...] aponta diretamente para o reconhecimento de posições jurídico-subjetivas em favor de quem titule esse direito, seja no sentido de exigir respeito e não-interferência (pretensão defensiva), seja no que concerne a demandas por proteção e fornecimento de bens (pretensões de caráter prestacional). Cuida-se, portanto, da investigação acerca dos limites e das possibilidades dentro dos quais o direito à saúde é exigível, ou seja, eficaz e assegurado, ainda que pelo recurso à via judicial.⁹

A ideia se relaciona ao que se denomina, no presente estudo, “dimensão processual do direito à saúde”. Trata-se da tutela, pela via do processo judicial, do conteúdo

⁹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde. Parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 103.

essencial do direito social, com fins a garantir, diante de eventual omissão administrativa, seu conteúdo interno essencial, como parâmetro mínimo de proteção.

Não há dúvidas de que a característica de justiciabilidade – ou acionabilidade, como possibilidade de se buscar a concretização e a efetividade de um direito por meio do Poder Judiciário – está presente no âmbito do direito à saúde, o que confere posição privilegiada aos detentores desse direito subjetivo.

O ponto fulcral que se questiona é se há possibilidade de se definir, com o mínimo de objetividade e segurança e diante da amplitude do próprio conceito de saúde, os critérios a serem aplicados, processualmente e de modo uniforme, para a delimitação de seu conteúdo interno essencial, ou seja, do núcleo duro do direito à saúde que deve ser garantido.

De todo modo, aceita a característica da justiciabilidade como inerente ao direito subjetivo, imprescindível se mostra, *ab initio*, a análise do direito de acesso à justiça, que fundamenta o Estado Democrático de Direito e estrutura as sociedades contemporâneas, por servir de instrumento de defesa de interesses legítimos.

3.1 Acesso à justiça

O direito de acesso à justiça é um dos temas que mais suscita debates na área da sociologia jurídica, sendo que realizar um estudo inserido no âmbito de um observatório do Judiciário significa ter em mente que a avaliação do funcionamento dos Tribunais e a percepção dos cidadãos sobre o direito e a justiça, bem como a sugestão e análise de reformas introduzidas, são fundamentais para se efetivar o amplo acesso à justiça e garantir os direitos em todas as suas dimensões, realizando o Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, sustenta Liana Cirne Lins que

[...] o impacto das ideias propagadas pelo movimento do acesso à justiça é inestimável. Elas se fizeram sentir em incontáveis alterações legislativas

com vistas à modificação de procedimentos, na criação de juizados informais, na ampliação da gratuidade dos procedimentos judiciais, no questionamento profundo do papel do magistrado na impulsão do processo e, entretanto, parece estar longe o dia em que as ideias do acesso à justiça possam considerar-se ultrapassadas, sendo as mesmas, ainda – infelizmente –, de uma atualidade arrasadora.¹⁰

Embora concorde-se com a assertiva da doutrinadora, o entendimento acerca do acesso à justiça deve ir além, não podendo ser compreendido apenas como o acesso ao Judiciário por meio do processo, mas também como a participação no espaço público, a apropriação pelos sujeitos de seus direitos fundamentais e a inclusão social, com o conseqüente fortalecimento da democracia. Os direitos só são efetivos se seus titulares, em especial os socialmente mais vulneráveis, têm a consciência deles e da possibilidade de pleiteá-los.

É cristalino e significativo o papel a ser desempenhado pelos Tribunais, uma vez que o cidadão espera que o Poder Judiciário seja um de seus instrumentos para reivindicar tais direitos. Contudo, o acesso à justiça não pode se limitar à dimensão processual dos direitos, sobretudo os de cunho social, sob pena de se inviabilizar mesmo sua efetiva tutela.

Kazuo Watanabe não discorda do que ora se defende, afirmando que

“[...] a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites dos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.”¹¹

O acesso à justiça, portanto, compreendido como acesso ao direito em sentido amplo, tem como premissas a justiça social e o efetivo exercício da plena cidadania, constituindo “pedra de toque do regime democrático e forma de acesso ao político”.¹² No que concerne ao âmbito do presente estudo, não configura apenas a obtenção da prestação de saúde por meio do processo – dimensão processual do

¹⁰ LINS, Liana Cirne. *A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direitos_sociais_processo.pdf>. Acesso em 04 mai. 2014.

¹¹ WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna, In: *Participação e processo*, São Paulo: Ed. RT, 1988.

¹² SANTOS, Boaventura de Sousa. *O acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em questão*. 2002. Disponível em: <<http://opj.ces.uc.pt/pdf/10.pdf>>. Acesso em 17 set. 2014, p. 1.

direito à saúde –, mas a garantia de efetivação do direito social apesar e independente do direito de ação.

Historicamente e em obra clássica sobre a temática, Mauro Cappelletti e Bryant Garth trabalharam o acesso à justiça em uma perspectiva inicialmente liberal, em que referido acesso era garantido apenas do ponto de vista formal, limitando-se ao aspecto processual do direito de propor uma demanda em juízo. Os autores afirmam que, apenas com o advento do Estado Social, passa-se a compreender a dimensão positiva do direito social, que não mais será visto como um direito de não interferência, mas a partir do olhar de que sua efetivação só se mostra plena com a execução de prestações positivas por parte do Estado. Dar-se-á importância, apenas nesse momento, à dimensão material do direito de acesso à justiça.¹³

Os autores discorrem sobre a conhecida evolução do direito de acesso à justiça, a partir dos anos 70, em três “ondas”, cada qual refletindo a finalidade a ser perseguida no exercício da atividade jurisdicional: inicialmente, a assistência judiciária ao economicamente incapaz de arcar com os custos do processo; em seguida, a tutela e devida representação dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, de ordem transindividual; e, por fim, a necessária reforma de ordem procedimental, adequando-se as normas aos direitos a serem tutelados, com o fim de torná-los exequíveis. Nesse terceiro momento, têm lugar a mediação, a conciliação informal e a arbitragem. A garantia do devido acesso à justiça perpassaria, portanto, pelo atendimento às três citadas ordens de valores.¹⁴

No Brasil, em razão da democratização recente, as três “ondas” vão ocorrer quase que simultaneamente, tendo sido a Constituição Federal de 1988 o mais importante instrumento viabilizador do acesso à justiça e da ampliação da cidadania.

Atualmente, no entanto, vislumbra-se o que se denomina por quarta “onda” renovatória no acesso à justiça¹⁵, devido à compreensão de que o necessário, diante

¹³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Trad. Ellen Gracie Northfleet. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 9-12.

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant, *Op. cit.*, p. 31 *et seq.*

¹⁵ Nota-se relativa divergência doutrinária sobre o que se entende por quarta “onda” renovatória de acesso à justiça. Há quem defenda ser o acesso dos próprios operadores do Direito à justiça, observada a necessidade de uma atuação responsável do profissional do Direito e do ensino jurídico.

da explosiva litigiosidade concernente aos direitos sociais, é a busca de formas de desjudicialização, com a tentativa de resolução extrajudicial dos conflitos. No que tange ao direito à saúde, não poderia ser mais oportuna tal solução.

O contingente quantitativo de demandas que tramitam no Judiciário em matéria de saúde é absolutamente expressivo¹⁶, podendo ser considerado uma verdadeira patologia com potencial de culminar na falência do Estado Democrático de Direito, diante da ineficácia da garantia do direito social. Tal afirmação não se mostra demasiadamente alarmista, uma vez que, se o acesso ao direito depende do funcionamento da sociedade e do Estado, a inefetividade da prestação de um direito garantido constitucionalmente é sinal de que as engrenagens da máquina pública não funcionam da forma devida.

Assim, as tentativas de solução extrajudicial e os movimentos de desjudicialização seriam benéficos e não teriam, nesse contexto, potencial de deslegitimar o processo,

In: ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: Epistemologia versus metodologia?. In: PANDOLFI (Org.). *Cidadania, Justiça e Violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 67 *et seq.*

No mesmo sentido, Renata Gera entende constituir a quarta “onda” a preocupação com o ensino jurídico e com a garantia de formação de juristas sensíveis às questões sociais. In: GERA, Renata Coelho Padilha. Interesses Individuais Homogêneos na perspectiva das “ondas” de acesso à justiça. In: LEITE (Coord.). *Direitos Metaindividuais*. São Paulo: LTr. 2004, p. 67.

Entendendo-se a quarta onda como uma profunda discussão epistemológica do direito e a percepção da justiça pelos próprios profissionais que trabalham no sistema, pode-se questionar, além do próprio ensino jurídico, a real democratização do acesso à justiça e a inserção do profissional do direito na defesa dos interesses do cidadão, em um sentido amplo que inclui a tutela extrajudicial e a tentativa de desjudicializar os conflitos, com vistas a uma prestação de justiça mais célere e eficaz. É nesse contexto que alguns pesquisadores já chegam a falar em uma quinta “onda”, que diz respeito à globalização das soluções de conflitos e à administração da justiça. In: JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. *Revista Estudos Históricos*, n. 18, Rio de Janeiro: 1996, p. 389-402.

Flávia Zanferdini também compreende a quarta “onda” de acesso à justiça como a necessidade de se incrementar a funcionalidade da justiça e se fomentar a cultura da conciliação, para que a jurisdição estatal não seja a única forma de resolução de controvérsias com efetividade e em prazo razoável. In: ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v.17, n.2, mai/ago 2012, p. 240. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 02 nov. 2014.

¹⁶ Em 2011, o CNJ, por meio do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, divulgou estudo que constatou a existência de 240.980 processos judiciais relacionados ao direito à saúde, em trâmite no Judiciário brasileiro. Já em 2014, os números observados foram da ordem de 392.921 feitos em tramitação, sendo 330.630 processos em trâmite na Justiça Estadual e 62.291 feitos na Justiça Federal. Afirma-se que este número é ainda maior, mesmo por ocasião da apuração dos dados em junho de 2014, já que tal estatística não contou com os dados provenientes dos Tribunais de Justiça dos Estados do Amazonas, de Pernambuco e da Paraíba. As estatísticas podem ser obtidas no sítio eletrônico do CNJ. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/saude-e-meio-ambiente/forum-da-saude/quantidade-de-demandas-nos-tribunais>>. Acesso em: 30 set. 2014.

uma vez que este apenas deve ser utilizado como garantia e não como meio de se efetivar direitos de cunho social. É dizer, o processo judicial deve ser ferramenta de garantia diante de lesão ou ameaça de lesão a direito, em último plano, e não como forma inicial de se obter o direito requerido.

Concepções como as de informação e proteção jurídica e, dentro desta, a consulta jurídica e o apoio judiciário, como ocorre em Portugal, com a corresponsabilização do Estado e das entidades representativas das profissões forenses no atendimento ao cidadão, podem contribuir para densificar o acesso a uma ordem jurídica justa, minimizando, ao mesmo tempo, o ajuizamento de demandas judiciais na área.¹⁷

A possibilidade de se ampliar as formas de acesso dos sujeitos ao direito e à justiça, por meio de entidades públicas e privadas, formais e informais, atuantes fora do sistema judicial tradicional, é viável e permite compreender o impacto destes meios na efetivação dos direitos de cunho social, como se aprofundará, ainda, em tópico específico. São exemplos possíveis as organizações da sociedade civil, entidades não governamentais, associações empresariais, centros de arbitragem e de informação, dentre outros. É como se fosse criada uma “quase rede” de serviços assistenciais complementares, que, no caso do direito à saúde, deveria ser constituída por profissionais de múltiplas áreas do conhecimento, com o potencial de atuar como um sistema de prevenção de litígios.

Diante do panorama exposto, o acesso amplo e substancial à justiça foi alçado a prioridade nos programas de reforma do Estado,¹⁸ especialmente após a consagração constitucional de direitos sociais, o que vem ampliando as exigências para a garantia da efetividade desses direitos.

¹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em questão*. 2002. Disponível em: <<http://opj.ces.uc.pt/pdf/10.pdf>>. Acesso em 17 set. 2014, p. 558.

¹⁸ Veja-se a criação, em 2003, da Secretaria de Reforma do Judiciário, no âmbito do Ministério da Justiça, visando aperfeiçoar o funcionamento do Poder Judiciário e apresentando, como uma de suas principais pautas e metas, a promoção do acesso à justiça. Foi de iniciativa da Secretaria a criação do Pacto do Estado por um Judiciário mais Rápido e Republicano, que resultou na aprovação da Emenda Constitucional n.º. 45, de 2004, com a subsequente criação do CNJ e a promoção de políticas públicas para o desenvolvimento do Judiciário, medidas que demonstram a preocupação com o acesso amplo à justiça como plano de reforma do Estado brasileiro.

3.2 Judicialização de políticas públicas e ativismo judicial

A justiciabilidade do direito à saúde, como potencialidade de sua efetivação por meio do acesso ao Judiciário, tem se mostrado tão evidente nos últimos anos que já se presencia uma verdadeira explosão de litigiosidade na matéria. Trata-se de parcela da denominada judicialização de políticas públicas ou, mais propriamente, do efetivo controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, fenômeno que, no âmbito da saúde, alcança seu apogeu, dado o número cada vez mais frequente de decisões judiciais referentes ao pleito de cidadãos na busca por essa garantia elementar.

Tal judicialização da política já vem dando novos contornos ao direito pátrio e demonstrando a necessidade de se buscar novas formas de reorganizar as forças políticas, de modo a permitir soluções extrajudiciais de conflitos, de forma mais equitativa e democrática.

O termo judicialização da política passou a ser utilizado a partir da publicação da obra de Tate e Vallinder, em 1995, “The Global Expansion of Judicial Power”, por meio da qual os autores demonstraram os efeitos da expansão da ação do Poder Judiciário no processo decisório nas democracias contemporâneas. Para eles, a expansão do poder do juiz estaria ligada ao fim da União Soviética e à queda do comunismo no leste europeu, acompanhadas pela expansão dos Estados Unidos como superpotência de mercado e pela promoção do capitalismo. Tal cenário teria colocado em evidência os mecanismos institucionais norteamericanos de revisão judicial.¹⁹

Já na Europa, com o fim da Segunda Guerra Mundial e a aceleração do surgimento dos tribunais constitucionais e da teoria dos direitos humanos, disseminou-se a possibilidade de expansão do poder judicial.

No Brasil, o entendimento contemporâneo é o de que as principais causas para o surgimento da judicialização da política são a redemocratização do país, a

¹⁹ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*. Nov. 2004, nº 23, p. 128.

constitucionalização abrangente – veja-se a analítica Constituição de 1988 –, o amplo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade e a incapacidade ou inércia do poder público em face das crescentes demandas sociais.²⁰ Isto é, a judicialização ocorre quando o Judiciário é chamado a emitir pronunciamento sobre questões em que o funcionamento das demais esferas de poder mostrou-se insatisfatório, em um contexto de expansão da linguagem dos direitos humanos, fortalecimento de direitos fundamentais e descoberta dos cidadãos de sua titularidade.

Ficou conferido ao Poder Judiciário, assim, na crise das democracias atuais, o importante – e não propriamente correto – papel simbólico de salvaguardar e solucionar as frustrações dos jurisdicionados.

Lenio Luiz Streck sustenta o relevante papel a ser desempenhado pelo Judiciário, razão pela qual deve ele ser objeto de observação e análise, ao afirmar que

A toda evidência, quando estou falando de uma função intervencionista do Poder Judiciário, não estou propondo uma (simplista) judicialização da política e das relações sociais (e nem a morte da política). Quando clamo por um 'intervencionismo substancialista', refiro-me ao cumprimento dos preceitos e princípios ínsitos aos Direitos Fundamentais Sociais e ao núcleo político do Estado Social previsto na Constituição de 1988. Ou seja, como bem salienta Krell [Andreas J. Krell], ali 'onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nela implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correção de prestação dos serviços sociais básicos'.²¹

É dizer, o Judiciário se tornou um instrumento de mudança social. Não tem a função única de realizar justiça, mas é também um mecanismo social para a criação de vínculos com a sociedade e com o futuro.²²

Ainda sobre o atual papel que desempenha o Judiciário, observa Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves que, modernamente, “os Tribunais, como organização do sistema

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, n. 13, jan/mar 2009, p. 73.

²¹ STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 203.

²² MACIEL GONÇALVES, Gláucio Ferreira. *Observação jurídico-sociológica da Lei dos Juizados Especiais Federais*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, 2007.

jurídico e político, não apenas decidem demandas; devem também estar equipados para operar sua gestão em prol da inclusão social e do acesso à justiça”.²³

Mostra-se claro, assim, o papel do Judiciário como ponto de comunicação entre o Estado e a sociedade, o que pode ser nitidamente observado nos pedidos judiciais que almejam prestações de saúde, em situações de prévia inércia estatal. Não por outra razão, afirma José Eduardo Faria que o maior desafio da Justiça no país, neste século XXI, é, sem dúvida, tornar efetiva a sua relação com os excluídos, atuando para a pacificação social.²⁴

No que concerne ao direito à saúde e no âmbito de sua dupla dimensão individual e coletiva, não é difícil observar que os Tribunais têm adquirido crescente visibilidade social: é certo que os juízes não são a única via para a efetivação dos interesses legítimos; contudo, a sociedade os enxerga como titulares da obrigação de colaborar com o restante do Estado na formulação de políticas públicas, promovendo, em conjunto com os Poderes Executivo e Legislativo, a inclusão social.

Essa crescente visibilidade e consciência social acerca do Poder Judiciário mostrou-se significativa por ocasião da convocação da Audiência Pública sobre o Direito à Saúde pelo Ministro Gilmar Mendes, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, em 2009. Os resultados da Audiência Pública merecem análise no âmbito do que se discutirá neste trabalho, mormente porque a realização de “inquéritos” aos especialistas e cidadãos que, de alguma forma, se confrontaram com a necessidade de acesso ao direito e à justiça, é um instrumento fundamental para uma análise jurídico-sociológica, por permitir aferir suas percepções sobre o desempenho funcional das organizações existentes e suas reais necessidades e expectativas.

Boaventura de Sousa Santos, concluindo que a complexidade social impõe desafios ao sistema judicial, afirma que

[...] em sociedades de alto compromisso do Estado com os seus cidadãos, o recurso ao sistema judicial para o exercício de direitos será mais escasso do que em sociedades onde tal não ocorra. Nestas últimas, onde se inclui a

²³ MACIEL GONÇALVES, Gláucio Ferreira. *Observação jurídico-sociológica da Lei dos Juizados Especiais Federais*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, 2007, p.13.

²⁴ FARIA, José Eduardo. *Direito e justiça no século XXI: a crise da justiça no Brasil*. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf>> Acesso em 09 mar. 2012.

sociedade portuguesa, a essencialidade dos Tribunais como instrumento de adensamento da cidadania assume mais acuidade. (...) Aos Tribunais exige-se mais eficiência, mais celeridade, mais qualidade e mais proximidade social. Desafios gigantescos para um sistema rotinizado num funcionamento burocrático e socialmente distante.²⁵

Tal assertiva se conforma perfeitamente à situação brasileira, especialmente no que concerne ao direito à saúde, matéria em que a sociedade brasileira, vendo-se confrontada com um vasto conjunto de injustiças e insuficiência da prestação estatal, chama o Judiciário a desempenhar um papel central.

Os cidadãos, ante a crescente precarização de seus direitos, procuram no Judiciário as respostas que não encontram no poder político. Para além de funções típicas de resolução de litígios e pacificação social, passa a ser atribuído aos Tribunais um significativo papel simbólico e mesmo político, o que os transforma em elementos fundamentais para conferir legitimidade ao poder estatal.²⁶

Especialmente no âmbito da garantia de direitos sociais, nota-se haver um progressivo depósito de esperança, por parte dos cidadãos, na ação “corretiva” do Judiciário, de forma frequentemente desproporcional às possibilidades reais desse poder de intervenção e resolução de problemas. Isso acarreta, em consequência, uma inefetividade da jurisdição e uma crise de descrédito social na justiça.

Deve-se considerar, também, que, sempre que se fala em judicialização da política e, mais especificamente, da saúde, enfatiza-se a explosão de litigiosidade e o crescente número de demandas levadas ao Judiciário, privilegiando-se a análise quantitativa da questão. Contudo, o mero acréscimo numérico procedimental não implica uniformidade ou efetividade da atuação judicial.

Coaduna-se com o que ora se afirma o entendimento de Ernani Rodrigues de Carvalho, para quem

²⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O sistema judicial e os desafios da complexidade social. Novos caminhos para o recrutamento e formação de magistrados*. Observatório Permanente da Justiça Portuguesa. 2011, p. 453. Disponível em: <http://opj.ces.uc.pt/pdf/Relatorio_Formacao_conclusoes_e_recomendacoes.pdf> Acesso em 03 mai. 2014.

²⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Observatório Permanente da Justiça Portuguesa. Estrutura e Funcionamento*. 2007, p. 4-5. Disponível em: <http://opj.ces.uc.pt/pdf/Rel_OPJBrasil_produto1.pdf> Acesso em 03 mai. 2014.

A ampliação da problemática da judicialização, saindo daquilo que chamo de "conceito mínimo de judicialização", ou seja, o hiperdimensionamento do caráter procedimental, tem mostrado que o aumento puro e simples do número de processos não implicou uma intervenção efetiva do Judiciário. Portanto, existe também um hipodimensionamento do caráter substancial, isto é, até que ponto os juízes modificam as leis ou atos dos demais poderes? Ou mesmo, até que ponto essas decisões interferem na aplicação de políticas públicas? [...] No caso brasileiro, a importância do caráter substantivo – ou seja, o comportamento judicial e sua contextualização histórica e política – foi deixada à margem. Por outro lado, a análise procedimental apropriou-se de um cabedal teórico que explica a judicialização no Brasil por meio do aumento expressivo das ações judiciais, entendendo essa explosão processual como uma forma de participação da sociedade civil.²⁷

Além da questão referente à efetividade da jurisdição, nem sempre constatada quando se observa o processo de judicialização, deve-se considerar também que a relevância política que tem sido atribuída ao sistema judicial tem como outra face sua vulnerabilização, eis que expõe os problemas ínsitos ao sistema, tornando-o alvo de críticas sociais.

Uma dessas críticas é a questão atinente ao ativismo judicial, frequentemente confundido com o próprio processo de judicialização – já que a fronteira entre o direito e a política tem se tornado cada vez mais fluida –, mas que dele se distingue.

Não há consenso doutrinário acerca da precisa origem do termo ativismo judicial. Todavia, pode-se afirmar que o ativismo é um “algo mais”, um exercício de vontade, uma escolha do magistrado no modo de interpretar as normas constitucionais, expandindo seu âmbito de incidência.

Com efeito, assim se refere Luís Roberto Barroso ao diferenciar os dois conceitos:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam 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 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

²⁷ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*. Nov. 2004, nº 23, p. 121.

a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.²⁸

O termo ativismo judicial, portanto, embora venha sendo utilizado sem muita precisão técnica, não deve ser associado à posição de destaque ocupada pelo Poder Judiciário, em decorrência do aumento numérico de processos que demandam, especialmente, direitos sociais. Tal mais se assemelha à judicialização de políticas públicas.

Pela precisão, transcrevem-se as lições de José dos Santos Carvalho Filho:

A judicialização da política ocorre quando questões sociais de cunho político são levadas ao Judiciário, para que ele dirima conflitos e mantenha a paz, por meio do exercício da jurisdição. A expressão “ativismo judicial” tem sentido, embora semelhante, diverso do acima referido. Em ambos os casos, há aproximação entre jurisdição e política. Ocorre que essa aproximação decorre de necessidade, quando se está diante de judicialização, e de vontade, quando se trata de ativismo.²⁹

Em síntese, ocorre a judicialização quando algumas questões de repercussão político-social passam a ser decididas pelo Judiciário, quando as tradicionais instâncias do Legislativo e Executivo se omitem, limitando-se o juiz a cumprir suas atribuições constitucionais. Decorre, em regra, do modelo constitucional adotado. Já o ativismo denota ato de vontade do aplicador da norma, com a intenção deliberada de expandir seu alcance, de forma a garantir a concretização de seus fins institucionais.

