



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
MONOGRAFIA JURÍDICA

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UMA ANÁLISE DO ATIVISMO JUDICIAL E DA
MEDIAÇÃO NESSE ÂMBITO**

ORIENTANDA: ANDRIELY GODOI VIEIRA

ORIENTADORA: PROF^a ME. MILLENE BALDY DE SANT'ANNA BRAGA GIFFORD

GOIÂNIA-GO

2023

ANDRIELY GODOI VIEIRA

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UMA ANÁLISE DO ATIVISMO JUDICIAL E DA
MEDIAÇÃO NESSE ÂMBITO**

Monografia Jurídica apresentada à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito, Negócios e Comunicação da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC GOIÁS).

Prof^a Orientadora: Me. Millene Baldy de Sant'Anna Braga Gifford

GOIÂNIA-GO

2023

ANDRIELY GODOI VIEIRA

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UMA ANÁLISE DO ATIVISMO JUDICIAL E DA
MEDIAÇÃO NESSE ÂMBITO**

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof.^a Me. Millene Baldy de Sant'anna Braga Gifford

Nota:

Examinadora Convidada: Prof.^a Dra. Marina Rubia Mendonça Lobo de Carvalho
Nota:

Dedico este trabalho aos meus pais,
Divina Célia e Valmy Julio (*in memoriam*),
que sempre me apoiaram e incentivaram
a seguir os meus sonhos.
Obrigada pelo apoio e amor
incondicional.

RESUMO: O trabalho em epígrafe se destina a estudar a judicialização da saúde, sob a ótica do ativismo judicial e da mediação na solução de tais conflitos. Os principais objetivos foram analisar o contexto histórico do direito a saúde no Brasil e o seu aspecto de direito fundamental, verificar os impactos do ativismo judicial na judicialização da saúde e, por fim, averiguar a contribuição dos meios alternativos de solução de conflitos nas demandas relativas à saúde. Para tanto, utiliza-se o método hipotético-dedutivo de pesquisa, recorrendo a pesquisas bibliográficas e análise de alguns julgados. No que se refere ao avanço do direito a saúde no Brasil pode-se constatar não apenas o avanço legislativo como também a influência de tratados internacionais. Quanto ao ativismo judicial, encontra-se divergências entre as duas correntes, havendo críticas e aspectos positivos sobre tal tema. No que se refere aos métodos alternativos de solução de conflitos, observa-se inovações e ampliação da sua utilização dentro de tais demandas.

Palavras-chave: Judicialização da saúde. Direito fundamental. Ativismo judicial. Administração pública. Mediação.

ABSTRACT: The aforementioned work is intended to study the judicialization of health, from the perspective of judicial activism and mediation in the solution of such conflicts. The main objectives were to analyze the historical context of the right to health in Brazil and its fundamental right aspect, to verify the impacts of judicial activism in the judicialization of health and, finally, to verify the contribution of alternative means of conflict resolution in the relative demands. the health. For this purpose, the hypothetical-deductive method of research is used, resorting to bibliographical research and analysis of some judgments. With regard to the advancement of the right to health in Brazil, not only the legislative progress can be seen, but also the influence of international treaties. As for judicial activism, there are differences between the two currents, with criticism and positive aspects on this topic. With regard to alternative methods of conflict resolution, innovations and expansion of their use are observed within such demands.

Keywords: Judicialization of health. Fundamental right. Judicial activism. Public administration. Mediation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I – ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE	9
1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO A SAÚDE NO BRASIL	9
1.2. O DIREITO A SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL	12
CAPÍTULO II – O ATIVISMO JUDICIAL E SUA RELAÇÃO COM A SAÚDE	19
2.1. O CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL E SUA ORIGEM	19
2.2. OS IMPACTOS DO ATIVISMO JUDICIAL NAS DEMANDAS DA SAÚDE	25
2.3. REFLEXOS DO ATIVISMO JUDICIAL NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	29
2.3.1. O conflito entre a sentença e o orçamento público	30
CAPÍTULO III – OS INSTRUMENTOS CONCILIATÓRIOS E MEDIATÓRIOS E SUA EFETIVIDADE DENTRO DO JUDICIÁRIO	34
3.1 CONCEITO E ORIGEM DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	34
3.2 A CONTRIBUIÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NAS DEMANDAS DA SAÚDE	37
CONCLUSÃO	40
REFERÊNCIAS	42

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa desenvolver o tema “Judicialização da saúde”, analisando esse fenômeno dentro de algumas de suas especificidades, como o ativismo judicial e os meios alternativos de resolução de conflitos nesse âmbito.