Nas posturas judiciais consideradas ativistas, portanto, pode-se identificar um núcleo norteador das condutas, que é a ideia de que o juiz estaria ingressando, por vontade própria, em searas das funções estatais políticas legítima e democraticamente escolhidas pelo povo, extrapolando, portanto, de suas atribuições constitucionais.

Ocorre que, em algumas circunstâncias e diante das peculiaridades dos direitos sociais – dependência de recursos para serem isonomicamente distribuídos e previsão, pelo legislador, em grau normalmente superior ao que podem ser

²⁸ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, n. 13, jan/mar 2009, p. 76.

²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ativismo judicial e política. *Revista Jurídica Consulex*, nº 307. Disponível em: <<http://www.consulex.com.br/co/default.asp?op=cor&id=8383>> Acesso em: 18 mai. 2014

efetivamente implementados –, o juiz se vê confrontado com a necessidade de inovar materialmente o direito e criar prestações alternativas, muitas vezes não estipuladas em lei. Surge, nesse ponto, a questão acerca da legitimidade de tais decisões, diante da estrutura organizacional do poder político brasileiro.

Em solenidade de posse do Ministro Carlos Ayres Britto na Presidência do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, realizada em 19/04/2012, o Ministro Celso de Mello ressaltou a preocupação da Suprema Corte com a questão que ora se discute. São seus dizeres:

[...] Quando se registram omissões inconstitucionais do Estado, sempre tão ilegítimas quão profundamente lesivas a direitos e liberdades fundamentais das pessoas, das instituições e da própria coletividade, torna-se justificável a intervenção do Judiciário, notadamente a desta Corte Suprema, para suprir incompreensíveis situações de inércia reveladas pelas instâncias de poder em que se pluraliza o aparelho estatal brasileiro. [...] Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.³⁰

Nota-se que o problema na identificação de uma atuação saudável ou exacerbada do Poder Judiciário reside na própria interpretação da norma constitucional, uma vez que o parâmetro utilizado para distinguir o ativismo da mera judicialização está na correta apreensão do âmbito de incidência de determinado preceito constitucional.

No âmbito do direito à saúde, tal distinção se torna ainda mais tormentosa, por se tratar de direito subjetivo, individual e coletivo, normalmente abrigado em normas ditas programáticas, de amplo conteúdo e baixa densidade normativa, no sentido de que tal direito depende de recursos para sua ampla efetivação.

Ao tratar especificamente sobre a atuação do Judiciário em demandas que pleiteiam a obtenção de medicamentos e tratamentos de alto custo ajuizadas em face do Estado, Luís Roberto Barroso afirma que o Judiciário tem mostrado uma posição claramente ativista:

³⁰ Ministro Celso de Mello. *Discurso proferido na posse do Ministro Carlos Ayres Britto como Presidente do Supremo Tribunal Federal*, em 19/04/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DiscursoCM.pdf>> Acesso em: 20 abr. 2014.

[...] na categoria de ativismo mediante imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas, o exemplo mais notório provavelmente é o da distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial. [...] Todavia, nas Justiças estadual e federal em todo o país, multiplicam-se decisões que condenam a União, o Estado ou o Município – por vezes, os três solidariamente – a custear medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias Estaduais e municipais. Em alguns casos, os tratamentos exigidos são experimentais ou devem ser realizados no exterior.³¹

Prossegue o autor defendendo que o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir, pois

[...] ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos.³²

A questão fundamental que se coloca é a forma de selecionar o que deve ser considerado prioritário na prestação à saúde e, mais do que isso, quem é o ente responsável pela escolha das prioridades, quem detém a legitimidade para determinar como deve ser feita a alocação de recursos nessa seara.

Considerado o princípio da soberania popular que rege uma república democrática como o Brasil, a necessária conclusão é que tal decisão deve partir do povo, diretamente ou por meio de seus representantes legitimamente eleitos, não estando o Judiciário incluído nesse *locus*.

Todavia, afirmar a vedação da atuação do Judiciário no tocante à efetivação de direitos sociais é aceitar o risco de que esses direitos tenham seu conteúdo esvaziado e de que a previsão constitucional se torne apenas simbólica.

A intervenção judicial é plenamente cabível no contexto que ora se discute, mas, para que atuação do Judiciário se legitime, ela deve estar pautada na promoção da eficácia mínima constitucionalmente prevista ao direito social. Há direitos sociais em que tal eficácia mínima pode ser demonstrada mais facilmente, como o direito à educação, em que a Constituição prevê a garantia ampla e irrestrita ao ensino

³¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, n. 13, jan/mar 2009, p. 78.

³² BARROSO, Luís Roberto, *Op. cit.*, p. 84.

fundamental gratuito, a título de exemplo. Contudo, a saúde é direito social de previsão mais genérica, garantindo a Constituição apenas um percentual mínimo de recursos a serem aplicados na área. Sob o âmbito individual do direito material à saúde, não é possível uma previsão legislativa específica, devido à fluidez da individualização de tal direito, que demanda a análise do caso concreto a fim de que se defina qual é a prestação mínima necessária para a preservação da vida.

Nesse contexto, torna-se imperiosa a análise da abordagem jurisdicional na realização do direito social à saúde, sobretudo nas demandas em que se pleiteiam tratamentos e medicamentos de alto custo – ponto de maior tensão entre elaboradores e executores de políticas públicas –, o que será feito por meio de um observatório do Judiciário sob o enfoque ora discutido.

Antes, no entanto, considerado o expressivo número de demandas que tramitam no Judiciário sobre o direito à saúde, bem como a necessidade de resolução de demandas repetitivas e conflitos de massa, categoria em que pode ser enquadrada a temática que ora se analisa, mostra-se fundamental analisar a forma de resolução dos conflitos sob o prisma de uma teoria única dos precedentes judiciais.

Tal análise será imprescindível para se identificar se há relativa identidade de soluções no Judiciário brasileiro para demandas que versam sobre acesso a tratamentos e medicamentos de alto custo, bem como a *ratio decidendi* predominante nos Tribunais Superiores e sua (in)observância pelos Tribunais locais, ora exemplificados pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

SEGUNDA PARTE: A aplicação da teoria do precedente judicial

4 TEORIA NORMATIVA DO PRECEDENTE JUDICIAL

Partindo-se da premissa de que a aplicação do direito deve ser racional, um dos objetivos deste estudo é avaliar parâmetros metodológicos para estabelecer, com algum grau de objetividade, como o Poder Judiciário pode tornar o mais racional possível a argumentação decisória em demandas que versam sobre o direito à saúde, aplicando-se, a casos futuros, com vistas à efetividade e homogeneidade na prestação jurisdicional, os argumentos de justificação usados em decisões prévias.

Trata-se da devida aplicação da teoria do precedente judicial, que nada mais é que uma operação básica de racionalidade, uma vez que os precedentes são decisões anteriores que funcionam como parâmetros para decisões futuras.

Foge ao objetivo deste estudo a análise histórica do processo de construção da argumentação jurídica nos sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law* – este proveniente da tradição continental europeia –, até mesmo porque, ainda que se pretenda acentuar as diferenças entre os dois sistemas no que concerne à temática dos precedentes, há também fortes semelhanças entre eles, o que permite a adoção do entendimento de que o fundamento de ambos é semelhante e o problema da justificação das decisões é o mesmo.

Por tal razão, Thomas da Rosa de Bustamante afirma ser possível a criação de uma teoria normativa do precedente, válida para ambas as tradições jurídicas, uma vez que “o modo de raciocínio ou pensamento do jurista prático que realiza as atividades de interpretação e aplicação de precedentes judiciais encontra similaridades suficientes para justificar a pretensão de consagrar uma teoria única”.³³

É dizer, o fundamento do direito jurisprudencial (*case law*) no *common law* e no *civil law* é essencialmente o mesmo e em ambos verificam-se os mesmos problemas de justificação e legitimação da decisão judicial, embora os métodos de raciocínio

³³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 114.

sejam distintos, especialmente se se considerar o predomínio do silogismo dedutivo no direito de tradição romano-germânica, enquanto o *common law* privilegia a metodologia indutiva.

Contudo, os estudos que analisam a argumentação jurídica nos dois sistemas são consentâneos em observar a presença de uma relativa identidade de problemas e de soluções encontradas em ambas as tradições jurídicas, bem como a mitigação da vetusta separação entre os dois sistemas e um contínuo intercâmbio entre eles.

É exatamente devido a tal aproximação entre os sistemas que Luiz Guilherme Marinoni afirma a “necessidade de se render respeito aos precedentes no direito brasileiro”, por sua importância no aperfeiçoamento do direito pátrio, não havendo razões para a notória resistência observada à aplicação, no Brasil, de institutos jurídicos do *common law*.³⁴

Adere-se, assim, à ideia de Bustamante de ser possível a compreensão do raciocínio jurídico “como um único processo hermenêutico e a argumentação jurídica como um único tipo de discurso de justificação de decisões, aceitando-se, portanto, uma teoria única dos precedentes judiciais, que pode ser universalmente empregada” para se verificar a racionalidade da aplicação das regras jurisprudenciais.³⁵ Isso porque o tipo de raciocínio jurídico e o processo hermenêutico para se chegar a uma solução de um litígio são os mesmos em qualquer sistema jurídico, não importando a tradição histórica a que se vincule, pois o raciocínio dedutivo e indutivo estarão sempre presentes, em maior ou menor grau, no processo de formação da decisão.

Diz-se assim devido à compreensão de que, qualquer que seja o sistema jurídico em comento, ainda que existam certas diferenças de estilo decisório judicial, procurar-se-á uma regra universalizável para a solução de uma questão particular. Logo, independente do sistema que se estude, um precedente judicial sempre poderá

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba*, n. 49, 2009, p.12. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/17031/11238>>. Acesso em 27 jun. 2014.

³⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 15.

constituir um paradigma para a solução de casos futuros quando dele se extrai uma regra universal à qual possa o caso futuro se submeter, desde que se repitam as condições presentes na hipótese de incidência da norma.

Trata-se da tentativa de se viabilizar uma legítima estabilidade decisória e da incindível proximidade entre as noções de universalidade e justificação, base da teoria única do precedente judicial desenvolvida por Bustamante, para quem “não é possível justificar qualquer decisão, ou qualquer regra inferida de uma decisão, senão por enunciados universais”.³⁶

O que se pretende, a partir da teoria explicitada, é avaliar quais são os enunciados gerais já delineados pelos Tribunais Superiores pátrios em matéria de direito à saúde, bem como seu uso racional pelos juízes e Tribunais locais, em busca da estabilidade e vinculatividade decisórias como possíveis soluções para se dimensionar a crescente litigiosidade repetitiva que se observa nessa seara.

4.1 A força vinculante do precedente pela identificação da *ratio decidendi*

Para alcançar o objetivo de se construir uma teoria normativa – precipuamente argumentativa – do precedente judicial, que possa estabelecer regras de argumentação úteis para fundamentar a decisão de aplicar, rechaçar ou modificar um precedente judicial, é imprescindível o entendimento sobre como identificar o elemento vinculante da decisão. Trata-se da *ratio decidendi*, o elemento propriamente vinculante, núcleo essencial da decisão, expressão frequentemente definida pela doutrina como a regra jurídica que o juiz tenha considerado necessária à decisão ou como os fatos tratados pelo julgador como materiais, que se mostram como a base da razão decisória.³⁷

³⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 112.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obiter dictum* no direito brasileiro. In: JAYME, Fernando Gonzaga;

Historicamente, a *ratio decidendi* diferencia-se dos *obiter dicta*, que são os discursos não-autorizativos que se manifestam nos pronunciamentos judiciais, sem eficácia vinculativa, mas apenas persuasiva, como argumento ou elemento de convencimento. Thomas da Rosa de Bustamante é claro ao afirmar que

[...] apenas as considerações que representam indispensavelmente o nexó estrito de causalidade jurídica entre o fato e a decisão integram a *ratio decidendi*, onde qualquer outro aspecto relevante, qualquer outra observação, qualquer outra advertência que não tem aquela relação de causalidade é *obiter dictum*.³⁸

Embora considere-se que tal distinção não tenha que ser, necessariamente, aplicada com tanto rigor, também é ressaltada pelo italiano Michele Taruffo, para quem a *ratio decidendi* é a “regra de direito que foi posta como fundamento direto da decisão sobre os fatos decisivos do caso”, enquanto os *obiter dicta* seriam todas as “afirmações e argumentações que estão contidas na motivação da sentença, mas que, mesmo podendo ser úteis para a compreensão da decisão e dos seus motivos, não constituem parte integrante do fundamento jurídico da decisão”.³⁹ Assim, por não terem condicionado a decisão anterior, um *obiter dictum* não poderia, em regra, ser invocado como precedente na decisão do caso sucessivo.

A *ratio decidendi*, como elemento vinculante de uma decisão judicial, não reside no argumento de autoridade, mas na ideia de razão prática de que um sistema jurídico racional deve ser capaz de prever um método universalizável e imparcial de aplicação isonômica do direito. Ademais, deve-se abandonar a ideia de que há apenas uma *ratio decidendi*, uma vez que, ao se entendê-la como norma universalizável que pode ser extraída de um precedente judicial, percebe-se claramente que podem existir diferentes *rationes decidendi*, com distintos graus de vinculatividade para casos futuros. Isso por não ser possível afastar por completo algum grau de indeterminação no direito de base jurisprudencial.

FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo Civil. Novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 599 e 604.

³⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 253.

³⁹ TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 36, n. 199, set. 2011, p. 145-146.

A teoria que ora se defende também abandona a noção de ser a *ratio decidendi* sempre absolutamente vinculante, justamente pela ocorrência constante de situações em que deve o direito ser reinterpretado, mostrando-se fundamental a possibilidade de superação e revisão de regras jurisprudenciais previamente adotadas, por razões idôneas que justifiquem o afastamento da decisão anterior.

Embora a teoria dos precedentes tenha encontrado controvérsias e polêmicas doutrinárias, sobretudo na identificação do que deva ser considerado vinculante em uma decisão, permanecendo a noção de *ratio decidendi* um conceito aberto e dotado de certa ambiguidade⁴⁰, defende-se a tese de que sua identificação e colocação como ponto fulcral decisório, com poder normativo, são fundamentais para o tratamento judicial racional da litigância de massa. Os precedentes são fundamentais especialmente nos *hard cases*⁴¹, sendo cristalino que o debate judicial contemporâneo sobre o direito à saúde constitui, em considerável número de casos, hipótese de difícil resolução.

4.2 Os métodos de oxigenação do direito jurisprudencial

⁴⁰ Bustamante tece relevantes comentários acerca da compreensão histórica da ideia de *ratio decidendi*, em seu capítulo “A interpretação de precedentes judiciais: o problema da *ratio decidendi*”, para onde remetemos o leitor que busque conhecimento aprofundado da questão histórica. A expressão mostra certo grau de ambiguidade, por já ter sido compreendida como a fundamentação dada pelo juiz à decisão, o princípio de direito suficiente à resolução do caso concreto, a escolha dos fatos materiais que embasam o julgado, a norma geral contextualizada em fatos, a norma jurídica geral e abstrata dessumível da sentença e, até mesmo de forma ampla, como qualquer regra jurídica expressa ou implicitamente tratada pelo julgador como um passo necessário para concluir sua decisão. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de, *Op. cit.*, p. 261 *et seq.*

⁴¹ A expressão *hard case* origina-se da obra de Ronald Dworkin, filósofo e jurista norte-americano que, ao fim da década de 70 do passado século, desenvolveu doutrina visando a reconstrução do direito a partir dos princípios. O termo é utilizado, atualmente, no mesmo sentido determinado pelo autor, identificando os casos jurídicos complexos e de difícil solução, especialmente por razões de três distintas ordens: devido à inexistência de regras predefinidas que apresentem solução clara à questão; pela existência de normas amplas e relativamente imprecisas, que necessitam ser integradas em seu conteúdo e requerem esforço interpretativo amplo pelo aplicador da norma; ou pelo fato de serem aplicados, ao mesmo caso, várias regras e princípios que deverão ser ponderados ou sopesados. In: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2ª ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 128 *et seq.*

Consideradas as ideias já expostas, não é difícil depreender que o presente estudo adota como premissa a premente necessidade de fortalecimento da aplicação, no sistema jurídico brasileiro, de uma teoria normativa/argumentativa do precedente judicial, para que casos semelhantes sejam efetivamente decididos da mesma maneira e que sejam homenageadas a segurança jurídica e a igualdade diante da jurisdição.

Contudo, naturalmente, deve o direito jurisprudencial sofrer alteração, não podendo permanecer estático no tempo, fossilizado. As normas jurídicas são sempre superáveis e o direito é dinâmico. A sociedade muda, o direito muda, devendo ser possível a superação ou a alteração de um precedente, ainda que dotado de efeito vinculante, porém diante de fundamentação relevante e específica, para que não se vulnere a almejada segurança jurídica que a teoria normativa dos precedentes homenageia.

Dentre as possibilidades de afastamento de uma regra jurisprudencial, encontra-se o *overruling*, que nada mais é que a “ab-rogação da própria norma adscrita aceita como precedente, (...) como o resultado de um discurso de justificação em que resulta infirmada a própria validade da regra antes visualizada como correta”.⁴²

É a superação, o abandono do precedente judicial que, por razões de segurança jurídica, transparência e não-surpresa, deve ser expressamente justificado, visando conciliar a força normativa dos precedentes e a necessidade de se promover à sua revisão, em determinados momentos. O *overruling*, assim, não deve ocorrer de forma implícita ou desprovida de forte carga argumentativa, uma vez que o Tribunal tem o “dever de levar em consideração o precedente, com fundamento nos princípios da universalizabilidade e da imparcialidade na atividade judiciária.”⁴³

Dessa forma, em decorrência de modificações no contexto social com repercussão no conteúdo das decisões judiciais ou diante de argumentos, postos em debate, que demonstrem a necessidade de se conferir interpretação mais justa, racional e adequada ao direito aplicável, pode-se legitimamente revogar o entendimento

⁴² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 388.

⁴³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Op. cit.*, p. 389.

esposado em precedente anteriormente aplicado, visando a coerência geral do ordenamento jurídico.

Há muito, discute-se sobre a eficácia da ab-rogação de um precedente, debatendo-se sobre a (ir)retroatividade dos efeitos de tal modificação jurisprudencial. Embora se admita, potencialmente, a retroatividade dos efeitos do *overruling*, o que ora se defende é que tal seja considerada com muita reserva; preconiza-se que apenas possa dispor de eficácia retroativa o precedente recente, ainda não consolidado no tempo. Se o precedente já é longo, a sua mudança só poderia ter eficácia prospectiva, *ex nunc*, ou com modulação de efeitos *pro futuro*. As situações estabelecidas até o momento da superação do precedente deverão ser consideradas legítimas, sobretudo quando se referem à efetivação de direitos de cunho social, abarcados no conceito de mínimo existencial a ser tutelado e garantido pelo Estado.⁴⁴

A técnica do *distinguishing* é outra forma de se oxigenar o direito jurisprudencial, impedindo seu engessamento. Elemento característico do *common law*, pode ser diferenciado do *overruling* anteriormente mencionado pelo fato de não implicar o abandono do precedente. Em razão do *distinguishing*, o precedente apenas não será aplicado a determinado caso concreto

[...] por meio do reconhecimento de uma exceção direta à regra judicial invocada (justificada por circunstâncias especiais do caso *sub judice*) ou pelo estabelecimento de uma exceção indireta (...). Neste caso, os fatos do

⁴⁴ Mizabel Derzi defende a tese, no Direito Tributário, de que, se a alteração jurisprudencial, sobretudo nos Tribunais Superiores, tiver o condão de afetar relações jurídicas estabilizadas e construídas sob a égide de um posicionamento longo e outrora consolidado, o Tribunal deve atribuir efeitos prospectivos à decisão modificadora da jurisprudência pacífica. A nova decisão, assim, apenas seria aplicada com efeitos *pro futuro*, resguardando os contribuintes que agiram consoante o entendimento anterior. Trata-se, em verdade, de uma espécie de modulação dos efeitos da decisão judicial, com vistas ao respeito aos princípios da segurança jurídica e da confiança ou não-surpresa. In: DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no Direito Tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 188-189, 265 e 529.

No mesmo sentido, leciona Tércio Sampaio Ferraz Jr., ao afirmar caber ao Tribunal modular os efeitos da decisão que altere um posicionamento já consolidado, pois a regularidade do direito – ainda que não dotada de vinculatividade formal – gera legítimas expectativas nos cidadãos e consequências no plano dos fatos. In: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. In: NERY JR., Nelson, CARRAZZA, Roque Antonio, FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. São Paulo: Manole, 2007, p. 8.

caso presente são “reclassificados” como algo diferente, para o fim de evitar a aplicação do precedente judicial.⁴⁵

Ou seja, há duas técnicas básicas de *distinguishing*: a redução teleológica, quando passa-se a estabelecer uma exceção, até então não reconhecida, excluindo-se determinado universo de casos antes compreendidos no âmbito de incidência do precedente; e o argumento *a contrario*, em que a norma jurisprudencial permanece intacta, apenas se concluindo que suas consequências não poderão ser aplicadas a determinado caso, cujas premissas fáticas não se mostram compreendidas em sua hipótese de incidência.

Defende Bustamante que a primeira técnica, de redução teleológica, “é uma espécie de retificação do direito quando este se apresenta injusto por excessivamente geral”.⁴⁶ Por sua vez, pela técnica do argumento *a contrario*, “não é necessário introduzir uma cláusula de exceção na regra em questão, já que esta foi interpretada em um sentido restrito, de sorte a excluir do âmbito de incidência da norma os fatos do caso concreto”.⁴⁷

O *distinguishing* é, portanto, uma maneira de se afastar do rigor dos precedentes, quando tal se mostrar necessário à obtenção de uma decisão justa e adequada às peculiaridades fáticas do caso concreto.

No âmbito do direito à saúde, a aplicação de tais técnicas decisórias é de extrema relevância. São bastante comuns os pedidos judiciais de medicamentos que, embora estejam registrados no órgão regulador de vigilância sanitária, encontram-se protocolados no SUS para o tratamento de um rol restrito de doenças, enquanto o jurisdicionado o pleiteia para uso em outra condição mórbida, da qual é portador. Considerando-se o fato de que ciência médica evolui muito mais velozmente que a morosa atualização das listas de medicamentos do sistema público e das diretrizes terapêuticas do SUS, poderia haver casos em que a mera subsunção do fato à norma jurisprudencial prévia não seria capaz de oportunizar uma decisão judicial

⁴⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 470.

⁴⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Op. cit.*, p. 474.

⁴⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Op. cit.* p. 488.

justa e adequada. Logo, nos casos em que a indicação médica estiver clara e devidamente comprovada no processo, ainda que a prestação pleiteada não esteja arrolada dentre as regulamentadas pelo SUS, a técnica do *distinguishing* pode contribuir para o afastamento pontual do precedente no caso concreto, embora não seja ele extirpado da completude do ordenamento jurídico.

“Cabe ao Judiciário o julgamento de causas e não de teses.”⁴⁸ A tentativa de uniformização da jurisprudência não pode ocorrer a todo custo, devendo ser possível estabelecer *standards* interpretativos, mas também, diante da multiplicidade da realidade, formas de se considerar as especificidades de novos casos.

4.3 A força normativa dos precedentes dos Tribunais Superiores

Considerada uma das hipóteses do presente estudo, a de que os Tribunais Superiores – especialmente o STF – já delinearão parâmetros decisórios em paradigmáticos precedentes referentes ao direito à saúde, que não têm sido seguidos da maneira necessária ao alcance da racionalidade das decisões judiciais na matéria, deve-se analisar em que ponto tais precedentes têm força normativa a ponto de se lhes outorgar um razoável grau de vinculatividade.

Não se olvida que decisões do STF proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade têm efeito formalmente vinculante e *erga omnes*, atingindo todo o Judiciário e a Administração Pública. Todavia, não se está a falar de tais decisões ou de precedentes normatizados em súmulas, cuja vinculatividade é, inclusive, mandamento constitucional.

A vasta maioria das decisões proferidas pelos Tribunais – Superiores, regionais ou locais – não se reportam por meio de súmulas; contudo, devido à necessidade de

⁴⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 35, n. 189, nov. 2010, p. 24.

justificação racional das decisões judiciais, aliada à segurança jurídica e potencial universalizável do *decisum*, deve ser conferido algum grau de vinculatividade a tais decisões, ainda que em sentido mais frágil.

Bustamante defende que os precedentes do STF e do STJ, ainda que não dotados de efeito vinculante em sentido forte – o que iria assegurar-lhes a possibilidade de serem reclamados por meio da aplicação do art. 102, inciso, I, alínea “I”, da Constituição da República de 1988⁴⁹ –, são dotados de força jurídica e efeito vinculante em sentido frágil⁵⁰ ou efeito materialmente – e não formalmente – vinculante. No mesmo sentido, entendem Gláucio Maciel Gonçalves e Maria Isabel Amato Felipe da Silva, para quem “é possível, a partir de uma interpretação sistemática do texto da nova norma, concluir pela vinculação da decisão proferida em recurso repetitivo”.⁵¹

Isso porque, uma vez que várias decisões são proferidas em um mesmo sentido, de forma reiterada pelos Tribunais Superiores, com a criação de uma jurisprudência suficientemente estabilizada, a carga de argumentação a ser utilizada pelos demais julgadores para se afastarem do precedente solidificado é significativamente ampliada.⁵²

Tal entendimento não interfere na liberdade decisória dos juízes dos Tribunais inferiores, diante da necessidade de segurança jurídica e coerência interna no

⁴⁹ CRFB, de 1988. “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) I-processar e julgar, originariamente: (...) ‘I’- a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; (...)”

⁵⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 328.

⁵¹ MACIEL GONÇALVES, Gláucio Ferreira, SILVA, Maria Isabel Amato Felipe da. Recurso especial repetitivo: a obrigatoriedade da observância da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pelos Tribunais de origem. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 60, jan./jun 2102, p. 122.

⁵² Não obstante abalizada doutrina no sentido explicitado, o STF e o STJ não veem admitindo o cabimento da reclamação subsidiada em súmulas não vinculantes ou em recursos extraordinários ou especiais, mesmo que decididos pelo Pleno do STF, Corte Especial ou seção do STJ sob os ritos dos recursos repetitivos, representativos de controvérsia ou com repercussão geral reconhecida. É o que se depreende da análise dos seguintes acórdãos, que inadmitiram o uso da reclamação nas situações citadas: STF, Pleno, Rcl 12.981 AgR/SP, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 22.05.2014.; STF, Pleno, Rcl 12.692 AgR/DF, Relator Ministro Luiz Fux, j. 27.02.2014; STJ, 1ª Seção, AgRg na Rcl 15.473 /SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, j. 27.08.2014.

sistema, considerando-se, ainda, persistir a liberdade do juiz em apreciar o contexto fático do caso e aplicar ou não a norma emanada do precedente.⁵³

Já Michele Taruffo afirma ser relevante, para a apreciação da força do precedente, a análise de sua direção – se vertical ou horizontal –, asseverando que, em caso típico de aplicação vertical do precedente (quando o juiz do caso sucessivo se encontra em grau inferior na hierarquia judiciária), ter-se-ia efeito vinculante em sentido forte e não apenas força persuasiva, como nos casos de aplicação em direção horizontal (precedente pertencente a órgão de mesmo grau jurisdicional) ou autoprecedente, proferido pela mesma Corte que julgou o caso anterior.⁵⁴

Conforme se depreenderá por ocasião da análise, em tópico próprio, dos julgados (especialmente os proferidos pelo Plenário do STF) adotados como paradigmáticos sobre a matéria ora debatida, as decisões daquela Corte foram construídas com base em critérios decisórios coerentes, ou seja, as normas, conceitos e fatos analisados fazem sentido em conjunto, expressando uma ordem comum de princípios. Ainda, as decisões são harmônicas com o ordenamento jurídico como um todo, congruentes com o momento social brasileiro e com as transformações havidas no direito e na sociedade, no que tange ao direito à saúde. Foram proferidas, sobretudo, após amplo processo de consulta pública e compreensão, por parte dos julgadores, do funcionamento global do sistema público de saúde.

Logo – e como um elemento crucial para a racionalidade de uma decisão judicial é a sua coerência, altamente observada nas decisões dos Tribunais Superiores tomadas como precedentes normativos no âmbito deste trabalho –, preconiza-se que tais julgados sejam adotados, com efeito vinculante forte, como parâmetros de aplicação e justificação decisória e como um dos métodos terapêuticos da judicialização do direito à saúde.

⁵³ MACIEL GONÇALVES, Gláucio Ferreira, SILVA, Maria Isabel Amato Felipe da. Recurso especial repetitivo: a obrigatoriedade da observância da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pelos Tribunais de origem. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 60, jan./jun 2102, p. 140.

⁵⁴ TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 36, n. 199, set. 2011, p. 148-149.

TERCEIRA PARTE: Observatório do Judiciário Brasileiro sob o prisma do direito à saúde

5 O QUE PRETENDE UM OBSERVATÓRIO DO JUDICIÁRIO

Examinadas as ponderações que recaem sobre o direito à saúde como direito subjetivo passível de ser pleiteado em juízo, bem como considerada a necessária distinção entre a judicialização do direito à saúde – como medida, muitas vezes, necessária – e o ativismo judicial, além das premissas a serem adotadas para uma correta aplicação da teoria dos precedentes judiciais, faz-se fundamental a análise de como o Poder Judiciário brasileiro vem desempenhando as novas funções que o neoconstitucionalismo lhe atribuiu.

Boaventura de Sousa Santos afirma que o Poder Judiciário percebeu-se confrontado com o despertar de determinados setores sociais para o reconhecimento de seus direitos de cidadania, o que o pressionou a aceitar novos desafios e desenvolver novas funções.⁵⁵ Em face às transformações ocorridas no Estado e na sociedade, os Tribunais veem-se pressionados à resolução de conflitos mais complexos e à legitimação política e social.

O sistema judicial vem adquirindo proeminência e tornando-se objeto de interesse de todos os agentes sociais; são diversas as razões para tal centralidade, observada também no Brasil: a expansão das garantias dos direitos de cunho social, o maior conhecimento dos mais diversos grupos sociais acerca de seus direitos, a emergência de novos atores sociais e econômicos na divisão do poder, a visibilidade da ação do Judiciário em questões de projeção midiática – como a corrupção – e a incapacidade do Executivo de assegurar direitos consagrados são todos acontecimentos que demonstram o surgimento de um novo contexto social de litigiosidade que multiplica as situações de tensão entre os agentes sociais. Em consequência, esse novo contexto conflituoso alça o Judiciário a um papel de

⁵⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa, MARQUES, Maria Manuel, PEDROSO, João, FERREIRA, Pedro. *Os Tribunais nas sociedades contemporâneas – o caso português*. Porto: Afrontamento, 1996.

destaque na estrutura do poder público, forçando-o a se adaptar às novas situações de tensão.

Diante do quadro narrado, instrumentos de reforma, seja na estrutura e na organização do Poder Judiciário, seja no procedimento desenvolvido em juízo, foram introduzidos com o objetivo de promover e garantir a universalização do acesso à justiça e a efetivação de direitos sociais, hoje demandados em massa.

Contudo, considerando que tais reformas apenas têm o condão de trabalhar as consequências da litigiosidade e não suas causas, o atual modelo estrutural de organização da justiça e as modificações procedimentais e estruturais já produzidas ainda não se mostraram capazes de assegurar uma resposta eficaz à crescente procura de tutela jurisdicional na área da saúde. Ao contrário, como observado por Boaventura de Sousa Santos,

“[...] o protagonismo dos tribunais confrontou-os, assim, com a crise da justiça, que manifesta-se pela crescente incapacidade [...] do sistema judicial em responder ao aumento da procura de seus serviços. [...] A relevância política atribuída ao sistema judicial tem como outra face a sua vulnerabilização, na medida em que a exposição das suas deficiências, ineficiências e debilidades o converte em objecto de disputa e escrutínio público.”⁵⁶

E, no contexto em que a revelada crise da justiça no Brasil associa-se à crescente busca judicial pela efetivação de direitos sociais – ora analisados sob o foco do direito à saúde –, importa analisar se o poder público, por meio do Estado-juiz, é legítimo e capaz de assegurar a efetividade dos direitos e promover a comunicação entre o Estado e a sociedade.

No âmbito específico da garantia jurisdicional do direito à saúde, não há outra forma de se avaliar possíveis causas de inefetividade da jurisdição que não a análise crítica da postura dos Tribunais pátrios frente a tais demandas, por meio de um observatório que vise diagnosticar a atitude do Judiciário brasileiro diante das partes que litigam em matéria de saúde. Outro ponto a ser analisado é a possibilidade de se identificar critérios objetivos para se definir o núcleo mínimo e essencial do direito

⁵⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Observatório Permanente da Justiça Portuguesa: estrutura e funcionamento*. 2007, Disponível em: <http://opj.ces.uc.pt/pdf/Rel_OPJ_Brasil_produto1.pdf> Acesso em 24 jun. 2014, p. 06-07.

à saúde, que deve ser garantido pelo Estado, ainda que pela via processual. Ainda, faz-se fundamental a análise da escorreita aplicação de precedentes judiciais pertinentes à temática, considerando o fato, sobretudo, de que o STF já proferiu julgados paradigmáticos que delinearão diretrizes a serem observadas para a racionalização e homogeneidade das decisões, com vistas à identificação do tal núcleo mínimo dos direitos a serem garantidos.

O Ministro Gilmar Mendes, em sua fala de abertura da Audiência Pública sobre o Direito à Saúde, em abril de 2009, ressaltou que

O Poder Judiciário, que não pode deixar sem resposta os casos submetidos à sua apreciação, vem se deparando com situações trágicas no julgamento do pedido de cada cidadão que reclama um serviço ou um bem de saúde, muitas vezes extremamente urgentes e imprescindíveis.⁵⁷

Nada mais oportuno, portanto, do que avaliar a articulação com a sociedade e o desempenho funcional dos Tribunais judiciais e de seus agentes sob o prisma do direito à saúde.

Tendo como ponto de partida a análise da experiência comparada, esta é exatamente a linha desenvolvida em Portugal, cujo Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, desde 1996, tece relevante trabalho jurídico-sociológico de avaliação da estrutura posta dos diversos órgãos do Judiciário português, com uma visão crítica de sua atividade. De acordo com o que se infere das publicações realizadas no âmbito do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa,

[...] o objetivo principal do Observatório é, assim, acompanhar e analisar, de forma global e permanente, e numa perspectiva comparada, a actuação do sistema de justiça, não só no exercício de suas funções instrumentais (resolução de litígios, criação do direito, controle social e administração judiciária), mas também em suas funções política e simbólica.⁵⁸

É o que se almejou realizar neste trabalho, por meio da avaliação e conhecimento do desempenho funcional do sistema judicial globalmente considerado, tendo como

⁵⁷ Ministro Gilmar Mendes, discurso de abertura da *Audiência Pública sobre Direito à Saúde*, realizada no Supremo Tribunal Federal, em abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>> Acesso em: 17 mai 2014.

⁵⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Observatório Permanente da Justiça Portuguesa: estrutura e funcionamento*. 2007, Disponível em: <http://opj.ces.uc.pt/pdf/Rel_OPJ_Brasil_produto1.pdf> Acesso em 24 jun. 2014, p. 19.

pano de fundo as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos acerca do direito à saúde, com o objetivo de propor soluções e reformas aos problemas e lacunas diagnosticados.

No intuito de se desenvolver o tema “Observatório do Judiciário”, especialmente sob o prisma da inefetividade da jurisdição e da comunicação entre o Poder Judiciário e a sociedade, optou-se por diagnosticar a estrutura posta da justiça brasileira sob a ótica da tutela jurisdicional do direito à saúde, notadamente e como já alhures mencionado, um dos direitos sociais que encabeçam as demandas judiciais que visam garantir direitos fundamentais.

É pacífico o entendimento de que há direitos que precisam de uma tutela mais rápida e pronta que outros, a fim de que o pleito judicial não se configure um natimorto: o direito à saúde é a expressão clara desse tipo de direito. Em demandas que versam sobre o direito à saúde, são notórias a percepção e a crítica social acerca da lentidão judicial.

E, por meio da análise crítica das formas de prestação jurisdicional e da aplicação de precedentes em matéria de saúde, buscou-se discutir o real papel que o Judiciário deve desempenhar no Estado, tendo em vista que as atribuições dos juízes foram redimensionadas pelas próprias tarefas postas pelo direito, mormente pelos direitos sociais.

Procurou-se demonstrar, por meio deste estudo-observatório, o entendimento jurisprudencial dominante em matéria de efetivação processual do direito à saúde, com o intuito de se conhecer a postura do Judiciário brasileiro sobre a questão, por meio do estudo de casos exemplares, o que se justifica por servirem como modelo para a obtenção de respostas às questões que a investigação propõe, de forma a proporcionar elementos que contribuam para o debate sobre a eficácia do desempenho funcional dos Tribunais.

Realizando-se um diagnóstico pontual da atividade jurisdicional em matéria de políticas públicas e direitos fundamentais, com base na análise tópica do direito à saúde, revela-se parte do cenário da Justiça no Brasil, especialmente no âmbito do STF, STJ e do TJMG.

6 CRITÉRIOS ADOTADOS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES E PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

6.1 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Visando subsidiar o julgamento do vultoso número de processos que discutiam a concretização do direito à saúde e após deparar-se com o cenário de concessão judicial quase absoluta das medidas e tratamentos pleiteados pelos cidadãos, que culminavam em numerosos pedidos de suspensão de segurança, suspensão de liminar e de tutela antecipada no âmbito do STF, o Ministro Gilmar Mendes, então Presidente daquele Tribunal, convocou, em março de 2009, uma audiência pública para a obtenção de dados multidisciplinares acerca das questões mais tormentosas que envolviam os pedidos, quais sejam, a definição da responsabilidade dos entes federados em custear os serviços e produtos pleiteados, a obrigação de o Estado custear prestações não abrangidas pelas políticas públicas e não previstas nos protocolos clínicos existentes no SUS, bem como de disponibilizar medicamentos não registrados na ANVISA e tratamentos no exterior.

Àquela ocasião, eram diversos os pedidos existentes na Presidência do STF que objetivavam suspender a execução de medidas cautelares que determinavam que a Fazenda Pública prestasse as mais diversas obrigações em matéria de saúde, como fornecimento de fármacos, insumos e complementos alimentares, realização de exames e cirurgias, internações e obtenção de leitos e vagas em Unidades de Terapia Intensiva, custeio de tratamento em domicílio e no exterior, dentre outras.

Como é habitual em uma audiência pública, foram ouvidos diversos setores da sociedade civil, que trouxeram à baila informações de ordem técnica, científica, jurídica, orçamentária, administrativa e política, relativas às ações de prestação de saúde.

Tais informações subsidiaram decisões judiciais que se mostraram paradigmáticas, por definirem critérios objetivos passíveis de serem observados pelos magistrados em decisões de casos análogos, com vistas à homogeneização da prestação

jurisdicional na questão, o que é fundamental para a garantia da efetividade e da duração razoável do processo.

Algumas decisões proferidas pelo Plenário do STF são emblemáticas e merecem especial análise no âmbito deste estudo; trata-se de acórdãos proferidos no bojo das Suspensões de Tutela Antecipada 175/CE e 278-6/AL, da Suspensão de Segurança 3355/RN e da Suspensão de Liminar 47/PE, especialmente o julgado que decidiu o agravo regimental interposto na Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes⁵⁹. Esta última decisão é, sem dúvidas, a que aborda o tema de forma mais detalhada, relatando as principais questões destacadas na Audiência Pública-Saúde e, por essa razão, é citada na grande maioria das decisões correlatas proferidas pelo STJ e Tribunais estaduais e regionais e será doravante explicitada, em seus principais pontos.

O caso refere-se a paciente portadora de doença neurodegenerativa rara (Doença de Niewmann-Pick tipo C) que pleiteou o fornecimento, pelo Estado, do fármaco Miglustat, registrado na ANVISA, sob a alegação de se tratar do único medicamento que permitiria melhor qualidade de vida e adequado controle dos distúrbios neuropsiquiátricos apresentados, desde os seus cinco anos de idade. A substância não constava dos Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS, sendo de alto custo e não contemplada pela política farmacêutica da rede pública de saúde. O agravo regimental não foi provido, tendo sido mantida a decisão que indeferiu o pedido de suspensão da tutela outrora concedida.

Ao interpretar a norma inserta no texto do artigo 196 da Constituição da República de 1988⁶⁰, o Ministro relator afirmou que

⁵⁹ “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: 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.” (STF, Tribunal Pleno, STA 175 AgR/CE, Relator Min. Gilmar Mendes, DJe 30/04/2010).

⁶⁰ CRFB, de 1988. “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 recuperação.”

[...] não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que a concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde.⁶¹

Esta nos parece a grande questão a ser considerada ao se interpretar o ditame constitucional de que a saúde é direito de todos: não se trata da somatória de um ilimitado direito à saúde de cada indivíduo, mas sim de um direito à existência de políticas públicas que visem a tutela do direito social, que devem ser observadas e sopesadas pelo julgador e aplicador da norma.

É dizer, o próprio dispositivo constitucional já carrega uma limitação inerente à garantia, pela estrutura pública, do direito à saúde: o que se garante são as políticas públicas que visem a ampla tutela da saúde do cidadão. Contudo, como será demonstrado adiante, o dispositivo constitucional é frequentemente utilizado como fundamento, sobretudo em decisões liminares, para se deferir prestações individuais em matéria de saúde pública, independente da existência de políticas públicas predefinidas.

Mostra-se previsível o conflito, assim, no âmbito do processo, entre os defensáveis e fortes argumentos utilizados pelos litigantes, que se resumem, de um lado, à garantia do direito individual à saúde e à vida e, do outro, à suficiência de recursos para compatibilizar a prestação pleiteada com o direito da coletividade. Juízos de ponderação serão inevitáveis, devendo nortear as escolhas alocativas de recursos naturalmente escassos.

Prosseguindo a análise da questão, o Ministro relator afirmou a solidariedade dos entes federados e sua competência comum para cuidar da saúde dos cidadãos, o que não se extingue pelo fato de o SUS ter descentralizado e hierarquizado a prestação dos serviços, para fins orçamentários e administrativos. Tal responsabilidade solidária seria reforçada pelo princípio do acesso igualitário e universal, que norteia o sistema público de saúde brasileiro.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175-AgR/CE. Relator Min. Gilmar Mendes. Diário de Justiça, Brasília, 20 abr. 2010.

Quanto ao argumento comumente utilizado pelo poder público, na tentativa de se esquivar da determinação judicial de prestação de saúde, de que estaria o Judiciário exorbitando suas atribuições constitucionais e violando o princípio da separação dos poderes, ao se imiscuir em questões do âmbito da discricionariedade administrativa quanto à formulação de políticas públicas, o STF rechaça a tese.

Refuta-se o argumento sob o fundamento de que a discricionariedade administrativa encontra limites quando se trata de concretização de políticas públicas constitucionais, não estando facultado ao gestor público o não fazer.

Ademais, havendo a política pública já preestabelecida – o que, realmente, se observa na maioria dos casos –, estaria o Judiciário apenas a determinar seu cumprimento, suprindo a omissão inconstitucional do administrador. É dizer, a legitimidade da atuação judicial está em se perquirir, previamente, se a prestação requerida está abrangida pelas políticas públicas existentes. Caso esteja, o Judiciário apenas está a determinar seu cumprimento.

Contudo, se a prestação pleiteada não estiver inserida no âmbito das diretrizes do SUS, deve se distinguir se a negativa de prestação se deve a uma omissão legislativa ou administrativa, de uma vedação legal ao fornecimento ou, simplesmente, de uma decisão administrativa de não fornecê-la.

Um exemplo frequente é o pedido de medicamento não registrado na ANVISA ou de uso experimental. Como tal registro é uma determinação legal que visa a garantia e a segurança da saúde pública, constitui requisito necessário ao fornecimento pelo ente estatal, embora a regra não se configure absoluta. Isso porque há situações em que a própria legislação admite o fornecimento de fármacos ainda não registrados pela Agência; a título de exemplo, tem-se a possibilidade de fornecimento de medicamentos adquiridos por organismos multilaterais internacionais, para uso em programas de saúde pública elaborados pelo Ministério da Saúde.

Há situações, ainda, em que a negativa de dispensação do medicamento pelo SUS ocorre de forma motivada, por inexistirem evidências científicas que autorizem sua inclusão nas listas públicas de medicamentos ou por existir tratamento alternativo disponível no sistema público. Em tais situações, determinou a Suprema Corte que o

tratamento alternativo disponível no SUS deve ser privilegiado, em detrimento da opção escolhida pelo paciente e seu médico, a não ser se houver comprovação de que o tratamento disponível não surtiu os desejados efeitos ao paciente ou lhe é impróprio, por alguma razão que esteja demonstrada nos autos. Ou seja, é possível que o Judiciário determine o fornecimento de fármacos não constante dos protocolos do SUS, mas em situações excepcionais e mediante prova de que o tratamento habitual não é eficaz naquele caso concreto ou que, v.g., ocasionou efeitos colaterais indesejados no doente.

Tal assertiva, além de racionalizar o sistema, permite que os protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS possam ser questionados e revistos, o que favorece sua “oxigenação” e não engessamento, uma vez que as pesquisas científicas evoluem com rapidez consideravelmente maior que a atualização normativa periódica dos protocolos públicos.

Essa diferença temporal entre a rápida evolução do conhecimento médico-científico e a morosa burocracia administrativa é também relevante nas situações em que se pleiteia tratamento ainda inexistente na rede pública. Deve-se ponderar que a elaboração dos protocolos públicos privilegia a melhor alocação de recursos e a segurança jurídica; todavia, por sua lentidão, pode excluir o acesso dos pacientes do SUS a alternativas terapêuticas já disponíveis na rede privada. Assim, impedir que o sistema público custeie tratamento já adotado pela ciência médica, mas ainda não definido e regulamentado em protocolo público, significaria adotar tratamento diferencial entre os usuários do sistema público e os do sistema privado, o que fere a isonomia preconizada constitucionalmente.

Também nesses casos – inexistência de tratamento protocolar público – poderá haver a legítima intervenção judicial, sob o argumento da integralidade do sistema e da isonomia, contudo, apenas após devida instrução processual com ampla produção de provas, não se mostrando razoável o deferimento liminar, caso o feito não esteja previamente instruído com documentação que demonstre, de plano, o alegado direito.