Com a recente pandemia do COVID-19, ficou em evidência a fragilidade do sistema de saúde e de que diante dessa realidade, a população busca encontrar respaldo e verem a satisfação de seu direito no poder judiciário.

Portanto, diante da crescente judicialização da saúde, mostra-se importante estudar e analisar esse fenômeno. Ressalta-se ainda que por se tratar de um direito fundamental e de tamanha relevância social, observa-se cada vez mais recorrente a judicialização da saúde.

Dessa forma, no primeiro capítulo analisa-se a evolução histórica do direito a saúde no Brasil e o seu desenvolvimento. Pesquisa-se ainda o direito a saúde dentro da perspectiva de que se trata de um direito fundamental e de sua exigibilidade mediante ações judiciais.

Assim, ao se analisar e discutir essa crescente judicialização, torna-se possível o debate sobre as características dessas demandas e de como podem ser implementadas políticas públicas que visem reduzir o litígio e oferecer uma saúde de maior qualidade.

No segundo capítulo, aborda-se a temática do ativismo judicial e de suas implicações na saúde. Verifica-se, que o ativismo judicial é característica marcante dentro da judicialização da saúde, onde por vezes o judiciário toma frente, para assegurar o direito ao serviço básico da saúde à população. Também, se analisa os impactos de tal ativismo no orçamento público.

No terceiro capítulo, analisa-se os meios alternativos de solução de conflitos, tendo em vista a tendência da autocomposição, com a implementação e o incentivo da mediação e conciliação para a resolução dos conflitos, buscando-se entender e analisar como isso vem impactando o direito a saúde.

Sendo também objeto desse estudo, a análise dos impactos desses meios de autocomposição nas demandas referentes a saúde. Uma vez que diante da gravidade e urgência das quais são dotadas, exigindo máxima celeridade, busca-

se ampliar os conhecimentos sobre esses institutos, visando conferir uma melhor atuação e prestação jurisdicional aos assistidos. Ressalta-se que por se tratar de demandas onde o paciente não pode esperar a demora de todos os trâmites judiciais para ter o seu direito resguardado, a mediação vem como um importante instrumento para a resolução mais célere do litígio.

Assim, o estudo destacou conceitos, fatores históricos e análise de dados que demonstrem e possam orientar, como garantir que a judicialização da saúde possa se tornar cada vez mais eficaz.

CAPÍTULO I – ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE

1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO A SAÚDE NO BRASIL

Ao se analisar o direito à saúde, cumpre necessário remontar a realidade vivida nos séculos passados, uma vez que diante das precárias condições básicas de higiene, se tornava um ambiente propício para a aparição e disseminação de diversas doenças.

Destaca-se que a história da saúde pública no Brasil, teve seu início no século XIX em razão da vinda da Corte portuguesa. Porém, ainda eram pequenas ações, limitando-se ao combate da lepra e da peste e algum controle sanitário que se limitava aos portos e ruas. (BARROSO, 2009, p. 12 e 13)

Conforme Souza Bastos e Silva Júnior (2020, p. 2), em análise resumida dos principais fatos que contribuíram para o avanço do direito à saúde no Brasil, citam o aumento populacional exponencial entre o final do século XIX e início do século XX na então capital federal, na época o Rio de Janeiro, que dobrou em 30 anos. Aliando isso com a precariedade de condições de habitação, refletiu-se em problemas de saúde pública, que foram agravados pela ausência de legislação e de fiscalização. Visando amenizar tal problemática, o então Presidente da República, Rodrigues Alves, determinou a reforma da cidade para modernização e nomeou também Oswaldo Cruz, como diretor do recém-criado Departamento Federal de Saúde Pública, para auxiliar no combate aos diversos tipos de doenças que atingiam a população brasileira.

Diante da morte de mais de 4 mil pessoas em decorrência da varíola, no ano de 1904, foi proposto um projeto de lei que tornava obrigatória a vacinação contra tal enfermidade, o que posteriormente culminou e ficou conhecido como a Revolta da Vacina, uma vez que a população resistiu e não aceitou a obrigatoriedade da vacinação.