Sustentou-se, por fim, a impossibilidade de que o alto custo de um tratamento devidamente registrado e padronizado seja motivo para impedir o fornecimento pelo

Poder Público, diante da densidade normativa da regra constitucional do art. 196 da CRFB de 1988, que não permite amplo espaço de discricionariedade administrativa. A impossibilidade financeira do ente público em fornecer a prestação requerida apenas poderá servir de base à negativa do pedido, portanto, se estiver objetivamente comprovada no feito, o que, convém ressaltar, torna praticamente inviável a adoção do argumento.

Verifica-se que o entendimento esposado pelo Plenário do STF buscou conferir racionalidade à questão, sem se afastar da necessária razoabilidade contextual e empírica, uma vez que, para a devida aplicação dos critérios definidos, devem ser avaliadas as peculiaridades do caso concreto e o contexto probatório dos autos, afastando-se da mera adoção de categorias que se pretendam universais e atemporais.

Trata-se, assim, de relevante e paradigmático precedente judicial que delinea diretrizes razoáveis a serem adotadas pelos Tribunais, embora não se mostre isento de críticas, sobretudo no âmbito da definição da responsabilidade solidária dos entes públicos nas prestações de saúde, como demonstrar-se-á a seguir.

6.2 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

À esteira das premissas definidas pelo STF, também o STJ vem determinando, em regra, o cumprimento do que já se encontra preconizado em políticas públicas predefinidas, diante de frequente omissão dos entes estatais.

Em pesquisa jurisprudencial realizada no sítio eletrônico do STJ, embora algumas questões decididas pelos Tribunais *a quo* não tenham sido objeto de análise por aquele Tribunal em razão da vedação do reexame de matéria fático-probatória, há diversos julgados que reafirmam as diretrizes delineadas pelo STF e ressaltam que o reconhecimento do direito a determinados medicamentos dá-se caso a caso, mediante análise do contexto fático-probatório e que, em regra geral, “deve ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa

escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente”.⁶²

O STJ já afirmou, ainda, a impossibilidade de se exigir do Estado o fornecimento de medicamento importado sem registro na ANVISA, corroborando o entendimento jurisprudencial de que deve ser priorizado o protocolo terapêutico previsto nas políticas públicas predefinidas pelo Estado, a não ser que seja comprovada sua ineficácia ou desatualização.⁶³

Importa ressaltar o teor do voto vencido proferido pelo então Ministro daquela Corte, Teori Albino Zavascki, no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.197/PR. De forma salutar e louvável, o Ministro afirmou a inexistência de um direito subjetivo incondicional de acesso universal, a qualquer custo, a todo e qualquer meio de proteção à saúde, objetivando denegar a segurança pleiteada por considerar que o paciente não preenchia os requisitos previstos nos Protocolos de Diretrizes Terapêuticas do SUS, que considerava ineficaz o medicamento pleiteado, no caso da doença da qual o impetrante era portador. No entanto, seu voto restou vencido, tendo sido a segurança concedida a fim de se “tentar prolongar um pouco mais a vida do paciente.”⁶⁴

Quanto à responsabilidade solidária dos entes federados na prestação de saúde, o STJ, em reiterados precedentes e entendimento unânime nos julgados proferidos após a realização da já comentada audiência pública no STF,⁶⁵ tem decidido que qualquer dos entes ostenta legitimidade para figurar no polo passivo em demandas

⁶² “Administrativo e Processual Civil. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Fornecimento de medicamento/tratamento médico a cidadão portador de *diabetes mellitus* tipo I. Pretensão mandamental apoiada em laudo médico. Ausência de direito líquido e certo. Necessidade da prova ser submetida ao contraditório para fins de comprovação da ineficácia ou impropriedade do tratamento fornecido pelo Sistema Único de Saúde. Inadequação da via eleita. (...)” (STJ, Primeira Turma, AgRg no RMS 34.545/MG, Relator Min. Benedito Gonçalves, DJe 23/02/2013).

⁶³ Precedentes: RMS 24.197/PR; AgRg no AREsp 390.065/GO; RMS 35.434/PR.

⁶⁴ Precedente: RMS 24.197/PR; votos vencedores dos Ministros Luiz Fuz, Benedito Gonçalves e Hamilton Carvalhido.

⁶⁵ Em pesquisa realizada no sítio eletrônico do STJ, com o uso das palavras “medicamento”, “fornecimento” e “SUS”, dentre os 370 acórdãos proferidos após a Audiência Pública-Saúde/STF, portanto, no período compreendido entre 01/04/2009 e 20/06/2014, não foi encontrado nenhum julgado que, ao discutir a responsabilidade do ente federado que figurou como réu na demanda, excluiu a tese de responsabilidade solidária entre Estados, Municípios, Distrito Federal e União. Precedentes: AgRg no AREsp 510163/RS; AgRg no AREsp 428566/MG; AgRg no REsp 1.225.222/RR; AgRg no AREsp 398286/MG.

dessa natureza, podendo o ente condenado, eventualmente, reclamar compensação do ente da Federação específica e legalmente responsável.⁶⁶ Inclusive, o instituto do chamamento ao processo é afastado, de forma reiterada, sob o argumento de constituir obstáculo inútil, diante da responsabilização solidária dos entes, à garantia fundamental do cidadão à saúde. Tal entendimento foi pacificado pela Primeira Seção em julgamento de recurso representativo de controvérsia, submetido ao rito dos recursos repetitivos.⁶⁷

Por derradeiro, ressalta-se, ainda, que, dentre as medidas processuais aplicáveis no sentido de se conferir efetividade à decisão judicial que impõe o fornecimento de medicamentos, o STJ admite o bloqueio de verbas públicas e a imposição de multa, de modo a compelir o réu ao adimplemento da obrigação de fazer, entendimento que fora pacificado, em 2013, em julgamento de recurso especial submetido ao rito dos recursos repetitivos⁶⁸ e também aplicável, subsidiariamente, aos mandados de segurança.⁶⁹

⁶⁶ “(...) Ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção firmaram o entendimento de que o funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, do Estados e dos Municípios. Dessa forma, qualquer um destes Entes tem legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo da demanda.” (STJ, AgRg no AREsp 264335/CE, Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 07/05/2014).

⁶⁷ “PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. AÇÃO MOVIDA CONTRA O ESTADO. CHAMAMENTO DA UNIÃO AO PROCESSO. ART. 77, III, DO CPC. DESNECESSIDADE. (...)” (STJ, Primeira Seção, REsp 1203244/SC, Relator Min. Herman Benjamin, DJe 17/06/2014).

⁶⁸ “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO DE MEDIDA NECESSÁRIA À EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA OU À OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE. ART. 461, § 5º. DO CPC. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE CONFERIDA AO JULGADOR, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DA PARTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/2008 DO STJ. 1. Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação. 2. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 08/2008 do STJ.” (STJ, REsp 1069810/RS, Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 06/11/2013).

⁶⁹ Nesse sentido: RMS 43.654/GO; RMS 35.021/GO; AgRg nos EDcl no RMS 42.249/GO.

6.3 Recomendações do Conselho Nacional de Justiça

Analisada a jurisprudência dos Tribunais Superiores, enfrenta-se, no presente tópico, o papel que o CNJ tem desempenhado no estudo das possibilidades de aperfeiçoamento do sistema de saúde, não na via judicial, mas na seara administrativa. Conjugando esforços com outros setores do poder público, o CNJ tem buscado analisar e diagnosticar os problemas estruturais e conjunturais dos diversos segmentos do Poder Judiciário, no intuito de fornecer subsídios técnicos para a formulação de possíveis soluções ao observado aumento generalizado da litigiosidade e para o controle da atividade de prestação jurisdicional que vise concretizar direitos fundamentais.

É justamente nesse contexto que, logo após a publicação dos resultados da já mencionada Audiência Pública nº 4 sobre o Direito à Saúde, em 2009, o CNJ constituiu um grupo de trabalho cujas atividades culminaram na aprovação da Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, que traçou diretrizes a serem aplicadas pelos juízes nas demandas que envolvem assistência à saúde.

O documento é relevante e inclui algumas das conclusões obtidas por ocasião dos debates multidisciplinares ocorridos durante a audiência pública, tais como a necessidade de instrução das ações com relatórios médicos detalhados, a recomendação de celebração de convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico aos magistrados, a sugestão de que os juízes ouçam os gestores – ainda que por meio eletrônico – antes da apreciação de medidas liminares e a recomendação de que não sejam disponibilizados medicamentos experimentais, não registrados pela ANVISA ou fornecidos por laboratórios a pacientes participantes de pesquisas científicas.

Outra questão interessante, embora apenas ventilada na citada Resolução, consiste na recomendação de que as Escolas de Magistratura incluam, nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados, o direito sanitário como disciplina individualizada. Trata-se de medida que pode repercutir de forma positiva para a racionalização das decisões na matéria, uma vez que o amplo

conhecimento, pelo magistrado, do funcionamento do SUS e de como se dá a prescrição médica na atual medicina baseada em evidências podem colaborar para a maior segurança decisória.

No mesmo ano, foi editada a Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010, que instituiu, também no âmbito do CNJ, o Fórum Nacional do Poder Judiciário para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com a finalidade de elaborar estudos e propor medidas para o aperfeiçoamento de procedimentos, a busca da efetividade dos processos judiciais e a prevenção de novos conflitos.

O Fórum da Saúde é coordenado por um Comitê Executivo Nacional e constituído por Comitês Estaduais. A fim de subsidiar com informações estatísticas os trabalhos do Fórum, criou-se, ainda, um sistema eletrônico de acompanhamento das ações judiciais que envolvem a assistência à saúde, tanto no âmbito público como no privado, no que se refere à saúde suplementar.

Um das relevantes e recentes atividades do Fórum do Judiciário para a Saúde foi a realização da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ, realizada em maio de 2014 no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que reuniu especialistas das áreas jurídica e da saúde, que, após debate das questões inerentes à judicialização, aprovaram enunciados interpretativos sobre o direito à saúde.

Foram aprovados 45 enunciados no evento, dos quais 19 são pertinentes à matéria ora em debate. Apesar da importância da iniciativa, não se observa qualquer novidade nas diretrizes ora delineadas. A título de exemplo, anote-se o disposto nos enunciados de números 6 e 14⁷⁰, os quais reafirmam as premissas há muito delineadas pelo STF acerca do fornecimento de fármacos experimentais, não registrados pela ANVISA e não constantes nos protocolos terapêuticos do SUS.

⁷⁰ Enunciado nº 6. “A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei.”

Enunciado nº 14. “Não comprovada a inefetividade ou impropriedade dos medicamentos e tratamentos fornecidos pela rede pública de saúde, deve ser indeferido o pedido não constante das políticas públicas do Sistema Único de Saúde.”

A análise crítica do conteúdo de tais enunciados revela que as questões continuam as mesmas e uma das possíveis explicações para o fato é a baixa observância, pelos juízes, das recomendações e critérios objetivos já ventilados pelo STF e pelo STJ, em julgados paradigmáticos, bem como das diretrizes e discussões produzidas por ocasião da Audiência Pública em Saúde, ainda em 2009.

Não se olvida que cada caso pode apresentar peculiaridades que fogem à possibilidade de aplicação matemática de um precedente judicial. Ademais, não se propõe tal aplicação; há muito, o juiz deixou de ser mera “boca da lei ou da jurisprudência” – uma vez que deve o juiz interpretar a jurisprudência da mesma forma que interpreta a lei –, tornando-se um nítido interveniente no processo de construção ativa do direito. Contudo, o ato decisório judicial deve observar alguns pontos de partida, com vistas à necessária racionalização da jurisdição, sob pena de se inviabilizar a prestação ampla em saúde.

7 A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES NA JURISPRUDÊNCIA DO TJMG

Devido ao âmbito restrito do presente estudo e seu local de desenvolvimento, bem como à opção metodológica, optou-se por estudar a jurisprudência do TJMG, considerando a área de atuação hodierna da autora neste Tribunal. Pretendeu-se, por meio da análise de julgados proferidos após a divulgação dos resultados da Audiência Pública nº 4 do STF, avaliar a forma em que os precedentes dos Tribunais Superiores estão sendo aplicados pelo Tribunal estadual, conhecido por apresentar relativo conservadorismo em suas decisões. A hipótese levantada é a de que a aplicação dos precedentes judiciais não tem sido feita de acordo com a técnica jurídica mais adequada, em porção expressiva dos julgados.

Para tal, recorreu-se ao método de estudo de caso, por meio da análise de processos selecionados por amostragem, sendo que as amostras foram construídas com recurso ao sítio eletrônico de pesquisa jurisprudencial do Tribunal. Foram

pesquisados acórdãos proferidos no período compreendido entre maio de 2009 e maio de 2014, compreendendo, portanto, uma amostra de cinco anos.

Optou-se pela análise pormenorizada apenas dos casos em que se discutia o direito ao fornecimento de medicamentos de alto custo em face do poder público, que podem ser muito bem exemplificados pelas drogas de tratamento oncológico. Tal opção se deu, sobretudo, pela experiência da autora, durante dez anos, como médica patologista de grande hospital público universitário situado em Belo Horizonte, na realização de diagnósticos anátomo-patológicos de doenças neoplásicas, em estreito contato com a equipe de oncologia da instituição. Assim, partindo do conhecimento médico e experiência prévia acerca da frequência e relevância clínica de certos tipos de neoplasias malignas, como o glioblastoma multiforme – neoplasia maligna do sistema nervoso central, com alto índice de morbidade e mortalidade –, o carcinoma de mama e algumas formas de linfoma, bem como dos principais quimioterápicos utilizados para o controle e/ou tratamento de tais patologias, optou-se por selecionar os casos em que os pacientes buscavam obter, judicialmente, as substâncias Temozolomida, Trastuzumabe e Rituximabe, todas de alto custo e padronizadas, em ensaios clínicos randomizados internacionais, como métodos de tratamento das respectivas doenças citadas. Ressalte-se que os três fármacos encontram-se devidamente registrados na ANVISA e, há vários anos, são de uso corrente na oncologia clínica, sobretudo na rede privada de saúde.

Importa esclarecer que o fármaco Temozolomida não se encontra inserido na lista de medicamentos excepcionais do SUS, sendo esta uma das principais justificativas utilizadas pelo gestor público, em defesa da improcedência dos pedidos dos pacientes que requerem tal medicação.

Quanto à substância Trastuzumabe, embora ainda não esteja inserida na atual Relação de Medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica da Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais (editada em 2013)⁷¹, tampouco na RENAME 2013⁷², deve-se salientar que a Portaria nº 73 do

⁷¹ Relação de medicamentos disponível em <http://www.saude.mg.gov.br/images/anexos/Relacao_de_Medicamentos_Alto_Custo_SES-MG-2013-primeira-revisao.pdf>. Acesso em 01 jul. 2014.

Ministério da Saúde, publicada em 30 de janeiro de 2013, já estabeleceu as diretrizes protocolares para o uso do Trastuzumabe na quimioterapia do câncer de mama HER-2 positivo⁷³, inicial e localmente avançado, no âmbito do SUS.

Já o medicamento Rituximabe, embora não estivesse inserido na versão anterior da RENAME – 7ª edição, editada em 2010 –, já se encontra inserido na atual versão, publicada em 2013. A substância também já foi inserida na atual Relação de Medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica da Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais, editada em 2013.

No período estudado e por meio da utilização dos termos “fornecimento”, “medicamento”, “SUS” e cada uma das drogas nomeadas, em pesquisa de inteiro teor dos acórdãos, foram encontrados 339 julgados – compreendendo julgamentos de recursos de apelação, agravos de instrumento, embargos infringentes, embargos declaratórios, mandados de segurança e reexames necessários de sentenças –, dentre os quais 68 discutiam o fornecimento da Temozolomida, 92 referiam-se à substância Trastuzumabe e 179 abordavam a obtenção do Rituximabe.

Os julgados foram selecionados por meio da análise das ementas, tendo sido excluídos os julgamentos de embargos infringentes e de embargos de declaração (treze acórdãos), por se tratarem, em regra, de reanálise de casos previamente abordados.

A análise dos 326 julgados obtidos demonstrou uma ampla maioria de decisões concessivas dos pedidos formulados: 87,3%, contra apenas 12,7% de decisões contrárias à pretensão do paciente. A proporção observada difere das estimativas feitas pelo Comitê Executivo Estadual de Saúde do CNJ – que demonstra média de

⁷² Última versão da RENAME (8ª edição, 2013) disponível em <<http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2013/outubro/21/renome-anexos-versao-08-082013.pdf>>. Acesso em 01 jul. 2014.

⁷³ HER2 é a abreviatura de "Human Epidermal growth factor Receptor-type 2", que constitui um receptor de fator de crescimento. Um erro aleatório no gene HER2, responsável pela codificação da proteína HER2, pode acarretar o desenvolvimento de um tipo específico de câncer de mama. A identificação, por meio de exames laboratoriais, do *status* HER2 positivo, que acarreta comportamentos tumorais mais agressivos, influencia o prognóstico da doença, bem como a indicação terapêutica, possibilitando-se o uso de determinados quimioterápicos, como o Trastuzumabe.

60% de ações concessivas e 40% de decisões contrárias ao paciente⁷⁴ –, possivelmente devido ao fato de que a presente amostragem apenas abordou tratamento quimioterápico de neoplasias malignas, cuja necessidade da terapia costuma ser demonstrada de forma mais assertiva, no processo, em comparação à totalidade dos pleitos em matéria de saúde, que incluem pedidos de insumos, suplementos alimentares e materiais como fraldas e luvas, com frequência indeferidos pelos magistrados.

Observou-se que significativo número de julgados foram proferidos no sentido de se conceder o fármaco pleiteado, porém sem a observância dos critérios predefinidos para tal⁷⁵ – 36,8% dos casos analisados, que correspondem a 120 julgados⁷⁶, proferidos como “decisões-padrão”, que poderiam ser utilizadas em qualquer outro feito que discutisse prestação de saúde. Em tais casos, a fundamentação adotada nos votos restringe-se a afirmar a necessidade de se garantir o direito fundamental à saúde, bem como a suficiência de relatório médico que indica a doença da qual o paciente é portador e que o fármaco pleiteado é indicado para o tratamento, além de ser grave a patologia que acomete o doente. Em algumas situações, chegou-se a afirmar ser irrelevante a circunstância de não haver previsão protocolar do medicamento solicitado para a doença de que o paciente sofre.⁷⁷

⁷⁴ Estimativa feita pela Desembargadora Evangelina Castilho, integrante do Comitê, e publicada em 22/06/2014, em reportagem jornalística disponível em <<http://www.otempo.com.br/cidades/acesso-a-remedio-ou-tratamento-especiais-fica-a-mercê-da-sorte-1.869400>>. Acesso em 26 jun. 2014.

⁷⁵ Afirma-se a não observância dos critérios predefinidos pelo STF e pelo CNJ com base na análise dos relatórios e da fundamentação dos votos. Nos casos em que se considerou não terem sido seguidas premissas racionais já estabelecidas, não houve nenhuma menção às peculiaridades dos casos julgados, como, por exemplo, a não resposta a tratamentos prévios disponibilizados pelo SUS, a ocorrência de efeitos colaterais indesejáveis com o tratamento habitualmente disponibilizado ou qualquer outra peculiaridade do caso que demandasse a dispensação do fármaco, ainda que não integrante dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do SUS. É dizer, em tais casos, permitiu-se a interpretação de que a concessão do pedido se deu de forma ampla e genérica, simplesmente por se tratar do inarredável direito à saúde.

⁷⁶ Em que pese o presente estudo não pretender uma abordagem efetivamente quantitativa dos julgados, o que demandaria análises estatísticas e a adoção de metodologia distinta da escolhida pela autora, julgou-se que a observação de tal dado percentual, por ocasião da análise qualitativa de conteúdo dos acórdãos, era relevante e merecia ser citada.

⁷⁷ “(...) para que qualquer dos entes federados seja condenado a fornecer determinados medicamentos ou promover o acesso a tratamentos de moléstias, basta que o cidadão demonstre a necessidade do provimento e a disponibilidade dos meios recomendados pelos especialistas, pois o direito constitucional é amplo e o direito invocado é de extrema relevância.” (TJMG, MS 1.0000.13.038539-6/000, DJ 12/02/2014).

É assaz frequente o argumento de que é o médico quem deve escolher o tratamento de seu paciente e, sendo assim, diante da presença de relatório médico simplesmente indicando o uso do fármaco pleiteado para uma doença grave, deve o ente público disponibilizá-lo. Observou-se também a ideia de que o paciente portador de câncer, doença notoriamente grave, deve ter o direito de buscar e obter o fornecimento de qualquer medicamento que lhe seja prescrito pelo seu médico.⁷⁸ Em casos em que tais argumentos são utilizados, não se discutiu acerca de eventuais tratamentos prévios, disponibilizados pelo SUS, que não teriam porventura sido eficazes ao caso específico do paciente, ou que a resposta ao fármaco disponível havia sido precária, ou que teriam ocorrido efeitos colaterais, ou até mesmo que o tratamento disponível não seria o mais indicado devido às peculiaridades do caso (a título de exemplificação, o paciente pode ter reação alérgica a determinado componente presente no fármaco disponível ou pode fazer uso concomitante de outra medicação que é incompatível com a fornecida pelo SUS).⁷⁹

Outras vezes, sequer há no relatório ou na fundamentação do *decisum* menção às peculiaridades do caso em apreço, limitando-se o julgador a proferir um modelo de decisão que poderia ser aplicável, perfeitamente, em qualquer outra situação em que fosse pleiteada alguma genérica prestação em saúde.

Por outro lado, a maior parte dos julgados examinados (206 acórdãos) evidenciou a devida abordagem dos critérios definidos, analisando casuisticamente e de forma detalhada a prova dos autos, diante da ideia dominante de que não basta a demonstração da gravidade do quadro mórbido da parte autora. Assim, embora a absoluta maioria dos acórdãos analisados tenha sido concessiva do pedido, observou-se que, em 63,2% dos casos, o deferimento do pleito foi devidamente

Outros julgados, no mesmo sentido: TJMG: Apelação Cível. 1.0223.11.010887-3/002; Apelação Cível 1.0105.11.029569-5/003, Apelação Cível 1.0313.11.026008-7/003;

⁷⁸ Nesse sentido: TJMG, Mandado de Segurança 1.0000.10.063989-7/000.

⁷⁹ Nesse sentido: TJMG, Apelação Cível 1.0024.11.151471-7/002.

fundamentado, tendo sido os precedentes dos Tribunais Superiores corretamente aplicados.⁸⁰

Os dados obtidos a partir da amostra de processos permitiram conhecer a forma em que as Turmas de Desembargadores que compõem as oito primeiras Câmaras Cíveis do TJMG julgam as demandas que versam sobre fornecimento de quimioterápicos de alto custo pelo Estado e aplicam os precedentes judiciais.

Interessante ressaltar os casos em que a decisão proferida na STA 175, pelo STF, foi expressamente mencionada no julgamento proferido pelo TJMG. Muitas vezes, tal menção ocorrera em instauração de divergência, com o exposto propósito de se justificar a negativa do pedido, em situações nas quais se entendeu não haver prova de que o tratamento disponível pelo SUS deveria ser rechaçado. Todavia, observou-se que tal entendimento restava frequentemente vencido, sob os fundamentos genéricos e abstratos da imprescindibilidade do direito à saúde e da supremacia do direito à vida sobre a burocracia estatal.⁸¹

A observação da ocorrência da situação descrita é absolutamente relevante à parcial confirmação da hipótese levantada no presente estudo, de que é frequente a inobservância da técnica correta de aplicação de precedentes judiciais em demandas que versam sobre prestações de saúde. Observa-se uma nítida

⁸⁰ AGRADO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. HERCEPTIN(r) (TRASTUZUMAB). AUSÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA DA INSUBSTITUIBILIDADE DA MEDICAÇÃO. É inconcebível que lacônicas receita e declaração médicas, firmadas por médico particular, desprovidas de qualquer referência acerca da insubstituibilidade da medicação nelas indicadas e, notadamente, desacompanhadas de exames laboratoriais recentes, sejam aceitas como provas idôneas, irrefutáveis ou inconcussas capazes de gerar a comprovação dos requisitos imprescindíveis à concessão da liminar pretendida, que, reconhecendo o direito do cidadão à saúde, ordene ao já sobrecarregado SUS o fornecimento de dispendioso remédio, que, inclusive, já é fornecido pelo próprio SUS para o tratamento do câncer de mama que acomete a agravada.” (TJMG, Agravo de Instrumento Cível nº 1.0480.12.007498-8/001, DJ 28/05/2013).