Explicam ainda Souza Bastos e Silva Júnior (2020, p. 4), que em 1920 o Departamento Nacional de Saúde, passou a ter como responsável Carlos Chagas,

que durante esse período buscou promover ações de políticas de educação sanitária.

Assim, nessa época ocorreram grandes avanços no controle de doenças, onde eram criados órgãos que realizavam o controle e assistência hospitalar, higiene industrial e saneamento. Em 1930, foi criado o Ministério da Educação e Saúde Pública, que foi um marco divisor de águas, onde começaram a ocorrer reformas na saúde pública, sob os ideais da centralização política e administrativa adotados pelo então presidente Getúlio Vargas.

Nesse período, foi promulgada a Constituição de 1934 e conseqüentemente a ruptura com a concepção liberal de Estado, iniciando-se as bases do Estado Social de Direito. Foi nesse momento, que se notou a preocupação com as questões sociais e pela primeira vez se tratou em um texto constitucional do direito à saúde. (BARRETO JÚNIOR; PAVANI; 2013, p. 75 e 76)

Porém, cabe lembrar ainda, que nesse período o direito à saúde ainda estava intimamente ligado ao direito à saúde do trabalhador, dentro da estruturação do Estado de Bem Estar Social Brasileiro.

Pode-se observar ainda que tal Constituição de 1934, teve grande influência do constitucionalismo de Weimar, sendo entendida por muitos, como o reflexo sul-americano da Constituição de Weimar, não sendo mais, apenas uma democracia liberal, mas sim, uma democracia social com maior atuação da atividade estatal. (FERREIRA, 1971, p. 112)

Ao longo da década de 1960, período da ditadura militar, ocorreram mais mudanças, em razão da restrição de competências que foram transferidas do Poder Legislativo para o Poder Executivo.

Destaca-se ainda que durante esse rompimento com a ordem democrática, recentemente instaurada em 1946, ocorreram drásticas mudanças em diversas áreas do governo. Em relação a saúde, houve o incentivo a privatização dos serviços médicos com a compra de serviços pela Previdência. (CARVALHO; SANTOS; 2015, p. 56)

Durante o período da ditadura militar, observou-se a criação de instrumentos burocráticos e normativos na área social e na saúde. Foi nesse

período que houve um maior direcionamento dos recursos da saúde para a iniciativa privada, uma vez que, o governo militar não conseguiria atender a toda a população e dessa forma optou por criar convênios e contratos com grande parte dos médicos e hospitais existentes no país, limitando-se a atender aos trabalhadores formais, deixando os trabalhadores informais ou desempregados excluídos do sistema. (CARVALHO; SANTOS; 2015, p. 58 a 60)

Conforme Souza Bastos e Silva Júnior (2020, p. 5), o primeiro fato que merece destaque nesse período, foi a criação da Superintendência de Campanhas da Saúde Pública (SUCAM) no ano de 1970, que tinha por objetivo a erradicação e controle de epidemias pelo país. Em 1975, foi implantado o Sistema Nacional de Saúde, onde se dividiu a medicina curativa, como competência do Ministério da Previdência, e a medicina preventiva como sendo de responsabilidade do Ministério da Saúde. Porém desde essa época já eram evidentes a falta de recursos que afetavam diretamente as ações práticas do Ministério da Saúde.

Posteriormente, com o advento da Constituição Federal de 1988, vieram mudanças que prestigiaram o direito a saúde, reservando a seção II, do título VIII, para tratar exclusivamente de tal direito. Destaca-se ainda que o direito a saúde foi incluído como um dos direitos sociais elencados no caput art. 6º:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Parágrafo único. Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 114, de 2021) (BRASIL, 1988)

Dessa forma, diante da redemocratização e com a intensificação do debate acerca da universalização dos serviços da saúde, que culminaram com a criação do Sistema Único de Saúde pela Assembleia Constituinte de 1988. Assim, o serviço público de saúde não se restringiria mais apenas aos trabalhadores que estivessem inseridos no mercado formal, mas sim seria assegurado a todos os brasileiros independentemente de vínculo empregatício. (BARROSO, 2009, p. 14)

Por fim, cabe lembrar que após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, foi aprovada a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90) que “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes (...)” e estabeleceu a estrutura e modelo operacional do SUS.

Assim, torna-se evidente a importância de tal direito ter sido inserido dentro do texto constitucional brasileiro.

1.2. O DIREITO A SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Ao longo da história humana, sempre buscou-se conceituar o que seria a saúde, passando de conceitos que tinham por base a influência das cidades e do tipo de vida daquele período, a conceitos que definiam a saúde como ausência de doenças ou até mesmo por estado de completo bem-estar.

Conforme analisa Dallari (1988, p. 57), foi com a Declaração Universal dos Direitos do Homem que se incentivou a criação de órgãos especiais que se dedicassem a garantir certos direitos essenciais ao homem. Foi então que ao se reconhecer a saúde como um direito humano, passou a ser objeto de atenção da Organização Mundial de Saúde (OMS), onde no preâmbulo de sua Constituição (1946) trouxe importantes conceitos para a definição da saúde.

A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.
Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social.
A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados.
(Constituição da Organização Mundial da Saúde, 1946)

Sendo tal momento de grande relevância para a consolidação do direito a saúde como algo que vai além da ausência de doenças, mas sim como um conjunto de boas condições de vida, que não devem se limitar a um determinado grupo de pessoas.

Reforça-se ainda que nesse momento, encontra-se a necessidade de cooperação entre os indivíduos e os Estados, para a promoção da saúde entre todos os povos.

Com a conceituação de saúde trazida pela OMS, pode-se entendê-la dentro de duas perspectivas: a individual e a coletiva. Na concepção individual, entende-se a saúde apenas como a busca de ausência de moléstia. Já na concepção coletiva, entende-se que se trata da promoção da saúde em comunidade. (BARTOLOMEI, *et all*; 2003, p. 187)

Ressalta-se que diante de tais mudanças e abrangências promovidas por tal conceituação, houve críticos que defendiam que tal conceito seria o de felicidade e que, portanto, não seria operacional e que a saúde na verdade deveria ser entendida como a busca constante de tal estado de felicidade. (DALLARI, S. G., 1988, p. 58 e 60)

Outro momento importante que contribuiu para que o direito à saúde fosse assegurado, foi com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo 25, ao assegurar que:

1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.
2. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma protecção social. (Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948)

Diante de tais mudanças, firmou-se novamente o pacto mundial, que assegurou novamente o direito à saúde como sendo indispensável ao ser humano. A partir de tal momento, os países buscaram implementar em seus ordenamentos jurídicos mecanismos que garantissem internamente tais direitos fundamentais.

Observa-se que em análise das demais Constituições republicanas o reconhecimento da saúde como um direito efetivamente, se deu de forma lenta e o

sistema público de saúde brasileiro não recebia tratamento constitucional específico e não atendia a toda a população. (BARRETO JÚNIOR; PAVANI; 2013, p. 74)

Destaca-se que a saúde é reconhecida como um direito fundamental de segunda geração e que é indispensável ao exercício pleno dos demais direitos. Na Constituição Brasileira (1988) é listada como um direito social (art. 6º, CF/88) e é um dos grandes deveres do Estado. (MASSON, 2020, p. 1721 e 1722)

Os direitos de segunda geração, são aqueles que acentuam o princípio da igualdade, são os chamados “direitos do bem-estar”, pois dizem respeito a oferecer meios para que se possa efetivar direitos individuais. São considerados como direitos de segunda geração, os direitos econômicos, culturais e sociais (onde se encontra o direito a saúde). (MASSON, 2020, p. 241)

Assim, ao elencar o direito a saúde como um direito social, entendem que os princípios elencados no art. 194 da Constituição Federal de 1988, relativos a seguridade social, são também aplicáveis aos três direitos dispostos no art. 6º da CF/88, incluindo a saúde. (BARRETO JÚNIOR; PAVANI; 2013, p. 81)

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os **direitos relativos à saúde**, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento, identificando-se, em rubricas contábeis específicas para cada área, as receitas e as despesas vinculadas a ações de saúde, previdência e assistência social, preservado o caráter contributivo da previdência social; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (BRASIL, 1988)

É por meio desses princípios consagrados pela Constituição, que servem como norte para a interpretação das normas.

Destaca-se ainda que quando o texto constitucional define um direito como fundamental, o mesmo se torna exigível, até mesmo mediante ação judicial. Assim, o Judiciário deve intervir quando tais direitos fundamentais estiverem sendo descumpridos e especialmente se ocorrer a vulneração do mínimo existencial de qualquer pessoa. (BARROSO, 2009, p. 12)

De acordo com Schwartz e Bortolotto (*apud* Canotilho e Moreira, 2008, p. 257):

Somente em alguns casos é que os direitos sociais conferem aos cidadãos (a todos e a cada um) um direito imediato a uma prestação efetiva, sendo necessário que tal decorra expressamente do texto constitucional. É o que sucede designadamente no caso do direito à saúde (art. 64).