“AÇÃO ORDINÁRIA - DIREITO À SAÚDE - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO QUE NÃO SE ENCONTRA NAS LISTAS PADRONIZADAS DO SUS - INEFICÁCIA DAS ALTERNATIVAS TERAPÊUTICAS EXISTENTES NO SUS - PESSOA HIPOSSUFICIENTE - MEDICAMENTO IMPRESCINDÍVEL - CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA.” (TJMG, Apelação Cível/Reexame Necessário 1. 0699.11.000218-4/002).

⁸¹ Nesse sentido, vale observar os seguintes julgados do TJMG: Apelação Cível 1.0439.11.010179-7/002 (voto vencido: “[...] não está o Poder Público obrigado a fornecer qualquer medicamento indicado pela parte se esse não está incluído na lista de medicamentos obrigatórios ou se não foi provada a eficácia exclusiva do medicamento.”); Apelação Cível 1.0024.13.293521-4/001; Agravo de Instrumento Cível 1.0694.13.007566-6/001; Apelação Cível 1.0024.12.025048-5/002.

tendência de se deferir os pedidos e escolhas do paciente, ainda que em situações de não comprovação de ineficácia do tratamento disponibilizado pela rede pública, sob fundamentos genéricos de dever ser o Estado compelido a adimplir mandamentos constitucionais, da fundamentalidade do direito à saúde e da menor relevância, frente a direito de tal monta, de argumentos orçamentários.

Ressalta-se que as decisões que se diferenciavam do precedente mencionado (por deferirem, *v.g.*, prestações alternativas às disponíveis pelo SUS sem a observância dos critérios descritos), em regra, não observaram a técnica do *distinguishing*, mas apenas demonstraram processos genéricos de deliberação, afastando-se da concretude do que se debatia nos autos. É dizer, não se observou a densa carga argumentativa que se esperava vislumbrar nas decisões dissonantes do precedente judicial invocado.

Observou-se, também, a ocorrência de decisões que aplicaram o entendimento do STF, porém por meio do discurso de autoridade e limitando-se a uma aplicação exegética do direito jurisprudencial, sem a devida análise das particularidades do caso concreto. É o caso de decisões que apenas afirmam não ser possível obrigar o Estado a fornecer medicamento não registrado na ANVISA.⁸² Nesse ponto, importa explicitar que há situações em que tal uso é possível, como, *v.g.*, quando da aquisição de medicamentos por intermédio de Organismos Multilaterais Internacionais, para uso em programa de saúde pública pelo Ministério da Saúde – hipótese permitida pela Lei Federal nº 9.782/1999 – e em casos em que a própria ANVISA descumpra o prazo legal para o registro devido do medicamento aprovado.

Não se olvida que o entendimento esposado pelo STF na STA 175 não apresenta caráter de vinculatividade, em sentido forte e estrito. Todavia, considerando-se que tais critérios foram construídos de forma problematizada e sendo imperativa a necessidade de racionalização e de se buscarem modos de minorar a vultosa litigiosidade que se observa na matéria, seria salutar que as diretrizes definidas após ampla discussão com setores da sociedade civil diretamente envolvidos na judicialização do direito à saúde fossem observadas. Ou, ao menos, que se

⁸² Nesse sentido: TJMG, Mandado de Segurança 1.0000.10.063989-7/000; Agravo de Instrumento Cível 1.0079.12.040898-8/002.

dispensassem sólidas razões para o afastamento de tais diretrizes, na análise do caso concreto.

A análise dos julgados selecionados para a realização deste estudo demonstrou não serem raros a falta de consenso sobre a temática no âmbito do TJMG e a divergência na interpretação e aplicação dos mesmos precedentes, utilizados sem respeito a critérios de técnica hermenêutica e argumentativa. Trata-se de conclusão também observada por Talita Viza Dias, que, ao analisar julgado paradigmático proferido por Grupo de Câmaras Cíveis do TJMG, cujo debate gravitou em torno de pedido de fármaco oncológico não registrado na ANVISA, apontou que

[...] a exposição da relatada decisão, por si só, demonstra os problemas existentes nas fundamentações das decisões jurisdicionais relacionadas ao direito à saúde, no âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, quais sejam: fundamentações pautadas na discricionariedade e no argumento de autoridade; a falta de espaços de consenso sobre o tema; interpretações radicais e contraditórias sobre a função jurisdicional diante dos pedidos referentes ao direito à saúde; a falta de vinculação dos fundamentos da decisão às peculiaridades do caso concreto (alegações e provas das partes).⁸³

Sueli Gandolfi Dallari também não discorda do que ora se afirma, tendo ressaltado resultados obtidos por pesquisas elaboradas nos Estados de Santa Catarina e Minas Gerais, que “mostram claramente que não tem havido muita preocupação entre os julgadores com os parâmetros para as decisões judiciais em matéria de fornecimento de medicamentos pelo sistema público de saúde.”⁸⁴

Diante da frequente constatação da existência de significativas divergências no âmbito do Judiciário brasileiro, bem como de expressiva parcela de julgados que demonstram o uso de precedentes judiciais como motivação decisória, porém de forma superficial, o que em nada colabora para o tratamento da judicialização excessiva, importa fazer algumas considerações no sentido de que sejam buscados parâmetros e possíveis soluções para o problema.

⁸³ DIAS, Talita Viza. *Fundamentação das decisões jurisdicionais relativas ao direito à saúde no Estado Democrático de Direito brasileiro: em defesa da integridade do direito, da teoria do discurso jurídico e do modelo constitucional do processo*. 2012. 200f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012, p.36.

⁸⁴ DALLARI, Sueli Gandolfi. Aspectos particulares da chamada judicialização da saúde. *Revista de Direito Sanitário*. São Paulo, v. 14, n. 1, mar/jun 2013, p. 79.

QUARTA PARTE: Parâmetros para a eficácia e efetividade do direito à saúde

8 PARÂMETROS DE RACIONALIZAÇÃO DA ATUAÇÃO JUDICIAL

As grandes questões relacionadas à inefetividade do direito à saúde e sua consequente judicialização excessiva dizem respeito à ineficiência do poder público, em sentido lato, associada à falta de mecanismos eficazes de gestão. A omissão do ente estatal no cumprimento das políticas públicas tem sido apontada, pelo Judiciário, como a principal causa da judicialização excessiva na saúde. Contudo, é temerário simplificar a questão, que é multifatorial, plurissubjetiva e apresenta pontos críticos observáveis em diversas fases da implementação do direito, do momento inicial em que uma política de saúde é formulada ou uma norma geral e abstrata é editada, até o termo final em que determinado paciente recebe a prestação de saúde necessária, na forma de um serviço ou de um bem.

Com o objetivo de assegurar uma melhor redistribuição de forças entre todos os agentes envolvidos na efetivação dos direitos, a doutrina costuma propor três tipos de reformas: (a) procedimentos de desjudicialização e introdução de outros meios de resolução de conflitos; (b) reformas processuais e (c) reformas organizacionais.

No que tange ao primeiro grupo de proposições, incluem-se a formação de centros de arbitragem e mediação. Quanto ao segundo grupo, defende-se não haver eficácia significativa na mera introdução de reformas procedimentais e processuais que visem celeridade e simplificação de demandas, pelo simples fato de que elas, isoladamente consideradas, apenas tratam as consequências da litigiosidade expressiva e não suas causas. Já no que concerne à organização e administração da justiça, depreende-se que o investimento em novas tecnologias e uma racional organização judiciária, com a criação, *v.g.*, de varas de competência especializada e de mecanismos de interlocução entre os diversos atores envolvidos nas demandas, é uma das formas de se racionalizar o tratamento dos conflitos levados a juízo.

Cabe, nesse ponto, uma crítica que se entende pertinente, embora minoritária, ao entendimento jurisprudencial acerca da responsabilização solidária dos entes

federados nas prestações em matéria de saúde. Tal entendimento em nada contribui para racionalizar a caótica distribuição de atribuições no âmbito descentralizado, regionalizado e hierarquizado do SUS.

Não se olvida que o Estado, em sentido lato, é responsável pela prestação de serviços de saúde, sendo a jurisprudência pátria dominante em entender que a responsabilidade dos entes federados é solidária, devendo haver, quanto às implicações práticas desse tipo de responsabilidade, cooperação e coordenação de ações conjuntas envolvendo os entes federativos. Defende-se, majoritariamente, que há mecanismos legais de se solucionar as questões decorrentes da responsabilização solidária e do gasto de verbas públicas por um ente federado que não seria, originariamente, o responsável pela efetivação de determinada política pública. Uma de tais formas seria a observância dos ditames da Lei Federal nº 8.142 de 1990, que dispõe sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

Embora absolutamente minoritário, o que ora se defende não se coaduna com o entendimento exposto, embora mostre-se embasado em respeitável doutrina.

O principal argumento para se definir a responsabilidade dos entes federados em matéria de prestação de saúde como solidária é a norma disposta no inciso II do artigo 23 da CRFB de 1988, que prevê como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios os cuidados com a saúde dos cidadãos. O STF entende que a competência comum inserida na norma constitucional interpreta-se no sentido de que a prestação do serviço por uma entidade não exclui a competência de outra.

Contudo, tratando-se o sistema brasileiro de um federalismo cooperativo, defende-se que a previsão constitucional de competência comum em cuidar da saúde não infirma a possibilidade de que haja atribuições distintas a cada ente, visando a racionalização e a adequada alocação de recursos públicos.

Luís Roberto Barroso defende que “tendo havido a decisão política de determinado ente de incluir um medicamento em sua lista, parece certo que o polo passivo de

uma eventual demanda deve ser ocupado por esse ente.”⁸⁵ O argumento é pertinente, pois, tratando-se de uma escolha política feita por determinado ente da federação, por meio de normatização específica visando incluir determinado tratamento em lista ou protocolo público, ele deve se vincular ao fornecimento do fármaco. Se assim fosse, tornar-se-ia despicienda a discussão judicial acerca da condição orçamentária do ente federado, bem como a questão do financiamento integrado do sistema e do repasse de recursos.

Ademais, a solidariedade deveria se referir apenas ao dever de implementar políticas públicas para a consecução do fim de prestação universal. Uma vez existente a política pública pertinente, a responsabilidade deveria se transmudar em subsidiária.

Em Minas Gerais, apesar do entendimento jurisprudencial majoritário ser no sentido da responsabilização solidária dos entes federados na prestação de serviços e fornecimento de bens em saúde – uma vez que o Tribunal tem afastado a necessidade de litisconsórcio entre os entes, bem como as alegações de ilegitimidade passiva de algum deles, o que, na prática, acaba por significar a possibilidade de escolha do réu pelo autor –, há forte corrente jurisprudencial em sentido distinto, que vai ao encontro do que ora se defende. Membros da Comissão Permanente de Defesa da Saúde e do Comitê Estadual de Minas Gerais – este compondo o Fórum da Saúde, instituído pelo CNJ –, também integrantes do Poder Judiciário no Estado, defendem a “manutenção do equilíbrio financeiro dos entes gestores, com a divisão das responsabilidades entre esses entes [...] e o estabelecimento de limites para cada um deles”.⁸⁶ Inclusive, por ocasião do 1º Curso de Direito à Saúde, realizado em 2010 no TJMG por iniciativa do Fórum Permanente de Direito à Saúde – integrado pelo Poder Judiciário Estadual, Ministério Público Estadual, Defensoria Pública Estadual, Secretaria de Estado da Saúde de Minas Gerais, Colegiado dos Secretários Municipais de Saúde de Minas Gerais,

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS / Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Vol. 11, n. 15, nov. 2008, p. 35.

⁸⁶ GEBRAN NETO, João Pedro; DRESCH, Renato Luís. A responsabilidade solidária e subsidiária dos entes políticos nas ações e serviços de saúde. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, a. 25, n. 84, 2014, p. 102.

Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, Associação dos Municípios da Região Metropolitana de Belo Horizonte, Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Defensoria Pública Federal e Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais –, foi aprovado enunciado que dispõe sobre a questão:

Enunciado 02 – O inciso II do art. 23 da Constituição da República deve ser interpretado no sentido de que a responsabilidade solidária entre os diversos entes públicos, no que se refere à saúde, limita-se às políticas públicas, previstas no art. 196, inclusive à disponibilização de verbas/previsão orçamentária para a sua concretização. Entretanto, tal responsabilidade é subsidiária, quando da sua efetivação concreta e localizada, em obediência à divisão de competência dos serviços e para evitar a duplicidade de meios para fins idênticos.

Preconiza-se ser necessário racionalizar o sistema, sendo que o entendimento no sentido de poder ser subsidiária a responsabilidade dos entes federados, nas demandas judiciais que ora se discutem, encontra guarida também no texto constitucional, uma vez que o art. 198 da CRFB, de 1988, demonstra ser o SUS uma rede regionalizada e hierarquizada, com direção única, mas em cada esfera de governo.⁸⁷

Corroborando o entendimento ora esposado a sugestão de critérios decisórios elaborada pelos magistrados João Pedro Gebran Neto e Renato Luís Dresch, para quem

[...] tratando-se de pretensão a obrigação estatal cuja prestação não se encontra prevista em política pública, ou cuja obrigação está compartilhada entre mais de um ente, deve ser reconhecida a solidariedade dos entes, sendo a obrigação exigível de qualquer um deles, assegurada ao ente público a denúncia à lide dos demais entes corresponsáveis.

Havendo política pública que estabeleça obrigações a mais de um ente público, a decisão que determinar a prestação material deverá definir, na medida do possível, a quem cabe prestar diretamente a obrigação como responsável pelo custeio do reembolso, como previsto no art. 35, VII, da Lei 8.080/90, em atenção à legislação do SUS e aos contratos organizativos.

Em razão da organização federativa, com ascendente verticalização hierárquica administrativa entre os Municípios, o Estado e a União, não há como impor ao Município obrigações de responsabilidade do Estado ou da União.

⁸⁷ Art. 198. “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo (...).”

Na ausência de política pública definida, é possível a formação de litisconsórcio passivo, sendo conveniente estabelecer os limites da responsabilidade de cada um dos entes.⁸⁸

O que ora se defende é que a solidariedade de que trata a CRFB de 1988 está devidamente implementada pelo custeio amplo e solidário do SUS, sendo que o próprio texto constitucional destina aos entes federados a execução dos serviços de saúde, nos termos da lei.⁸⁹ A lei em questão já foi editada, Lei Federal nº 8.080/1990, e trata exatamente das condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como da organização e do funcionamento dos serviços correspondentes.

Deve-se considerar, ainda, que a organização racional dos serviços é princípio estrutural do SUS, de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos. Embora seja o sistema unificado, há distribuição legal de competências entre as diversas esferas envolvidas, de forma a viabilizar a organização da máquina administrativa. A solidariedade deve, portanto, ser limitada, a fim de se evitar que dois entes federados sejam obrigados a olvidar esforços em prol de uma mesma prestação, com vistas, sobretudo, ao cumprimento do princípio – também constitucional – da eficiência.

No âmbito deste trabalho, a discussão é especialmente relevante, considerando que a dispensação de medicamentos oncológicos, em regra, mostra-se inserida em programa de grande vulto do SUS, que criou a rede hierarquizada de Centros de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (CACONs). Os pacientes portadores de neoplasias malignas devem procurar, portanto, a Comissão Municipal de Oncologia – que, na Capital, está localizada no Posto de Atendimento Médico do Padre Eustáquio –, onde, mediante a apresentação de documentos pessoais e resultado de biópsia, são cadastrados e encaminhados a um dos CACONs existentes para tratamento. Dada tal premissa fática, não é atribuição dos

⁸⁸ GEBRAN NETO, João Pedro; DRESCH, Renato Luís. A responsabilidade solidária e subsidiária dos entes políticos nas ações e serviços de saúde. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, a. 25, n. 84, 2014. p. 102-103.

⁸⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 197. “São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

Municípios, em regra, fornecer tais medicamentos oncológicos, que devem ser pleiteados no âmbito dos CACONs estaduais e não se incluem no rol de medicamentos da farmácia básica – esta sim, de atribuição dos entes municipais.

Assim, tratando-se de doenças complexas ou de medicamentos de custo mais elevado, o sistema de saúde reservou seu tratamento à União ou aos Estados, elencando a estes o fornecimento de medicamentos denominados excepcionais, classe em que se incluem os quimioterápicos ora avaliados. De acordo com a Lei nº 8.080, de 1990, e com a Portaria nº 1318 do Ministério da Saúde, compete ao Estado o fornecimento de medicamentos relacionados no Programa de Medicamentos Excepcionais e de Alto Custo. O direcionamento da demanda ao ente diretamente responsável, portanto, seria medida salutar e desejável. Todavia, observa-se, com frequência e diante do entendimento de ser a responsabilidade dos entes públicos solidária em matéria de prestações de saúde, que as ações são direcionadas a entes que não detêm a atribuição para o bem ou o serviço pleiteado, o que não poderia ser aceito.

Perfilha-se ao entendimento de que Municípios não poderiam ser condenados, diretamente, ao fornecimento de fármacos oncológicos – excepcionais e de alto custo – devendo o Estado ser o responsável pelo fornecimento do medicamento, mormente em localidades pequenas onde inexitem CACONs.⁹⁰

Embora se trate de questão sensível, por se referir a direito fundamental que integra o mínimo existencial, não deve ficar isenta de aplicação e interpretação criteriosas e conscienciosas, a fim mesmo de se viabilizar o direito à saúde.

⁹⁰ Nesse sentido: “FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - PACIENTE PORTADORA DE NEOPLASIA MALIGNA DE MAMA - INEXISTÊNCIA DE CACON (CENTRO DE ASSISTÊNCIA DE ALTA COMPLEXIDADE EM ONCOLOGIA) NO MUNICÍPIO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ESTADO - SENTENÇA REFORMADA - PEDIDO IMPROCEDENTE. - O art. 196 da CR/88 estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado e ainda dispõe que deve ser garantida mediante políticas sociais e econômicas, não podendo o Judiciário impor medidas que possam dificultar essas políticas públicas, não podendo prevalecer o direito individual em prejuízo do coletivo. - Se o Estado de Minas Gerais disponibiliza atendimento próprio para portadores de moléstias oncológicas - por intermédio dos CACON - Centros de Assistência de alta complexidade em Oncologia - não é admissível que seja obrigado a fornecer medicamento e tratamento sem que, antes, fique caracterizada a ineficiência dos remédios e tratamentos que são disponibilizados por aqueles programas. - Entretanto, diante da inexistência de CACON no município do paciente, o Estado deve ser o responsável pelo fornecimento deste medicamento.” (TJMG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0699.08.086621-2/002, DJe 26/03/2010).

De qualquer modo, espera-se que o assunto venha a ser pormenorizadamente debatido por ocasião do julgamento, pelo STF, do Recurso Extraordinário 566.471, que teve repercussão geral reconhecida em 03/12/2007 e versa sobre a obrigatoriedade de os entes federados fornecerem medicamentos de alto custo, com vistas à necessária racionalização do deferimento dos pleitos.

Contudo, pode-se projetar a manutenção do entendimento de responsabilização solidária dos entes federados em matéria de prestação de saúde, considerando, sobretudo, a existência de Proposta de Súmula Vinculante, que tramita no STF e se encontra sobrestada em razão da prejudicialidade da decisão de mérito no mencionado RE 566.471, que propõe tornar vinculante o atual entendimento da Corte.

Feitas tais considerações, passa-se à análise específica das sugestões e principais alternativas ou parâmetros que se mostram relevantes para o tratamento racional, proporcional e razoável dos conflitos abordados.

8.1 Métodos alternativos de solução de conflitos

A promulgação da CRFB de 1988 representou uma abrupta mudança de paradigma em relação à saúde pública no país que, até então, era considerada uma assistência estatal e passou a se tornar direito fundamental passível de ser exigido do Estado.

Essa mudança de cultura inaugurou a crescente judicialização da saúde e, no presente momento, torna-se necessário outra modificação de cultura, porém, em sentido oposto – o de se compreender que a processualização é uma patologia por vezes tão deletéria como a biológica que acomete o doente. Denuncia Fernando Jayme que

[...] a excessiva litigiosidade demonstra encontrar-se a sociedade brasileira doente, por causa da carência de efetividade do Direito, inexistindo, até o

momento, remédios que possam preveni-la, sendo que para a cura dispomos de um processo oneroso, lento e ineficiente.⁹¹

É nesse sentido que se defende que a processualização mostra-se, com frequência, “consequência de um problema mais grave: a crise das instituições de nosso país.”⁹²

Diante de tal contexto, preconiza-se a adoção de métodos paraprocessuais de solução de conflitos. Ao lado dos Tribunais e apesar deles, deve-se ter em conta outros órgãos de resolução de litígios, que sejam aptos a solucioná-los, de forma eficaz. São possibilidades o incremento da mediação, a elaboração de modelos de ouvidoria que estejam aptos a dirimir controvérsias e de câmaras de conciliação no âmbito da Advocacia-Geral do Estado.

Isso porque um modelo de justiça mais democrático passa pela afirmação de uma pluralidade de sistemas de resolução de conflitos, especialmente no âmbito extrajudicial, uma vez que a jurisdição é monopólio do Estado, mas não a resolução em si do conflito.

A relevante e majoritária parcela da população brasileira que faz uso dos serviços públicos de saúde se vê desamparada e encontra significativos entraves no sistema. E, quando tais entraves impossibilitam a prestação do serviço que se busca, não há outra solução ao cidadão que não a judicialização, sendo que, muitas vezes, ela se mostra ineficiente devido, sobretudo, ao longo tempo processual. Dessa forma, é salutar o estímulo à criação de ações integradas entre os setores do Poder Público atuantes na área da saúde. E a tais ações, bem como aos órgãos criados para efetivá-las, deve-se conferir legitimidade para dirimir os conflitos.

Nas hipóteses em que o presente estudo se fundamenta, o fato de ser o Estado parte constante nas demandas não inviabiliza a adoção de mecanismos para ou pré-processuais de resolução dos conflitos com o jurisdicionado. Defende-se que, em

⁹¹ JAYME, Fernando Gonzaga. Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o Poder Judiciário brasileiro. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo civil: novas tendências. Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 239.

⁹² NUNES, Dierle José Coelho. Politização do Judiciário no Direito Comparado – algumas considerações. In: MACHADO, Felipe, CATTONI, Marcelo (coord.) *Constituição e Processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 34.

que pese não poder o Estado dispor do interesse público, o princípio da eficiência, inserido no texto constitucional pela Emenda nº 19 de 1998, admite o uso de métodos alternativos de solução de conflitos, uma vez que a adequada prestação de serviços públicos, o atendimento aos interesses da sociedade e a pacificação social são também – e sobretudo – interesses públicos, primários por excelência.

A via consensual de resolução de conflitos pode ser uma hipótese viável em demandas que discutem prestações de saúde, pois oferece efetividade e eficácia ao direito fundamental, visando a celeridade e a redução da burocracia estatal.