Ao se analisar o direito à saúde em seu aspecto social, nota-se que ele busca o caminho da igualdade, ao tentar garantir que a todos sejam oferecidas as mesmas condições básicas de saúde e que ninguém interfira na busca ao bem-estar de outrem. (DALLARI; 1988, p. 59)

Portanto, pode-se definir o direito da saúde como:

[...] o conjunto de normas jurídicas que regulam as atividades sanitárias estatais e definem os meios de que o Estado dispõe para concretizar esse direito, desde a definição dos aspectos organizacionais e operacionais do sistema de saúde, o estabelecimento da forma e dos critérios a serem observados na formulação e implementação das políticas de saúde até as normas específicas aplicáveis a bens e serviços de interesse à saúde. É o sistema de normas jurídicas que disciplinam as situações que têm a saúde por objeto e regulam a organização e o funcionamento das instituições destinadas à promoção e defesa da saúde. (BARTOLOMEI; *et al*, 2003, p. 187)

Ressalta-se que a Constituição Federal de 1988 deu grande destaque à dignidade da pessoa humana, transformando-a em um princípio fundamental, se tornando um núcleo essencial do ordenamento jurídico brasileiro e um critério para interpretação e aplicação das demais normas instauradas no ordenamento vigente. Porém cabe lembrar que mesmo diante dessa construção pautada pelo princípio da dignidade, para a concretização do direito à saúde, advindo da condição de pessoa humana, e demais direitos fundamentais, não basta a sua positivação na Constituição, mas sim que eles sejam vividos por todos os indivíduos de uma

sociedade e que os indicadores sociais demonstrem estarem presentes, condições ideais de vida para todos. (BARTOLOMEI, *et all*, 2003, p. 186)

Nesse sentido, foi construído o art. 196 do texto constitucional, onde se reconheceu a essência coletiva do direito à saúde.

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. (BRASIL, 1988)

Tal inovação que assegurou a universalidade e a igualdade relativa ao direito à saúde foi de grande relevância, uma vez que no período anterior a promulgação da atual Constituição, a prestação da saúde era entendida como uma prestação previdenciária, sendo atendidos apenas aqueles que contribuíam para a previdência. Dessa forma, ao se reconhecer o direito a saúde como um direito inerente a todo e qualquer ser humano, independente de condições, se mostrou grande avanço ao antigo cenário na legislação brasileira.

Outro importante elemento que contribuiu para a evolução desse direito, foi a lei nº 8.080 de 1990, que “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”.

Merece destaque, o art. 7º, inciso IV da referida lei, onde determina como um dos princípios norteadores: “igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie”.

Destaca-se ainda que o art. 12 do decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, que promulgou o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que fora ratificado pelo Congresso Nacional por meio do decreto legislativo nº 226 de 12 de dezembro de 1991, trouxe novamente o compromisso assumido pelo Estado brasileiro na promoção da saúde.

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

- a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças;
- b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;
- c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;
- d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade. (BRASIL, 1992)

Salienta-se que embora a universalidade da saúde deva ser ofertada a todos, muitas regiões do país sofrem maiores dificuldades de acesso a tais serviços.

Nesse tocante é importante lembrar que o referido princípio da igualdade diz respeito a tratar desigualmente os desiguais, diferenciando, portanto, a igualdade material da igualdade formal.

Conforme (MARTINS; 2022; p. 1196) igualdade formal:

[...] consiste em dar a todos idêntico tratamento, não importando a cor, a origem, a nacionalidade, o gênero ou a situação financeira. [...] Todas as pessoas seriam tratadas com absoluta igualdade, podendo cada um lutar com suas armas para a obtenção dos seus resultados, podendo cada um lutar com suas armas para a obtenção dos seus resultados, obtidos por conta de seus próprios méritos (meritocracia).

Já a igualdade material,

[...] consiste em dar aos desiguais um tratamento desigual, na medida da desigualdade. No Brasil, um dos primeiros a pregar esse tipo de igualdade foi Ruy Barbosa, num discurso proferido na capital paulista, intitulado "Oração aos Moços": "a regra da igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente aos desiguais na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade".

A igualdade material decorre não apenas do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, mas da interpretação sistemática de vários dispositivos constitucionais, a começar pelo Preâmbulo. Era intenção do constituinte instituir um Estado Democrático, destinado a promover a igualdade, a justiça, em uma sociedade fraterna. Outrossim, no art. 3º da Constituição Federal, são objetivos da República construir uma sociedade solidária (art. 3º, I), erradicar a pobreza (art. 3º, III), reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, III, *in fine*) etc. Não há como reduzir as desigualdades sociais quando todos são tratados de forma idêntica.

Dessa maneira, o Supremo Tribunal Federal entende que "a igualdade, desde Platão e Aristóteles, consiste em tratar-se de modo desigual os

desiguais” (MS 26.690, rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 3-9-2008). (MARTINS, 2022, p. 1197-1198)

Dessa forma, ao se analisar o direito à saúde dentro da ordem constitucional, deve-se sempre utilizar o prisma da igualdade material, ainda mais ao se tratar de um direito tão relevante.

Assim, diante de toda a construção e evolução que o direito a saúde veio passando ao longo da história humana, tornou-se claro que diante de uma atuação estatal que em muitos casos é ineficiente (até mesmo inexistente) na asseguuração de tal direito fundamental, torna-se direito de qualquer pessoa, independentemente de sua nacionalidade, demandar no Poder Judiciário a sua interferência na atividade estatal para que seja assegurado o direito a saúde que estiver sendo violado.

Uma vez que não basta que o direito tenha sido consagrado pela Constituição, exige-se o dever do Estado em garantir pleno gozo de tal benefício, por meio de políticas públicas eficazes. (BARTOLOMEI, *et all*, 2003, p. 190)

Destaca-se que dentro do dever do Estado em garantir a saúde, não se trata apenas da responsabilidade estatal de prestação de serviços públicos de saúde, mas também da sua regulamentação, fiscalização e controle. (BARRETO JÚNIOR; PAVANI; 2013)

Observa-se que diante do exposto no art. 197 da CF/88 os serviços de saúde, são tratados como de importância pública, não se diferenciando se forem prestados diretamente pelo Estado ou por pessoa física ou jurídica de direito privado. Nessa seara, diante de políticas públicas ineficientes e de uma prestação estatal que não garante os anseios relativos à saúde, que a população, procura o judiciário como forma de ter seu direito assegurado.

Diante da complexidade e da fragilidade que permeia o direito à saúde, a população recorre ao judiciário ao tentarem resolver suas demandas, criando assim, o grande número de demandas contra a União, Estados e Municípios ao violarem tal direito fundamental que não se trata de mera concessão do poder estatal.

CAPÍTULO II - O ATIVISMO JUDICIAL E SUA RELAÇÃO COM A SAÚDE

2.1. O CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL E SUA ORIGEM

Ao se analisar o ativismo judicial, é de grande relevância, a priori, entender o seu contexto e origem. Pode-se verificar que a origem do termo ativismo judicial, se deu com o historiador Arthur Schlesinger Jr., que foi o primeiro a utilizar tal expressão “*judicial activism*”, em uma matéria da revista *Fortune*, cujo título era *The Supreme Court: 1947*, fazendo com que a mesma se tornasse conhecida não apenas no âmbito jurídico, mas também no espaço político e popular. (TEIXEIRA, 2012)

Em tal matéria, Arthur Schlesinger Jr. dividiu os juízes de tal caso, em três grupos. Onde os juízes Hugo Black, William O. Douglas, Frank Murphy e Wiley Rutledge, eram os ativistas judiciais. Já o grupo formado pelos juízes Felix Frankfurter, Harold Burton e Robert H. Jackson foram chamados de “campeões do autocomedimento” (*champions of self-restraint*), pois haviam entendido que o Judiciário não deveria ir além do seu espaço limitado dentro do sistema estadunidense. Já o último grupo, era o que detinha uma posição intermediária, sendo formado pelo presidente da Suprema Corte naquele ano, Frederick M. Vinson e o juiz Stanley F. Reed. (TEIXEIRA, 2012)

Dentro de sua análise Schlesinger identificou certa maleabilidade do raciocínio jurídico em detrimento da sua cientificidade. Sendo ainda no ativismo judicial indissociável o direito e a política, onde toda decisão judicial importaria em uma escolha política daquele julgador. (TEIXEIRA, 2012)

Destaca ainda Teixeira (2012), que o ativismo judicial produz conflitos internos, diante da sua própria natureza, quais sejam: a dualidade entre os juízes não eleitos versus as leis democraticamente aprovadas; decisões orientadas politicamente versus decisões orientadas apenas juridicamente; o uso criativo do precedente versus o uso estrito do precedente; a supremacia da vontade popular versus os direitos humanos; a política versus o direito.