A aceitação de tais métodos, alternativos à judicialização que tem se observado tradicionalmente, não implica a instauração de uma via judiciária paralela, tampouco privatização da justiça, como já se afirmou⁹³ e é contestado por Barbosa Moreira, que rechaça a ideia de privatização do processo, afirmando que “longe de ser o processo que assim se privatiza, ao contrário, os particulares é que vêem sua atividade revestida de caráter público”, ou, de outra forma, “o caso é antes de publicização da função exercida pelo particular que de qualquer tipo de privatização”⁹⁴. É fundamental, portanto, olhar para a conciliação, a mediação e a arbitragem com outros olhos.

O próprio CNJ, ainda em 2010, editou a Resolução 125, dispondo sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Judiciário, criando o Núcleo Permanente de Conciliação e determinando que os Tribunais do país passassem a oferecer, em todos os ramos de litigiosidade, uma solução negociada para as lides, além da solução adjudicada.

Forçoso reconhecer, sobretudo diante da explosão de litigiosidade e da complexidade das demandas que são ajuizadas na contemporaneidade, ser impossível ao Judiciário solucionar a totalidade das questões que lhe são levadas

⁹³ Cappelletti já chegou a admitir a natureza de privatização da resolução de controvérsias, ao mencionar ser evidente tal característica na denominada segunda “onda” do movimento de acesso à justiça, em que indivíduos e associações privadas adquirem legitimidade para demandar a proteção dos interesses difusos, e também na terceira “onda”, ocasião em que leigos chegam a assumir funções decisórias ou quase decisórias. In: CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, nº 74, ano 19, abril-junho/94, p. 95.

⁹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Privatização do Processo? In: *Temas de Direito Processual*, 7ª série, Rio de Janeiro: Saraiva, 2001, p. 9 e 11.

por meio de sentença, com o cumprimento de todas as fases e ritos procedimentais e com a possibilidade de efetivação real do comando apenas após o trânsito em julgado.

E, uma vez que “uma justiça assoberbada por um número excessivo de processos é inevitavelmente uma justiça lenta e de baixa qualidade, é de lógica e de bom senso explorar as múltiplas vertentes alternativas de solução dos conflitos de interesses”.⁹⁵

Nas reiteradas discussões acerca do acesso à justiça e da efetividade dos direitos, o próprio Cappelletti, idealizador das denominadas ondas renovatórias do direito processual, já alhures mencionadas, reconheceu que os esforços organizados sob a égide da terceira onda devem ser levados a efeito fora do circuito jurisdicional e que a efetividade dos direitos, que pode ser denominada de quarta onda renovatória, pode ocorrer por meios paraprocessuais.⁹⁶

Feitas tais considerações, preconiza-se que umas das soluções para o tratamento da patologia que ora se discute, a judicialização do direito à saúde, perpassa pela adoção de métodos outros que não a jurisdição para a obtenção do direito. Embora, considerados o princípio da legalidade e a proeminência e indisponibilidade do interesse público, seja proscria à Administração Pública a adoção de métodos de autocomposição como a renúncia e a transação, esta com a implementação de concessões recíprocas, não lhe é vedada a heterocomposição por mecanismos paraprocessuais.⁹⁷

A mediação e a conciliação (esta, ainda que judicial) exsurtem, assim, como importantes medidas de efetividade jurisdicional e garantia dos direitos constitucionalmente reconhecidos, em tempo razoável e privilegiando o processo social de resultados e a paz social. Trata-se da intermediação da lide por meio da

⁹⁵ SENA, Adriana Goulart de. Política judiciária de tratamento adequado de conflitos de interesses: conciliação judicial. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo Civil. Novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 4.

⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo das sociedades contemporâneas. *Revista Forense*, v. 88, n. 318, p. 119-128, abr/jun. 1992, p.123.

⁹⁷ Dentre os existentes meios de heterocomposição, não se encontra no âmbito do presente estudo a análise da arbitragem como solução alternativa de conflitos, uma vez que esta apenas pode se dirigir a acertamento de direitos patrimoniais disponíveis, como regulamentada pela Lei nº 9.307, de 1996.

inserção de um terceiro: o conciliador, que pode sugerir soluções pra o litígio, ou o mediador, que auxilia as partes a, por si mesmas, identificarem alternativas de mútuo benefício.⁹⁸

Não é impossível, a título de exemplo, que ocorra a conciliação em demandas de saúde em que um paciente judicialmente pleiteia determinado medicamento, mas opta por aceitar substância análoga, oferecida pelo ente público, após indeferimento liminar do pedido e apresentação de defesa pelo ente público, acompanhada de parecer técnico.

Ademais, também reside a importância de tais métodos na criação de uma cultura social menos demandista e do desenvolvimento social do povo brasileiro, com o amadurecimento da sociedade e a percepção das pessoas acerca da necessidade de se buscarem soluções e gerenciamento dos conflitos, envolvendo-se mais diretamente em sua solução e abandonando-se a postura belicosa de busca automática e imediata do Judiciário.

Forçoso concluir, assim, que, sem meios administrativos de solução das controvérsias, não se mostra possível uma significativa redução do alto grau de judicialização dos conflitos em matéria de saúde.

8.2 A correta aplicação da teoria dos precedentes judiciais

Embora os mecanismos de solução alternativa dos conflitos, em âmbito externo ao processo judicial, sejam salutares e recomendáveis, jamais se poderá afastar o âmbito necessário de judicialização, quando há lesão ou ameaça de lesão a direito, sendo que o direito de ação é garantia constitucional inarredável. Ademais, se o Poder Judiciário não pudesse atuar na defesa e na garantia dos direitos sociais,

⁹⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação no processo civil brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo Código de Processo Civil. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo Civil. Novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 304.

correr-se-ia o risco de esvaziamento do conteúdo de tais direitos, com a consequente redução da força normativa da Constituição, que é uma das premissas do neoconstitucionalismo.

Nesse contexto, uma vez que a pretensão resistida vai se mostrar à apreciação do Judiciário, torna-se necessário o desenvolvimento de mecanismos que possam ir além do “mais do mesmo” – mais juízes, mais servidores, mais médicos, mais leis procedimentais.

Dois pontos que se apresentam fundamentais com vistas à efetividade da jurisdição em matéria de saúde são a aplicação escorreita dos precedentes judiciais e a democratização da gestão da justiça, sendo que o primeiro merece realce no âmbito do presente estudo, por corresponder a uma das hipóteses levantadas, qual seja, a de que o afastamento dos precedentes, desacompanhado de densa carga argumentativa, tem sido frequente no Judiciário brasileiro, sendo que, quando eles são aplicados, o são, com grande frequência, de maneira inadequada. Não é por outro motivo que Luiz Guilherme Marinoni afirma que “o juiz brasileiro, hoje, tem poder criativo maior do que o juiz do *common law*, pois, ao contrário deste, não presta o adequado respeito aos precedentes”.⁹⁹

A correta aplicação dos precedentes judiciais por meio de um processo hermenêutico-argumentativo é, portanto, fundamental na busca da legitimidade decisória; do contrário, acaba-se por adentrar as fronteiras do ativismo judicial. Ao discorrer sobre a relação entre práticas ativistas e a aplicação ou afastamento de precedentes em matéria de judicialização de políticas públicas, José dos Santos Carvalho Filho afirma que “há ativismo judicial quando se rompe com a fidelidade interpretativa, bem como quando se quebra a estabilidade interpretativa, adotando-se orientação frontalmente diversa da adotada pelos precedentes judiciais.”¹⁰⁰ Pedese vênia para complementar o raciocínio, no sentido de que uma orientação

⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba*, n. 49, 2009, p. 21. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/17031/11238>>. Acesso em 27 jun. 2014.

¹⁰⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ativismo judicial e política. *Revista Jurídica Consulex*, n° 307. Disponível em: <<http://www.consulex.com.br/co/default.asp?op=cor&id=8383>> Acesso em: 27 jun. 2014.

frontalmente diversa da firmada em um precedente pode até mesmo ser adotada, desde que seja caso de aplicação da superação (*overruling*), distinção (*distinguishing*) ou da técnica decisória da ressalva de entendimento na fundamentação. O que não se deve admitir é o constante afastamento de precedentes judiciais, com base em entendimentos pessoais e subjetivismos do julgador, contrários à *ratio decidendi* argumentativa e problematizadamente construída.¹⁰¹ Ademais, considerando que o direito de base jurisprudencial dá grande relevo aos fatos do caso, devem eles ser analisados de forma pormenorizada, não podendo a urgência do caso servir de justificativa para decisões em cognição sumária sem a devida análise fática.

Não deve prosperar a ideia, por vezes ventilada em países de tradição jurídica romano-germânica, do *civil law*, como o Brasil, de que a vinculação do juiz ao passado – a decisões passadas – interferiria, de forma indevida, em seu livre convencimento e na liberdade de julgar. A decisão judicial é resultado de um sistema íntegro e complexo e não algo construído de forma individualizada, pela vontade do julgador. É justamente em virtude desse entendimento que Marinoni afirma que

Imaginar que um juiz tem o direito de julgar sem se submeter às suas próprias decisões e às dos tribunais superiores é não enxergar que o magistrado é uma peça no sistema de distribuição de justiça, e, mais que isso, que este sistema não serve a ele, porém ao povo. Como é óbvio, o juiz ou o tribunal não decidem para si, mas para o jurisdicionado. (...) O juiz que contraria sua própria decisão, sem a devida justificativa, está muito longe do exercício de qualquer liberdade, estando muito mais perto da prática de um ato de insanidade. Enquanto isto, o juiz que contraria a posição do tribunal, ciente de que a este cabe a última palavra, pratica ato que, ao atentar contra a lógica do sistema, significa desprezo ao Poder Judiciário e desconsideração para com os usuários do serviço jurisdicional. É chegado o momento de se colocar ponto final no cansativo discurso de que o juiz tem a liberdade ferida quando obrigado a decidir de acordo com os tribunais superiores. O juiz, além de liberdade para julgar, tem dever para com o Poder de que faz parte e para com o cidadão. Possui o dever de manter a coerência e zelar pela respeitabilidade e pela credibilidade do Poder Judiciário.¹⁰²

¹⁰¹ NUNES, DIERLE. Afastamento de precedente não pode continuar sendo regra. In: *ConJur - Revista Consultor Jurídico*, 04 de junho de 2014. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2014-jun-04/dierle-nunes-afastamento-precedente-nao-regra> > Acesso em 27 jun. 2014.

¹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba*, n. 49, 2009, p. 36. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/17031/11238>>. Acesso em 27 jun. 2014.

Note-se que o autor quer dizer que não há poder que não tenha forte carga de responsabilidade sobre o que decide. No que tange ao direito sanitário, sua universalização sob o enfoque judicial ou processual não pode ser compreendida como a universalização da concessão dos pedidos, como se tem observado, mas sim como a aplicação objetiva e responsável de critérios normativamente construídos, além da possibilidade de se universalizar as decisões e precedentes judiciais, ainda que isso implique negativa de pedidos específicos, o que não significa negar acesso universal à saúde.

O atual cenário observado no âmbito da judicialização da saúde impõe que os magistrados adquiram uma maior consciência de sua responsabilidade política e papel na criação de uma cultura jurídica mais democrática. Essa mudança perpassa, naturalmente, pela reformulação dos modelos de formação dos operadores da justiça, que, com frequência, atuam como obstáculos à introdução de efetivas reformas no sistema, como se vê, especialmente, na resistência observada na aplicação de meios racionais de distribuição das atribuições entre os entes públicos quanto ao fornecimento de medicamentos.

Uma das formas de se reduzir a judicialização das pretensões envolvendo prestação de saúde perpassa pela própria aplicação correta dos precedentes judiciais pelo Judiciário, além do respeito, por parte do administrador público, a precedentes histórica e legitimamente construídos. A teoria normativa dos precedentes, explicitada alhures e como teoria metodológica que é, liga-se umbilicalmente a uma teoria argumentativa, capaz de racionalizar o processo de aplicação do direito. Consoante leciona Michele Taruffo, “os precedentes poderiam operar como as estruturas dissipadoras das quais se fala nas teorias da complexidade, ou seja, como momentos de formação de áreas de ordem dentro da desordem do fluir do caos da jurisprudência.”¹⁰³

Apenas com a aplicação correta de técnicas como a do *distinguishing* e do *overruling*, poderá ser aprimorada a jurisdição nos Tribunais com vistas a uma necessária e maior fidelidade ao precedente judicial. Defende-se uma criteriosa

¹⁰³ TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. *Revista de Processo*. São Paulo, ano 36, n. 199, set. 2011, p. 155.

observância dos precedentes judiciais, ainda que no sistema jurídico brasileiro híbrido, de forma que seu afastamento não seja regra, para que se assegurem a celeridade e efetividade do processo, garantindo-se, ainda, a legitimidade da decisão.

No que tange ao julgado utilizado como paradigma de precedente judicial para o desenvolvimento deste estudo – proferido no âmbito da STA 175 – a observância de suas diretrizes se mostra ainda mais emblemática e necessária. Isso porque elas foram construídas com base em amplo contraditório e discussões com vários setores da sociedade civil, ou seja, por meio da participação popular, o que legitima, em uma república democrática fundada na soberania popular na qual os membros do Judiciário não são eleitos pelo povo, o conteúdo da decisão judicial.

Por fim, importa mencionar questão levantada pela Ministra Ellen Gracie, por ocasião do julgamento da STA 175, quando ponderou se efetivamente seria possível extrair um julgamento com potencial de vinculatividade em demandas da natureza que ora se discute, que servisse a toda uma miríade de casos tão diversos entre si, com circunstâncias fáticas por vezes únicas.¹⁰⁴ Efetivamente, para uma adequada aplicação de um precedente judicial, torna-se fundamental a constatação de identidade ou semelhança dos fatos materiais que embasam a decisão atual e o precedente utilizado. Tem-se mais uma razão pela qual entende-se que o ônus argumentativo nos casos analisados, especialmente na expressiva porcentagem de julgados proferidos em sentido dissonante dos critérios definidos pelo STF, deveria ser mais denso e consistente do que o que fora observado.

8.3 Limites à atuação judicial

Adotar uma interpretação extremada e radical do artigo 196 da CFRB de 1988, em uma concepção puramente garantista, e deduzir que o Estado deve garantir a

¹⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175-AgR/CE. Relator Min. Gilmar Mendes. *Diário de Justiça*, Brasília, 20 abr. 2010.

totalidade das prestações que lhe são dirigidas é atuar de forma ativista e pautada em discricionariedade – judicial – e argumento de autoridade, ignorando as peculiaridades de cada caso, assim como a razoabilidade e racionalidade que devem pautar a função jurisdicional. O Judiciário não deve buscar garantir eficácia máxima a direitos sociais, nas situações em que o agente estatal já se encontra agindo de modo competente e cumprindo as políticas públicas delineadas. É nessa ideia que reside a noção de que são necessários limites à atuação judicial, sob pena de estar o Judiciário a implementar e a criar políticas públicas, para além de determinar seu cumprimento.

Ada Pellegrini Grinover defende a necessidade de adoção de requisitos para que o Judiciário intervenha no controle de políticas públicas, como imperativo ético-jurídico. Tais requisitos, que podem ser agrupados em três principais categorias – garantia do mínimo existencial; razoabilidade da pretensão individual ou social deduzida em face do poder público e existência de disponibilidade financeira do Estado para efetivar a prestação positiva reclamada –, traçariam os limites para a legítima intervenção do Judiciário nas políticas públicas.¹⁰⁵

Mostra-se no sentido ora defendido a lição de Christian Courtis e Victor Abramovich, para quem

[...] el Poder Judicial no tiene la tarea de diseñar políticas públicas, sino la de confrontar el diseño de políticas asumidas con los estándares jurídicos aplicables y – en caso de hallar divergencias – reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia. Cuando las normas constitucionales o legales fijan pautas para el diseño de políticas públicas y los poderes respectivos no hayan adoptado ninguna medida, corresponderá al Poder Judicial reprochar esa omisión.¹⁰⁶

No âmbito restrito de um processo judicial, não tem o magistrado a possibilidade de avaliar, de forma ampla, as políticas públicas existentes sob uma perspectiva macrossocial, embora deva sopesar o custo social de uma concessão individual. Os direitos sociais, com um forte componente prestacional por sua natureza, possuem

¹⁰⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Biblioteca Digital *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*. Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56016>>. Acesso em 27 jul. 2014.

¹⁰⁶ ABRAMOVICH, Victor; COURTS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2004, p. 251.

um custo, que delimita uma questão financeira intransponível pelo juiz e pelo próprio Estado.¹⁰⁷

É a seguinte a versão que nos dá do problema a ser enfrentado a doutrina de Stephen Holmes e Cass Sunstein: os direitos apenas podem ser prestados onde haja orçamento suficiente, sendo que a decisão judicial deve considerar que é real o argumento da limitação orçamentária. Muitas vezes, a concessão de determinada prestação de saúde acaba por desestruturar as finanças públicas, em detrimento dos demais direitos ou do próprio direito à saúde da coletividade.¹⁰⁸

O orçamento estatal é finito, fato que não pode ser permanentemente desconsiderado nas decisões judiciais. Nota-se certo constrangimento na utilização de argumentos orçamentários para se fundamentar eventual decisão denegatória de pedidos, como se jamais fosse possível que razões de tal ordem tivessem o condão de superar a imprescindibilidade do direito individual à saúde. Contudo, sob o ponto de vista do gestor público, a denominada escolha trágica não pode desconsiderar a necessidade de se agir seletiva e distributivamente, buscando a universalização possível das prestações em saúde. Deve o juiz agir com cautela e considerar a inarredável realidade da escassez de recursos públicos.

Emblemático é o recente caso amplamente discutido e divulgado na imprensa nacional¹⁰⁹ – caso Sofia –, em que Desembargador Federal que compõe a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região determinou que o sistema público de saúde custeasse um transplante multivisceral nos Estados Unidos, para um bebê de cinco meses, tendo sido determinado o prazo de 15 dias para o cumprimento da

¹⁰⁷ HEINEN, Juliano. O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista: uma opção trágica. In: *Audiência Pública Saúde*, STF, 2009, Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo>>. Acesso em 01.jul. 2014.

¹⁰⁸ SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Co., 1999, p. 14-15 e 55.

¹⁰⁹ SCHIAVONI, Eduardo. Justiça determina que SUS pague R\$ 2 mi em transplante para bebê nos EUA. *UOL Notícias* [on line]. Disponível em <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2014/05/28/justica-determina-que-sus-pague-r-2-mi-em-transplante-para-bebe-nos-eua.htm>>. Acesso em 26 jun. 2014.

decisão, sob pena de multa diária de cem mil reais.¹¹⁰ Os custos do procedimento, conforme noticiou a imprensa, foram estimados em dois milhões de reais.

A criança é portadora de rara doença genética sistêmica denominada Síndrome de Berdon, com grave comprometimento funcional do estômago, bexiga, rins e intestinos. Sua chance de cura é a realização de transplante multivisceral, que, no Brasil, embora já tenha sido realizado, ainda não apresenta resultados satisfatórios e é considerado procedimento experimental.

Não se ignora a tragicidade e a dificuldade da escolha a ser feita. De um lado, o inestimável valor da vida e da saúde da criança (e de quem quer que procure o Judiciário por razões de saúde); do outro, o argumento orçamentário. Entretanto, não se pode perder de vista que a decisão tem um preço, possivelmente o mesmo valor gasto com o tratamento de dezenas de outros cidadãos que não tiveram o acesso ao Judiciário e que também não terão, possivelmente, acesso aos recursos públicos que seriam destinados a políticas básicas de saúde. Sofia, no processo judicial, é uma cidadã nominada que receberá a tutela que lhe fora liminarmente deferida; contudo, tal prestação muito custará ao Estado e acarretará consequências a outros cidadãos anônimos, não participantes do processo, mas integrantes do corpo social.¹¹¹ E, conforme leciona Gustavo Amaral, trata-se efetivamente de escolhas trágicas, por haver potencial violação do direito à saúde daqueles indivíduos que, em razão da alocação de recursos ocasionada pelo provimento de

¹¹⁰ “[...] seguindo-se a prolação de decisão deferitória da antecipação da tutela recursal, para determinar que a União Federal procedesse, tudo por conta de suas diligências administrativas e expensas, à imediata transferência da recorrente, mediante uso de transporte adequado, ao Hospital Samaritano de Sorocaba, providenciando sua imediata internação nesta instituição enquanto se aguardasse a remoção ao exterior; e, ao depois, também à conta de suas diligências administrativas e expensas, no prazo de 15 (quinze) dias, às iniciativas pertinentes à remoção da criança ao exterior e sua internação no Jackson Memorial Medical de Miami, nos Estados Unidos, durante o tempo que se fizesse necessário, inclusive com o tratamento de home care que a equipe médica daquele hospital do exterior porventura recomendasse, fixando multa-diária no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) na hipótese de descumprimento do provimento preambular outorgado. [...]” (TRF3, Agravo de Instrumento nº 0008474-47.2014.4.03.0000/SP, Des. Márcio Moraes, DJe18/06/2014). Disponível em <http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumentosProcesso?numerosProcesso=201403000084745&data=2014-06-18> Acesso em 29 jun. 2014.

¹¹¹ Em trabalho realizado na Faculdade de Medicina da UFMG, obteve-se o dado de que, no Estado de Minas Gerais, a Secretaria de Saúde foi onerada com um aumento de mais de 28 mil por cento (28.333%) nos gastos com demandas judiciais por medicamentos, no período compreendido entre dezembro de 2002 (R\$ 164.325,00) e julho de 2011 (R\$ 46.362.563,00). Os dados podem ser obtidos no endereço eletrônico < http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-8UAKF6/disserta_o_orozimbo_henriques_campos_netto_volume_final.pdf?sequence=1>. Acesso em 23 set. 2014.

pedidos em demandas judiciais individuais, acabam sendo prejudicados pela falta de recursos suficientes para o atendimento de suas necessidades.¹¹²

Os custos dos procedimentos médicos, cada vez mais avançados e de tecnologia inovadora, acompanham a evolução exponencial desta mesma tecnologia. Os recursos públicos, não. Não apenas em países como o Brasil, mas em qualquer localidade, jamais seria possível alocar recursos e deferir todos os tratamentos existentes e modernos à totalidade da população.

Não é difícil perceber que a decisão mencionada, que tem contornos ativistas questionáveis, tem o condão de acarretar forte impacto nas políticas públicas estatais e criar ponto de tensão entre o Judiciário e os gestores e executores dos programas de governo. Aliado o fato à comoção social que o caso promove, a tensão que medeia o julgador ao decidir casos limítrofes como o narrado é previsível.

Contudo, mostra-se fundamental a observância dos limites impostos a qualquer um dos casos que se apresente ao Judiciário, independente do grau de emotividade que ele desperte, com vistas à uniformidade realista e à legitimidade das decisões judiciais em situações limítrofes, como as que versam sobre a saúde e a vida.

8.4 A tutela coletiva em saúde

Outra hipótese que se vislumbra como possibilidade de se garantir eficácia ao direito em debate, minorando as graves consequências da judicialização excessiva, é o tratamento da matéria sob o prisma do processo coletivo.

A concepção tradicional de acesso à justiça no âmbito processual, na qual ora se inclui a dimensão processual do direito à saúde, foi construída com base na proteção e formação individual da lide, norteador o instrumental processual jurídico

¹¹² AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 187-188.

direcionado à matéria. Todavia, com o progressivo fenômeno da coletivização dos interesses e, sobretudo, dos denominados direitos sociais, o direito processual se viu obrigado a ampliar as formas de proteção jurídica que visem efetivar interesses coletivos em sentido lato, como pode ser considerado o direito à saúde, por sua legítima relevância social.