Conforme, analisam Abboud e Lunelli (2015, p. 2), em âmbito nacional, o ativismo judicial é entendido dentro de uma acepção positiva, sendo intimamente ligado a decisões judiciais que busquem resguardar direitos fundamentais, que sejam orientadas pela garantia da supremacia da Constituição e fundamentadas por princípios constitucionais.

Destaca-se ainda que as discussões acerca do ativismo judicial, se iniciou dentro do constitucionalismo norte-americano, tendo em vista que a Constituição americana, é caracterizada por ser genérica, abstrata e sucinta. (ABBOUD; LUNELLI; 2015, p. 2)

Porém, observa-se que o protagonismo que o Poder Judiciário vem alcançando, se expandiu, sendo observado além dos Estados Unidos e chegando a Europa. Ressalta-se, que naqueles países onde se é estruturado em volta do sistema *common law*, o ativismo judicial ganha evidente destaque. (CITTADINO, 2001, p. 135)

Nesse sentido, pode-se entender que “as normas do Common Law têm como fonte a doutrina e a jurisprudência, e esta mais propriamente se pronuncia com base nos precedentes, ou seja, nos julgados anteriores. As decisões já proferidas servem de exemplo para que os advogados as mencionem como regras de decidir, a fim de que as apliquem em relação ao caso que está sendo levado a julgamento.” (PALAIA, 2020, p. 49)

Dessa forma, dentro desse sistema, pode-se observar o maior protagonismo dos julgadores na formação dos precedentes. Segundo Campos (2012, p. 86), os Estados Unidos tornou-se o berço do ativismo judicial e dos debates em relação a ele. Pode-se observar importantes lições em relação ao caráter multidimensional das decisões ativistas e de como as ações políticas podem afetar tais comportamentos dentro do judiciário.

De acordo com a análise de Cittadino (2001, p. 135), no Brasil se pode notar a ampliação do controle normativo exercido pelo Poder Judiciário, com o advento da Constituição de 1988.

Reforça-se tal perspectiva, ao verificar que no Brasil o ativismo judicial só ganhou destaque com a Constituição de 1988, pois foi por meio dela que foram

atribuídas uma série de prerrogativas ao magistrado, o que o levou a ter uma atuação mais presente na sociedade, como por exemplo, em casos em que é necessário assegurar determinado direito fundamental, mas que não se encontra previsão legal para lhe regulamentar. (TEIXEIRA, 2012)

Pode-se observar ainda que a atuação do Supremo Tribunal Federal ganhou destaque na proteção dos direitos fundamentais e da dignidade, conforme Campos (2012, p. 317):

O Supremo tem afirmado que a ordem constitucional de 1988, fundada nos valores da cidadania e da dignidade da pessoa humana, adotou uma direção de “busca da igualdade de oportunidades e possibilidade de humanização das relações sociais”, que impõe ao Estado a adoção de políticas públicas para a redução das desigualdades e inclusão social de todas aquelas pessoas que experimentam desvantagens de ordem econômica, física, mental, cultural, etc. Para auxiliar nessa busca, o Supremo Tribunal Federal acredita que deve ter um “comportamento afirmativo”, principalmente diante da “necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição” quando “transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.” Para o Supremo, portanto, ele está legitimado a atuar ativamente para fazer valer esse projeto constitucional de inclusão social e de garantia de uma vida digna sempre que a omissão institucional colocar em risco esses objetivos. Ele está legitimado para *superar os vazios de institucionalização desses direitos*.

Destaca-se por outro lado a importância, conforme Teixeira (2012) de diferenciar a criação judicial do Direito e a *judicial review* (controle difuso de constitucionalidade das leis) do *judicial activism*.