No âmbito da saúde, sobretudo, as ações coletivas permitem uma discussão bastante abrangente do contexto geral das políticas públicas, proporcionando uma ideia mais realista das dimensões da necessidade e da quantidade de recursos disponíveis.

Ademais, nas questões que envolvem o direito à saúde, está presente a nota da marcante conflituosidade – derivada do fato de que tal interesse envolve escolhas de caráter político –, característica dos interesses difusos passíveis de serem discutidos no âmbito das ações coletivas, como assevera Rodolfo de Camargo Mancuso, que ressalta o caráter fluido desse direito, “decorrente do fato de que esses interesses exsurtem de situações fáticas variáveis no tempo e no espaço”.¹¹³

Corroborando a inclusão do direito à saúde em uma categoria de direitos fundamentais de caráter transindividual e que não pode ser considerado interesse meramente individual nem mesmo interesse público primário – manifestação de vontade social, da coletividade – ou interesse público secundário – vontade de ação do Estado, forma como ele age interpretando a vontade social e, supostamente, visando alcançar um benefício coletivo –, Dirceu Pereira Siqueira sustenta que

[...] nesse sentido, temos o direito à saúde que, quando lesado ou ameaçado de lesão, tem uma abrangência extremamente gravosa a um número realmente indeterminado de pessoas, ou seja, a omissão estatal, quando da efetividade do direito à saúde, poderá atingir um número imensurável de pessoas, de forma que não poderia este direito ser considerado privado, nem mesmo público, pelo simples fato de dizer respeito a toda a coletividade.¹¹⁴

Além disso, a importância da tutela jurisdicional coletiva do direito à saúde reside, ainda, nas significativas vantagens que ela proporciona, sobretudo no que tange à

¹¹³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 110.

¹¹⁴ SIQUEIRA, Dirceu Pereira. *Tutela coletiva do direito à saúde*. Franca: Lemos e Cruz, 2011, p. 115.

economia processual, à implementação do acesso à justiça e à efetividade do direito material.¹¹⁵

No âmbito da compreensão do direito à saúde como um direito de natureza difusa e/ou coletiva de relevância pública, os Tribunais pátrios têm admitido a legitimidade do Ministério Público na propositura de ação civil pública em defesa da saúde, com produção de efeitos *erga omnes*, o que proporciona, sobretudo, a igualdade e universalidade no atendimento à saúde da população, de acordo com os ditames constitucionais.¹¹⁶

O processo coletivo constitui, ainda, meio adequado para se considerar a dimensão processual do direito social sanitário sob o prisma da análise econômica do direito, que nada mais é que um método de proposição de problemas jurídicos sob uma perspectiva econômica. Uma vez que a ciência econômica preza pela eficiência no manejo dos recursos escassos para o alcance do maior número das necessidades humanas – potencialmente ilimitadas –, a análise do fenômeno jurídico sob tal perspectiva é benéfica e salutar.¹¹⁷

Alguns parâmetros objetivos de atuação no âmbito das ações coletivas para proteção do direito à saúde vêm sendo propostos pela doutrina especializada, sobretudo no que tange à possibilidade de alteração das listas de medicamentos a serem dispensados pelo poder público. Tais listas – e sua atualização de acordo com a evolução do conhecimento técnico-científico em medicina (muito mais veloz que o demorado tempo processual¹¹⁸) – podem perfeitamente ser discutidas no bojo

¹¹⁵ SIQUEIRA, Dirceu Pereira. *Tutela coletiva do direito à saúde*. Franca: Lemos e Cruz, 2011, p. 121-130.

¹¹⁶ Nesse sentido: STJ, Segunda Turma, REsp 945.785/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJe 11/06/2013; STJ, Segunda Turma, AgRg no AResp 91.114/MG, Relator Ministro Humberto Martins, DJe 19/02/2013.

¹¹⁷ Para uma abordagem aprofundada da teoria da análise econômica do direito, que foge aos estreitos limites deste estudo, remete-se o leitor às obras de Gustavo Amaral e de Décio Zylbersztajn e Rachel Sztajn:

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZYLBERSZTAJN, Décio e SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia: Análise econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2005.

¹¹⁸ MACIEL GONÇALVES, Gláucio Ferreira. Direito e Tempo. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo Civil. Novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 285 e 287.

de uma ação coletiva para que, a título de exemplo, seja determinada a inclusão de certo medicamento de eficácia comprovada em lista, com efeitos *erga omnes*.

Em discussões coletivas travadas com o intuito de modificação e atualização das listas, a doutrina propõe algumas diretrizes. Preconiza-se, como preleciona Luís Roberto Barroso, que

[...] o Judiciário só deve determinar que a Administração inclua medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos. Ademais, o Judiciário deve, como regra, optar por substâncias disponíveis no Brasil e por fornecedores situados no território nacional. Por fim, dentre os medicamentos de eficácia comprovada, deve privilegiar aqueles de menor custo, como os genéricos.¹¹⁹

Mariana Filchtiner Figueiredo menciona, ainda, a possibilidade de controle de segurança dos medicamentos, bem como a implementação de políticas de redução dos custos dos remédios e proteção de patentes, todos por meio da tutela coletiva, com inegáveis e benéficos efeitos na efetividade material do direito à saúde e na potencial redução de demandas individuais.¹²⁰

Importa ressaltar, por fim, que, por se tratar o direito à saúde de direito subjetivo, a possibilidade de discussão da questão controversa por meio do processo coletivo não pode acarretar impedimentos ou limitações à exigência judicial do direito, quando necessário, por meio de ação individual.

8.5 Democratização da gestão

Em um afirmado contexto de crise da justiça no século XXI, as reformas legislativas com vistas à efetividade do processo não alcançaram o almejado sucesso,

¹¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS*. Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Vol. 11, n. 15, p. 13-38, nov. 2008, p. 36.

¹²⁰ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde. Parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 213-215.

mostrando-se cada vez mais extraordinário o número de processos que tramitam no Judiciário e, ainda, que adentram as instâncias extradordinárias.

Observa Fernando Jayme que a “reforma do Poder Judiciário, decantada como panaceia de todas as mazelas até então experienciadas pela sociedade, não apresentou resultados dignos de nota”; o autor relembra a metáfora empregada por Cappelletti ao descrever as tentativas de agilização no processo civil italiano, comparando a marcha da justiça a um relógio danificado: “cada vez que se quer colocá-lo em marcha por algum segundo, tem necessidade de ser repetidamente sacudido e golpeado.”¹²¹

Devido ao expressivo aumento numérico da litigância que envolve interesses sociais e, diante da necessidade de se assegurar o acesso ao direito, ao mesmo tempo em que se mostra necessário aperfeiçoar os serviços jurisdicionais e homenagear os princípios constitucionais da efetividade e da duração razoável do processo, luzes têm sido direcionadas à denominada gestão judiciária.

A ideia nada mais é do que assegurar que os magistrados tenham, à sua disposição, medidas que garantam o direcionamento de todos os recursos cabíveis com o fim de se alcançar efetividade, eficácia e celeridade na prestação jurisdicional, otimizando o aparato da justiça. O juiz olvidará esforços além dos destinados à pura atividade jurisdicional, atuando como gestor, com foco nos resultados e nas formas de organização para bem provisionar os serviços públicos.

Afirma o magistrado Wanderlei José dos Reis que a gestão judiciária pode ser concebida como

[...] um conjunto de tarefas que procuram garantir a afetação eficaz de todos os recursos disponibilizados pelo Poder Judiciário com o escopo de se alcançar uma entrega da prestação jurisdicional excelente. A gestão otimiza o funcionamento da unidade judiciária através da tomada de decisões racionais fundamentadas pelo gestor como forma de caminhar para o desenvolvimento e satisfação das necessidades dos jurisdicionados.¹²²

¹²¹ JAYME, Fernando Gonzaga. Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o Poder Judiciário brasileiro. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Processo civil: novas tendências. Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 241.

¹²² REIS, Wanderlei José dos. Juiz-gestor: um novo paradigma. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. a. 2 (2013), n° 8, p. 8701.

No Brasil, a efetiva implantação de formas de planejamento estratégico no Judiciário ainda se mostra embrionária, embora, há muito, já se discuta a necessidade de adoção de métodos aptos a orientar, estrategicamente, a atuação dos juízes, buscando-se a impessoalidade e a desejada eficiência na Administração Pública.

E, sendo o juiz o principal ator na entrega da prestação jurisdicional e o responsável direto por administrar o fluxo crescente de feitos no âmbito do Judiciário, dirigindo o processo, é ele quem deve se orientar à busca de planos estratégicos e operacionais mais eficazes.

A questão tem sido discutida no âmbito do STF, já tendo o Ministro Gilmar Mendes afirmado, em 2009, que “o juiz brasileiro tem que ser um gestor. Quem administra uma Vara é um administrador e deve assumir essa responsabilidade”. O Ministro Nelson Jobim, antes disso, já sinalizara a necessidade de construção de um novo modelo, afastando o argumento de que o grande problema da morosidade do sistema se resolveria com mais juízes, mais leis ou mais recursos sob o fundamento de não faltar dinheiro ao Judiciário, mas sim gestão.¹²³

Também a doutrina vem caminhando no mesmo sentido: Barbosa Moreira já observou não ser verdadeiramente adequada a ideia de que uma solução satisfatória para todos os males do processo e, sobretudo, para a lentidão da justiça, seja alcançada, necessariamente, pela via legislativa.¹²⁴ Dinamarco chegou a defender, ainda em 2004, que, na busca de soluções para a ineficiência do Judiciário, não se pode olvidar três principais questões: “a lei processual, as estruturas judiciárias e, acima de tudo isso, o homem que opera o processo”.¹²⁵

É também nesse sentido que se fala, no subtítulo que se dá ao presente tópico, em democratização da gestão. Não mais se justifica “isolar os Tribunais do dever institucional de se formar um Estado Democrático de Direito. Os Tribunais, como

¹²³ REIS, Wanderlei José dos. Juiz-gestor: um novo paradigma. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. a. 2 (2013), n° 8, p. 8705.

¹²⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual*. 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 373.

¹²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 15.

operadores da função estatal judiciária, passam a ter a obrigação de colaborar com o restante do Estado na formulação de políticas para a sociedade.”¹²⁶ E a gestão deve, necessariamente, ser ponto fulcral de preocupação dos juízes, que são instados a pautar sua atuação com base em princípios organizacionais de liderança, de motivação dos servidores, de desenvolvimento de uma cultura organizacional, de comunicação e de introdução de novas tecnologias.

O abandono de um sistema burocrático de gestão e a adoção de um novo modelo, norteados por institutos outrora próprios apenas dos sistemas de administração, há muito vêm sendo preconizados pelo já mencionado Observatório Permanente da Justiça Portuguesa.

O grupo liderado por Boaventura de Sousa Santos defende que o déficit de organização e planejamento do sistema de justiça é o grande responsável pela ineficácia e ineficiência de seu desempenho funcional, sendo que questões financeiras e de quantitativo de pessoal, além de reformas legislativas, desempenham papel apenas secundário – quiçá terciário – na origem dos principais problemas observados no Judiciário português e brasileiro.¹²⁷

Afirma Boaventura que

[...] o principal objetivo é desenvolver e consolidar uma administração da justiça orientada para a eficiência e qualidade, cujos principais vectores são independência e imparcialidade judicial, prestação de contas, eficiência, processo justo, publicidade das audiências de julgamento, duração adequada dos processos, certeza e segurança jurídicas, acesso à justiça e eficácia de desempenho.¹²⁸

Tal objetivo poderia ser atingido, *v.g.*, com a implantação de novas tecnologias de informação e comunicação, tanto na concepção dos sistemas judiciários quanto na prestação de serviços ao cidadão.

¹²⁶ GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. Observação jurídico-sociológica da lei dos juizados especiais federais. 2007. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007. p. 74.

¹²⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo Judiciário: qualidade e eficiência na gestão dos processos cíveis*. 2008. Disponível em <http://opj.ces.uc.pt/pdf/para_um_novo_judiciario.pdf>. Acesso em 16 set. 2014, p. 10.

¹²⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Op. cit.*, p. 176.

Outras medidas seriam o estabelecimento de prazos rígidos e mensuráveis para a realização dos atos processuais – e seu necessário cumprimento –, além da tramitação processual diferenciada tendo em conta o tipo de demanda, o que seria fundamental nos feitos que discutem prestações em matéria de saúde. Tudo isso submetido a mecanismos de avaliação externa e de prestação de contas, o que não pode ser considerado ingerência indevida na autonomia e independência judiciais.

Fundamental é, ainda, o desenvolvimento de uma cultura pessoal gerencial, uma vez que o sucesso de tal metodologia é, em grande medida, dependente de um perfil proativo dos sujeitos que exercerão liderança e controle do sistema, que devem fomentar medidas de capacitação e formação dos recursos humanos existentes, que, por sua vez, não podem se sentir alheios ao processo de tomada de decisões. É relevante que os servidores sintam-se parte individual do processo de mudança, não se olvidando, contudo, da importância do pertencimento ao grupo.

Ressalte-se, ainda, que, no processo de implantação de uma gestão processual democrática e voltada à qualidade gerencial, é fundamental a interação cooperativa entre os poderes, especialmente o Judiciário e Executivo, pois o abandono de um modelo burocrático-administrativo visando a adoção de um modelo gestor não pode ocorrer apenas no âmbito do Judiciário, sem que a transformação se revele inócua.

Considerada a premissa de que a democratização da gestão é necessidade inarredável, o CNJ é também um importante agente no processo, pois partícipe e forte instrumento de avaliação estratégica de efetividade. Há projetos em desenvolvimento, atualmente, sob o direto financiamento do CNJ, com vistas a um observatório do Poder Judiciário em matéria de saúde.¹²⁹

¹²⁹ Em 2012, o CNJ publicou Edital de Convocação Pública da 1ª Edição da Série "Justiça Pesquisa", tendo selecionado instituições, em todo o Brasil, para a realização de diversos estudos versando sobre temáticas atuais e de necessária discussão no cenário jurídico brasileiro. A Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), por meio do Laboratório de Pesquisas sobre Práticas de Integralidade em Saúde (LAPPIS), foi selecionada para desenvolver trabalho intitulado "Estudo multicêntrico sobre as relações entre sociedade, gestão e Judiciário na efetivação do direito à saúde". Por informações obtidas no sítio eletrônico da instituição (<http://www.lappis.org.br/site/>), o trabalho encontrava-se em fase de finalização, não tendo sido publicado o relatório final das pesquisas, por ocasião da finalização da presente dissertação. Apenas a título de registro, foi a Universidade Federal de Minas Gerais também selecionada para o desenvolvimento de pesquisa referente à força normativa do precedente judicial no direito brasileiro.

Paralelamente à possibilidade de fornecimento racional de serviços e bens de saúde nas demandas que tramitam no Judiciário brasileiro, por meio da correta aplicação de precedentes judiciais, o CNJ tem também estimulado a formação de redes institucionais multidisciplinares estaduais, visando garantir apoio técnico especializado às decisões judiciais, além de construir, em parceria com diversos órgãos, alternativas à judicialização, de acordo com o contexto local em que os conflitos relacionados ao direito à saúde se desenvolvem.

As alternativas propostas perpassam pela noção da gestão integrada, com a instauração de câmaras técnicas nos Tribunais e Varas especializadas em matéria de saúde, assessoria técnico-jurídica nos hospitais e serviços públicos de saúde, com orientações aos médicos acerca das diretrizes definidas para fornecimento de medicamentos e tratamentos de alto custo.

No Estado de Minas Gerais, importa ressaltar válida iniciativa do Tribunal de Justiça, que, à esteira de diretrizes determinadas pelo CNJ, pactuou cooperação técnica com o Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Minas Gerais e com a Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais, visando promover assessoria técnica aos juízes, na busca de decisões mais ágeis e assertivas. É possível, assim, a formulação de consulta pelos magistrados mineiros ao Núcleo de Avaliação de Tecnologia em Saúde (NATs), que, analisando o caso concreto apresentado ao Judiciário, destinará profissional habilitado à elaboração de parecer, por meio de mapeamento bibliográfico específico a cada caso. Trata-se de iniciativa de vanguarda do Tribunal mineiro, inserida no que ora se preconiza acerca da necessidade de se democratizar a gestão e, em consequência, as decisões judiciais, em temática tão relevante.

O projeto de cooperação constitui, ainda, importante ferramenta naquelas situações em que o paciente demandante pleiteia, em juízo, medicamento específico produzido por determinado laboratório, afirmando a impossibilidade de substituição por fármaco similar.

Não dispondo o magistrado de informações técnicas acerca da substitutibilidade de determinada substância farmacológica, a consulta ao NATs constitui método de se

subsidiar decisão de forma isenta de eventual influência da indústria farmacêutica, que se sabe ocorrente.

Trata-se, a propósito, de outra questão sensível, sendo que a doutrina especializada não titubeia em afirmar que é comum a interação entre médicos e indústria farmacêutica,

[...] às vezes de maneira muito íntima, e essa interação é complexa por haver interesses envolvidos, inclusive financeiros, que podem vir a comprometer a independência do médico na formulação de suas prescrições, em detrimento da inequívoca responsabilidade de prescrever o medicamento mais seguro, eficaz, de menor custo e baseado em julgamento clínico imparcial e científico.¹³⁰

O problema do conflito de interesses em medicina é complexo e tem sido alvo de olhares acadêmicos. Em dissertação de mestrado desenvolvida na Faculdade de Medicina da UFMG, Orozimbo Henriques Campos Neto, buscando analisar as relações existentes entre médicos, advogados e indústria farmacêutica em ações judiciais para a obtenção de anticorpos monoclonais, chega a afirmar ter encontrado indícios de que a justiça e a medicina têm sido utilizadas, em determinados momentos, para atender os interesses da indústria farmacêutica. Isso devido ao fato de ter o pesquisador observado que, em 787 demandas, apenas um médico foi o responsável por 21,2% das prescrições de um dos fármacos requeridos, sendo que 45% dos pedidos foram ajuizados, também, por apenas um escritório de advocacia.¹³¹ Afirmou o autor, ainda, que tais resultados – concentração da distribuição dos processos em poucos médicos e escritórios de advocacia – podem indicar a existência de uma “parceria” entre tais profissionais e o laboratório fabricante do medicamento.

A questão do conflito de interesses e das relações comerciais existentes entre os envolvidos é bastante tormentosa e inspira cautela, embora também deva ser considerado o fato de que é a competitividade pelo consumo dos fármacos, com

¹³⁰ MASSUD, Munir. Conflito de interesses entre os médicos e a indústria farmacêutica. *Revista Bioética*. 2010; 18 (1), p. 75.

¹³¹ CAMPOS NETO, Orozimbo Henriques. As ações judiciais por anticorpos monoclonais em Minas Gerais, 1999-2009: médicos, advogados e indústria farmacêutica. 2012. 80f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012, p. 50 e 59.

obtenção de lucro pela indústria farmacêutica, que permite suprir os vultosos custos das pesquisas para produção de novos medicamentos.

Isso porque, para que se alcance significativo avanço clínico-laboratorial em medicina, é imprescindível uma intensa atividade de pesquisa, que ocorre mediante vultosos investimentos que, não apenas oriundos de fundações, governos ou de organizações sem fins lucrativos, são muito mais provenientes de pesquisas originais desenvolvidas no âmbito da própria indústria farmacêutica.¹³²

A polêmica requer ampla discussão crítica que, contudo, foge aos objetivos e à estreita linha de pesquisa deste estudo.

No entanto, pode-se afirmar que a busca de informações técnicas pelo julgador, embasadas em pareceres provenientes de especialistas integrantes do sistema público de saúde, pode minimizar, ao menos no âmbito do processo judicial, a influência deletéria dos interesses envolvidos.

Nesse contexto, pode-se concluir que a questão referente à democratização da administração da justiça é complexa e multifatorial, não tardando perceber, pelo exposto, que os problemas persistirão se não houver uma integração de vontades entre o Poder Judiciário, a Administração Pública e os próprios profissionais da saúde, além da compreensão de que a gestão da justiça não é tarefa apenas do Judiciário, pois um modelo democrático de gestão da justiça inclui a participação de todos os seus atores.

Logo, impõe-se que o administrador público/gestor também reconheça a força normativa dos precedentes judiciais, bem como a mínima eficácia normativa do direito à saúde constitucionalmente previsto, com o objetivo de se garantir o direito e se reduzir quantitativamente as demandas judiciais, já que é notório que o Estado é o grande demandista nessa seara, sendo altíssimo o grau de recorribilidade das decisões que lhe são contrárias, sob o fundamento adicional de ser vedada a transação no âmbito da Administração Pública.

¹³² MONYNHAN, Ray. Who pays for the pizza? Redefining the relationships between doctors and drug companies. *British Medical Journal*, 2003; 326, p. 1190.

Ademais, além de ser o Estado grande demandista, mostra-se habitual o não cumprimento espontâneo, pelo gestor público, do direito e das próprias políticas públicas já delineadas. Tal dado, apesar de notório, foi também comprovado em trabalho desenvolvido no âmbito da Faculdade de Medicina da UFMG, que demonstrou, por meio da análise de 783 processos judiciais, que, no período compreendido entre 1999 e 2009, 93,6% dos procedimentos, bens ou serviços de saúde requisitados ao Judiciário já tinham previsão protocolar de cobertura e de realização pelo SUS.¹³³ Pode-se vislumbrar duas causas imediatas para tal constatação: o claro descumprimento, pela própria Administração, da política pública por ela já delineada ou a impossibilidade de se ofertar a medida pleiteada em tempo hábil ou no tempo em que a condição mórbida do paciente demanda, uma vez que, sobretudo na temática que ora se aborda, o tempo de duração da marcha procedimental – ainda que no âmbito administrativo – é absolutamente deletério à efetivação do direito. De qualquer forma, constata-se a necessidade de reforço na gestão administrativa do próprio SUS e de reavaliação da alocação dos recursos e do planejamento no âmbito do sistema.

Por fim, entende-se que a própria aplicação correta dos precedentes judiciais, conforme defendido em tópico prévio, tem o condão de fortalecer o papel do Judiciário na democratização da justiça e aumentar a confiabilidade da sociedade e das demais esferas de poder nos juízes e Tribunais.

9 CONCLUSÃO

A problemática jurídica dos direitos sociais, sobretudo do direito a prestações de saúde, encontra-se em uma posição desconfortável, diante do vultoso aumento da litigiosidade e da tensão que se criou entre os elaboradores e executores das políticas públicas, de um lado, e o Judiciário, do outro. Considerados, ainda, a

¹³³ GOMES, Fernanda de Freitas Castro. *A judicialização da saúde em Minas Gerais: uma avaliação dos processos judiciais relacionados aos procedimentos ambulatoriais e hospitalares no período 1999-2009*. 2013. 98f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.

escassez de recursos públicos, a pouca afeição da sociedade brasileira ao cumprimento espontâneo dos direitos, o aumento da expectativa de vida dos brasileiros¹³⁴ e a profusão de novos medicamentos produzidos pela indústria farmacêutica, não tarda perceber que a eficácia do direito à saúde tem sido posta à prova.

A denominada judicialização do direito à saúde ganhou contornos tão relevantes, que passou a envolver, de forma salutar, não apenas os juristas, mas também os gestores públicos, profissionais da saúde e toda a sociedade civil. Mostra-se, ainda, como resultado da crise das instituições no Brasil, de forma geral, sendo notório o uso de grande numerário pelo sistema judicial para resolução de um contencioso decorrente do não cumprimento espontâneo de direitos fundamentais sociais pelo Estado.

O somatório do enquadramento constitucional do direito à saúde como direito fundamental e da frequente omissão estatal em garantir esse direito resulta na inafastável abordagem processual judicial da questão. Isso porque não há sentido em se proteger direitos fundamentais sem meios de se efetivá-los. Do contrário, os direitos seriam meras declarações e não efetivo objeto de tutela jurídica.

A principal razão para a explosiva judicialização da saúde que se nota nos últimos anos tem sido a omissão do poder público no cumprimento de seus deveres constitucionais. Ou seja, é a falta de ação do Estado (Administração) que coloca o cidadão sujeito à discricionariedade do próprio Estado (Juiz), para a realização das políticas públicas que garantam acesso à saúde. Corre-se o risco, portanto, de se legitimar a inércia do Estado-Administração Pública, que poderá optar por aguardar o Estado-Judiciário se manifestar de forma concessiva da pretensão do indivíduo, para que se desloquem recursos para a efetivação do direito, frequentemente com inexigibilidade de licitação pública e por meios menos burocráticos, o que é vantajoso para o administrador.

¹³⁴ A expectativa de vida do brasileiro aumentou significativamente no último decênio, acompanhada da redução significativa da taxa de mortalidade infantil que, em 16 anos, apresentou declínio acima de 46%. Em 2012, o IBGE divulgou que a esperança de vida ao nascer do brasileiro atingiu a idade de 74,6 anos, o que constitui acréscimo de 3,65 anos sobre o indicador de 2000. As informações podem ser encontradas na Tábua Completa de Mortalidade para o Brasil de 2012, na página <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tabuadevida/2012>> . Acesso em 21 set. 2014.

A dimensão do problema que atualmente se observa não ocorre por inexistência de políticas públicas ou falta de legislação específica, mas por questões ligadas, especialmente, à (in)execução e manutenção das políticas já existentes. E, nesse ponto, o Judiciário tem sido demandado como compensador dos déficits de funcionalidade dos demais poderes.

Pode o Judiciário ser legitimamente invocado a determinar o cumprimento dos preceitos já delineados, sem que isso implique prática judicial ativista. É dizer, embora o Poder Judiciário não tenha a atribuição constitucional de criar políticas públicas por meio do processo, pode legitimamente exercer seu controle, visando aferir sua compatibilização com os objetivos constitucionais e legais previamente delineados. Em consequência, permite-se ao Judiciário intervir nas políticas públicas, desde que respeitados certos limites – como a razoabilidade da pretensão requerida e a irrazoabilidade da escolha do agente público –, quer para corrigi-las quando eivadas de ilegalidade, quer para implementá-las e efetivar o direito por elas, em tese, garantido.

É dizer, deve a questão ser abordada com cautela, sendo salutar que se encontre o justo meio entre uma concepção ativista – que, levada ao extremo, poderia conduzir a uma ideia de que apenas o virtuoso juiz é capaz de solucionar o problema – e uma concepção minimalista e restritiva, que reduziria a importância da via judicial para a efetivação de direitos sociais, quando legalmente previstos e não ofertados ao cidadão.

Todavia, para que a legitimidade das decisões judiciais na seara discutida seja incontestável, deve o Judiciário agir com parcimônia e bom senso, o que, com frequência maior que o desejado, não se tem observado.

O observatório do Judiciário que se propôs realizar no âmbito deste estudo possibilitou analisar centenas de decisões judiciais proferidas pelos Tribunais Superiores e pelo TJMG. Permitiu-se concluir que, em expressiva parcela das decisões judiciais – sobretudo as estaduais –, a natureza plurilateral do direito à saúde foi desconsiderada, assim como o impacto econômico da decisão judicial. Os direitos sociais têm custos, em todas as suas dimensões, que não podem ser ignorados, embora frequentemente o sejam.

Percebe-se a nítida tendência jurisprudencial de tratamento do direito à saúde como direito subjetivo e não como norma programática. Contudo, preocupa-nos o fato de que, atuando de forma fragmentária, o Judiciário parece criar distorções nas políticas públicas, concedendo, muitas vezes indistintamente, pretensões que já se sabe que não podem ser universalizáveis, dada a escassez de recursos.

Tal postura acaba por ferir o princípio da igualdade, uma vez que o necessário deslocamento de recursos para o cumprimento de decisões judiciais garantidoras de pretensões individuais não universalizáveis desampara, do ponto de vista econômico, políticas públicas de alcance coletivo.

É clara a dificuldade de se delimitar o “quanto de saúde” pode o Estado fornecer a cada particular, sobretudo quando a questão é levada ao Poder Judiciário, instado a decidir, frequentemente, no âmbito de medidas liminares, já que o tempo do doente não permite a longa espera do tempo do processo. Em expressivo número de casos concretos, o fornecimento de soluções individualizadas para cada caso, pelo Poder Judiciário – em detrimento de uma solução que vislumbre a questão social e macroeconômica –, é perfeitamente compreensível, devido à situação aflitiva do julgador diante da grave enfermidade do jurisdicionado e de sua visível esperança depositada no tratamento que pleiteia. As consequências nefastas da solução individualizada de cada caso, sem a compreensão e a visibilidade do contexto global, não podem ser atribuídas exclusivamente ao julgador, mas à estrutura posta do Estado.

Não há casos simples quando se aborda o direito a prestações positivas em matéria de saúde. É nessa seara, sobretudo, que se observa a necessidade de revisão da fundamentação adotada nas decisões judiciais, uma vez que o processo é meio de garantia de direitos e não forma de implementação de políticas públicas.

E, sendo o uso dos precedentes judiciais salutar para a decisão dos denominados *hard cases*, visando a racionalidade, isonomia e imparcialidade decisórias, preconiza-se a adoção de uma teoria dos precedentes de cunho normativo-argumentativo e de base kantiana, da razão prática, por ter como princípio fundamental a universalizabilidade do discurso jurídico nos Tribunais. Entende-se que o uso racional e adequado de uma teoria normativa dos precedentes judiciais

deve ser fomentado no Brasil e adotado pelo julgador ao decidir questões relacionadas ao direito à saúde, pois deve ele se pautar pela necessidade de proferir decisões racionais, não podendo ser negada tal pretensão de racionalidade na matéria que ora se discute.

O respeito aos precedentes em matéria de direito sanitário pode constituir importante fator de racionalização e uniformidade das decisões judiciais, por permitir igualdade de tratamento e, ao mesmo tempo, flexibilidade para o manejo da variedade dos casos que são levados à apreciação dos Tribunais.

Entretanto, nem em países nos quais é de tradição histórica a aplicação do direito jurisprudencial, pode haver sua utilização mecânica – como tem sido observado no Brasil – sem a reconstrução histórica do contexto de criação do precedente a ser aplicado e das questões fáticas que o originaram e também sem se discutir amplamente a possibilidade de sua oxigenação, pelas técnicas de modificação do precedente normativo.

O grande problema que se observou na incidência dos precedentes em matéria de saúde, em expressiva proporção de julgados proferidos no TJMG, foi sua aplicação de forma desconectada com as questões, teses e fatos que deram origem ao precedente. Arrisca-se dizer que se trata de fenômeno que pode ser generalizado a todo o país, devido ao fenômeno de um “*common law* à brasileira”, como mencionado por processualistas pátrios¹³⁵, que observam a falta de preocupação científica com a consolidação de uma teoria brasileira dos precedentes judiciais.

No contexto que ora se discute e em casos nos quais o julgador se depara com pedidos de medicamentos de alto custo em face do poder público, preconiza-se, à esteira do posicionamento defendido pelo STF, que o julgador utilize-se de parâmetros racionais decisórios, que podem ser assim configurados:

1) Verificação da existência de política pública que verse sobre a pretensão levada a juízo;

¹³⁵ Expressão cunhada por Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes e Alexandre Bahia, ao afirmarem a ausência de uma teoria genuinamente brasileira dos precedentes judiciais, estando o Brasil a importar e mixar modelos jurídicos sem a necessária adaptação às peculiaridades do sistema judicial pátrio.

2) Inexistindo tal política, deve o julgador considerar: (a) se há vedação legal para o fornecimento do medicamento (encontra-se o fármaco registrado na ANVISA?); (b) a existência de decisão denegatória administrativa no âmbito do SUS, fundamentada em protocolos de diretrizes terapêuticas atualizados; (c) se o medicamento é experimental ou se encontra em fase de testes na indústria farmacêutica; (d) se há comprovação de que o tratamento alternativo fornecido pelo SUS mostra contraindicações para o caso do demandante; (e) se há comprovação, pela Administração Pública, de grave lesão à ordem ou à economia, na hipótese da concessão do pleito, o que pode configurar obstáculo ao deferimento de medida liminar.

Quanto à questão atinente à responsabilização solidária dos entes públicos em matéria de prestação sanitária, espera-se que tal precedente venha a ser revisto e superado, sobretudo pelo STF, privilegiando o princípio da eficiência e a ideia de que a solidariedade apenas deve se referir ao dever de implementar políticas públicas para a consecução do fim de prestação universal. Uma vez existente a política pública pertinente, a responsabilidade deve se transmudar em subsidiária.

Ainda como possibilidade de se minorar racionalmente a judicialização do direito à saúde, preconiza-se seja priorizada a tutela coletiva para a atualização das listas de fármacos padronizados pelo SUS, bem como a criação de um novo modelo de acesso à justiça e ao direito, que deverá ter um figurino institucional que integre entidades multidisciplinares aptas a funcionarem como uma rede não judicial de prevenção ou até mesmo de resolução extraprocessual de litígios. Tal reforma não pode deixar de considerar a dinâmica do direito à saúde, não podendo o regime de resolução de conflitos manter-se confinado a uma visão estática e limitada da dimensão processual de tal direito. Há de se implementar um debate processual acurado e multidisciplinar, para que se colham o máximo de informações e se profiram decisões fundamentadas racionalmente, especialmente quando em debate a aplicação do direito fundamental à saúde. Há de se repensar, ainda, a forma atual de gestão da justiça, que precisa evoluir de um sistema burocratizado e hermético a um sistema democrático, moderno e coparticipativo.

Não se vislumbra, por derradeiro, possibilidade de se minorar o problema da quantidade de demandas ajuizadas em matéria de prestação de saúde por parte do Estado, sem tematizar a crise institucional brasileira e sem a abordagem das causas da litigiosidade, apenas com o trato do sistema processual, uma vez que este somente lida com suas consequências.

O caminho da utilização de técnicas de padronização e racionalização decisórias é irreversível no âmbito processual do direito à saúde, mostrando inegáveis virtudes no plano da celeridade processual e do tratamento judicial isonômico; o que não se pode admitir é a aplicação automática e indiscutida de um padrão decisório, sem a necessária fundamentação racional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

ABRAMOVICH, Victor; COURTS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2004.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as escolhas trágicas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANDRADE, Elizabeth Nogueira de; ANDRADE, Edson de Oliveira. O SUS e o direito à saúde do brasileiro: leitura de seus princípios, com ênfase na universalidade da cobertura. **Revista Bioética**. 2010; 18 (1), p. 61-74.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. Privatização do Processo? In: **Temas de Direito Processual**. 7ª série, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 7-18.

_____. **Temas de Direito Processual**. 9ª série. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Jurídica UNIJUS / Universidade de Uberaba**, Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Vol. 11, n. 15, p. 13-38, nov. 2008.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, n. 13, jan/mar 2009, p. 71-91.

BINS, Denise Dias de Castro. Panorama do direito constitucional à saúde no contexto brasileiro: consagração, acesso e judicialização. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, nº 56, out. 2013. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/70370>>. Acesso em 24 jul. 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BODNAR, Zenildo. A recomendação 31 do Conselho Nacional de Justiça e o controle judicial de políticas públicas de saúde. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, nº 57, out. 2013. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/70749>>. Acesso em 24 jul. 2014.

BRASIL. Secretaria de Reforma do Judiciário. **Acesso à justiça por sistemas alternativos de resolução de conflitos: mapeamento nacional de programas públicos e governamentais**. Brasília: Ministério da Justiça, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, sítio eletrônico. **Audiência Pública sobre Direito à Saúde**. Diversos textos. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em 10 mar. 2014.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

CALAMANDREI, Piero. **La casación Civil**. v. 2. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945.

CAMPOS NETO, Orozimbo Henriques. **As ações judiciais por anticorpos monoclonais em Minas Gerais, 1999-2009: médicos, advogados e indústria farmacêutica**. 2012. 80f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. **Cadernos Democráticos**. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, nº 74, ano 19, abr-jun/94.

_____. Problemas de reforma do processo das sociedades contemporâneas. **Revista Forense**, v. 88, n. 318, p. 119-128, abr/jun. 1992.

_____; GARTH, Bryant. Trad. Ellen Gracie Northfleet. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARDOSO, Oscar Valente. Questões controversas sobre a determinação judicial de fornecimento de medicamentos excepcionais pelo poder público. **Revista CEJ**, Brasília, v. 13, n. 45, p. 46-55, abr. 2009.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**. Nov. 2004, nº 23, p. 115-126.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ativismo judicial e política. **Revista Jurídica Consulex**, nº 307. Disponível em: <<http://www.consulex.com.br/co/default.asp?op=cor&id=8383>> Acesso em: 18 mai. 2014

CRANSTON, Maurice. **O que são os direitos humanos?** Rio de Janeiro: DIFEL, 1979.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: um suporte axiológico para a efetividade dos direitos fundamentais sociais. In: CUNHA JR., Dirley; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (org.). **Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2007.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Aspectos particulares da chamada judicialização da saúde. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo, v. 14, n. 1, p. 77-81, mar/jun 2013.

_____. Controle judicial da política de assistência farmacêutica: direito, ciência e técnica. **Physis** (UERJ. Impresso), v. 20, p. 57-75, 2010.

_____. O poder normativo em matéria de saúde e a judicialização da saúde. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (org.). **Direito: Teoria e Experiência - Estudos em Homenagem a Eros Roberto Grau - Tomo I**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, v. 01, p. 642-663.

DELGADO, José Augusto. Ativismo judicial. O papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). **Processo civil: novas tendências. Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

D'ESPÍNDULA, Thereza Cristina de Arruda Salomé. Judicialização da medicina no acesso a medicamentos: reflexões bioéticas. **Revista Bioética**. 2013; 21 (3), p. 438-447.

DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro? In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle, *et al* (org.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo CPC**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2013.

DIAS, Talita Viza. **Fundamentação das decisões jurisdicionais relativas ao direito à saúde no Estado Democrático de Direito brasileiro: em defesa da integridade do direito, da teoria do discurso jurídico e do modelo constitucional do processo**. 2012. 200f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da jurisprudência no Direito Tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar**. São Paulo: Noeses, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____. **Nova era do Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; SILVEIRA, Gláucio Inácio da. O ativismo judicial no direito comparado. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, ano 26, n. 75, p. 165-185, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2ª ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: Epistemologia versus metodologia?. In: PANDOLFI (Org.). **Cidadania, Justiça e Violência**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

FARIA, José Eduardo (org.). **Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Irretroatividade e jurisprudência judicial. IN: NERY JR., Nelson, CARRAZZA, Roque Antonio, FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Efeito ex nunc e as decisões do STJ**. São Paulo: Manole, 2007.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde. Parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GAZZOLA, Luciana de Paula Lima; MACIEL GONÇALVES, Gláucio Ferreira. Culpa médica e sua apuração processual: uma análise das teorias da prova. **Revista Brasileira de Direito Processual** (Impresso), v. 85, p. 89-117, 2014.

GEBRAN NETO, João Pedro; DRESCH, Renato Luís. A responsabilidade solidária e subsidiária dos entes políticos nas ações e serviços de saúde. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, a. 25, n. 84, p. 77-103, 2014.

GERA, Renata Coelho Padilha. Interesses Individuais Homogêneos na perspectiva das “ondas” de acesso à justiça. In: LEITE (Coord.). **Direitos Metaindividuais**. São Paulo: LTr. 2004.

GOMES, Fernanda de Freitas Castro. **A judicialização da saúde em Minas Gerais: uma avaliação dos processos judiciais relacionados aos procedimentos ambulatoriais e hospitalares no período 1999-2009**. 2013. 98f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**. Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56016>>. Acesso em 27 jul. 2014.

_____. O tratamento dos processos repetitivos. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). **Processo civil: novas tendências. Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GUEDES, Jefferson Carús. Direito processual social atual: entre o ativismo judicial e o garantismo processual. **Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro**. Belo Horizonte, a. 21, n. 82, abr/jun. 2013.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 4ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HEINEN, Juliano. O custo do direito à saúde e a necessidade de uma decisão realista: uma opção trágica. In: **Audiência Pública Saúde**, STF, 2009, Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo>>. Acesso em 01 jul. 2014.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Safe, 1991.

JAYME, Fernando Gonzaga. Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o Poder Judiciário brasileiro. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). **Processo civil: novas tendências. Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, n. 18, Rio de Janeiro: 1996. p. 389-402.

KRELL, Andréas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LIMBERGER, Têmis; GRISON, Leonardo. Políticas públicas e direito à saúde: a necessidade de critérios hermenêuticos para a intervenção judicial. **Revista NEJ – Novos Estudos Jurídicos**, vol. 15, n. 2, mai/ago 2010, p. 306-322.

LUCHI, José Pedro; MARTINS, Julio Lima Souza. O papel do juiz na efetividade dos direitos sociais no Brasil: possíveis respostas no direito e na filosofia política. **Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro**. Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 69-91, out./dez. 2013.

MACHADO, Marina Amaral de Ávila; ACURCIO, Francisco de Assis; BRANDÃO, Cristina Mariano Ruas; FALEIROS, Daniel Resende; GUERRA JR, Augusto Afonso; CHERCHIGLIA, Mariângela Leal; ANDRADE, Eli lola Gurgel. Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. **Revista de Saúde Pública**, v. 45, n. 3. São Paulo, jun./abr. 2011, p. 590-598. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102011000300018&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em 25 set. 2014.

MACIEL GONÇALVES, Gláucio Ferreira. A organização dos tribunais e a gestão do tempo. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides; COUTO, Mônica Bonetti; SANCHES, Samyra. (Org.). **Justiça e (o paradigma da) eficiência: celeridade processual e efetividade dos direitos (recurso eletrônico)**. Curitiba: Clássica, 2013, v. 3.

_____. Direito e Tempo. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). **Processo Civil. Novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

_____. **Observação jurídico-sociológica da lei dos juizados especiais federais**. 2007. 142f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

_____, SILVA, Maria Isabel Amato Felipe da. Recurso especial repetitivo: a obrigatoriedade da observância da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pelos Tribunais de origem. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 60, jan./jun 2102, p. 121-145.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, n. 49, p.11-58, 2009. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/17031/11238>>. Acesso em 27 jun. 2014.

_____. Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obiter dictum* no direito brasileiro. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). **Processo Civil. Novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MASSUD, Munir. Conflito de interesses entre os médicos e a indústria farmacêutica. **Revista Bioética**. 2010; 18 (1), p. 75-91.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

MEDAUAR, Odete. **Controle jurisdicional da Administração**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MONYNHAN, Ray. Who pays for the pizza? Redefining the relationships between doctors and drug companies. **British Medical Journal**, 2003; 326, p. 1189-1192.

NALINI, José Renato. **O Juiz e o acesso à justiça**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NUNES, Dierle. Afastamento de precedente não pode continuar sendo regra. **ConJur - Revista Consultor Jurídico**, 04 de junho de 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-04/dierle-nunes-afastamento-precedente-nao-regra>> Acesso em 27 jun. 2014.

_____. Politização do Judiciário no Direito Comparado – algumas considerações. In: MACHADO, Felipe, CATTONI, Marcelo (coord.) **Constituição e Processo: entre o direito e a política**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências ‘não compreendidas’ de padronização decisória. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 199, set. 2011, p. 41-82.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; COSTA, Mila Batista Leite Corrêa da; ANDRADE, Oyama Karyna Barbosa. **Justiça do Século XXI**. São Paulo: LTr, 2014.

PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. E a justiça aqui tão perto? As transformações no acesso ao direito e à justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. Coimbra: n. 65, p. 77-106, maio 2003.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação no processo civil brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo Código de Processo Civil. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). **Processo Civil. Novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

PORTUGAL. **Observatório Permanente da Justiça Portuguesa**. Laboratório associado à Universidade de Coimbra. Diversos textos. Disponível em <<http://opj.ces.uc.pt>>. Acesso em 06 mar. 2014.

RAATZ, Igor. Considerações históricas sobre as diferenças entre *common law* e *civil law*: reflexões iniciais para o debate sobre a adoção de precedentes no direito brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 36, n. 199, p. 159-191, set. 2011.

REIS, Wanderlei José dos. Juiz-gestor: um novo paradigma. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. a.2 (2013), nº 8, p. 8697-8707. Disponível em <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_08_08697_08707.pdf>. Acesso em 15 set. 2014.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. **A defesa da saúde em juízo: teoria e prática**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gestão nos Tribunais. Um olhar sobre a experiência das comarcas piloto**. 2010. Disponível em: <http://opj.ces.uc.pt/pdf/RelatorioA_gestao_dos_tribunais_01_04_2010.pdf>. Acesso em 15 set. 2014.

_____. **Como gerir os Tribunais? Análise comparada de modelos de organização e gestão da justiça**. 2006. Disponível em: <http://opj.ces.uc.pt/pdf/Como_gerir_os_tribunais.pdf>. Acesso em 16 set. 2014.

_____. **O Observatório Permanente da Justiça Portuguesa: estrutura e funcionamento**. 2007. Disponível em: <http://opj.ces.uc.pt/pdf/Rel_OPJ_Brasil_produto1.pdf>. Acesso em 24 jun. 2014.

_____. **O acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em questão**. 2002. Disponível em: <<http://opj.ces.uc.pt/pdf/10.pdf>>. Acesso em 17 set. 2014.

_____. **Para um novo Judiciário: qualidade e eficiência na gestão dos processos cíveis**. 2008. Disponível em <http://opj.ces.uc.pt/pdf/para_um_novo_judiciario.pdf>. Acesso em 16 set. 2014.

_____. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

_____; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. **Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. O caso português**. Porto: Edições Afrontamento, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Observatório do direito à saúde: democracia, separação de poderes e o papel do Judiciário brasileiro para a eficácia e efetividade do direito à saúde. Relatório final da pesquisa**. Porto Alegre, 2010. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/55840730/Relatorio-Observatorio-do-Direito-a-Saude-Democracia-Separacao-de-Poderes-e-o-Papel-do-Judiciario-Brasileiro-para-a-Eficacia-e-Efetividade-do-Direit>>. Acesso em 14 dez. 2013.

_____; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SCHIAVONI, Eduardo. Justiça determina que SUS pague R\$ 2 mi em transplante para bebê nos EUA. **UOL Notícias** [*on line*]. Disponível em <<http://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2014/05/28/justica-determina-que-sus-pague-r-2-mi-em-transplante-para-bebe-nos-eua.htm>>. Acesso em 26 jun. 2014.

SENA, Adriana Goulart de. Política judiciária de tratamento adequado de conflitos de interesses: conciliação judicial. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). **Processo Civil. Novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. **Gerenciamento de Processos Judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Tutela coletiva do direito à saúde**. Franca: Lemos e Cruz, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. In: **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton & Co., 1999.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 36, n. 199, p. 139-155, set. 2011.

_____. Dimensioni del precedente giudiziario. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Anno XLVIII, 1994, p. 411-430.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 35, n. 189, p. 9-52, nov. 2010.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça. **Revista Novos Estudos Jurídicos –**

Eletrônica, v.17, n.2, mai/ago 2012, p. 240. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 02 nov. 2014.

ZYLBERSZTAJN, Décio e SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia: Análise econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2005.