Assim, o *judicial review* conforme explica Teixeira (2012), é quando se existe puramente um controle da legitimidade constitucional de determinado ato normativo ou de outro ato com força de lei. Já o *judicial activism*, seriam decisões que consideram nulo ou inaplicável determinado ato dos Poderes Executivo ou Legislativo tendo por base argumentos políticos.

Conforme bem analisa Teixeira (2012), existem grandes críticas ao ativismo judicial em virtude da violação ao princípio da separação dos poderes. Porém, observa-se que o ativismo judicial, surgiu buscando atender os anseios sociais, que não mais podiam ser atendidos simplesmente com a prestação dos serviços públicos e a forma como eram tutelados os direitos fundamentais. Dessa

forma, uma sociedade em constante desenvolvimento e com necessidades e demandas cada vez maiores, foi mostrando-se necessária a interferência do judiciário.

Por fim, Teixeira (2012) divide o ativismo judicial em ativismo judicial positivo e em ativismo judicial com práticas nocivas. Assim, o ativismo judicial positivo seria aquele

[...] que se enquadra no padrão de racionalidade jurídica vigente no ordenamento em questão e busca, em última instância, assegurar direitos fundamentais ou garantir a supremacia da Constituição, enquanto denominaremos *nociva* toda prática ativista que fuja desse quadro ou busque, sobretudo, fazer preponderar um padrão de racionalidade eminentemente político. (TEIXEIRA, 2012)

Já o ativismo judicial com práticas nocivas, seria aquele que invalidasse ou afastasse a aplicabilidade de atos originados em outro Poderes, mesmo que tais atos originados sejam constitucionais; quando afastam a aplicação de precedentes já instituídos pelas cortes superiores por motivação política; ao proferirem decisões que em seu conteúdo se trate de verdadeiras criações legislativas; quando visando atender a uma finalidade específica proferem decisões *contra legem* ou *extra petita*. (TEIXEIRA, 2012)

Dessa forma, pode-se observar que dentro da seara do ativismo judicial, é necessário grande cautela e ponderação ao se emanarem tais decisões, para que não se incorra nos vícios do ativismo judicial com práticas nocivas.

Conforme analisa Campos (2012, p. 136) o ativismo judicial ainda é um tema que encontra mais críticas do que elogios, uma vez que, tais críticos entendem que o ativismo judicial é uma ameaça aos valores democráticos e a separação dos poderes, sendo utilizado ainda como um termo substituto para o “excesso judicial”.

Em interpretação de parte da obra “Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito” de Eros Roberto Grau, Teixeira (2012) destaca que o juiz ativista em sentido positivo é aquele que atuará buscando a proteção dos direitos fundamentais e da garantia da supremacia constitucional, concretizando assim direitos fundamentais diante da abstração dos princípios constitucionais. Assim, durante tais atividades para interpretar e aplicar as normas jurídicas que são

dotadas de generalidade e abstração, o julgador abarca competências que ordinariamente são de outros Poderes, para resguardar tais direitos.

Dessa forma, pode-se observar que desde sua origem a prática do ativismo judicial tem por base a asseguarção de direitos fundamentais que não são efetivamente atendidos pelo Estado.

Em discurso proferido pelo então ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, durante a solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, foram levantados aspectos importantes acerca da temática do ativismo judicial.

[...] a prática da jurisdição, **quando provocada** por aqueles atingidos pelo arbítrio, pela violência e pelo abuso, **não pode ser considerada - ao contrário** do que muitos **erroneamente** supõem e afirmam – um gesto de indevida interferência desta Suprema Corte **na esfera orgânica** dos demais Poderes da República.

Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, **especialmente** porque, **dentre** as inúmeras causas **que justificam** esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, **de que resulta** uma positiva criação jurisprudencial do direito, **inclui-se a necessidade** de fazer prevalecer **a primazia** da Constituição da República, **muitas vezes** transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.

Na **realidade**, o Supremo Tribunal Federal, **ao suprir as omissões inconstitucionais** dos órgãos estatais **e ao adotar** medidas que objetivem restaurar a Constituição violada **pela inércia** dos poderes do Estado, **nada mais faz** senão cumprir a sua missão constitucional **e demonstrar**, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, **embora** moderadamente desempenhadas por esta Corte 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 **por expressa determinação** do próprio estatuto constitucional, **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.

A omissão do Estado - **que deixa de cumprir**, em maior **ou** em menor extensão, **a imposição** ditada pelo texto constitucional - **qualifica-se** como comportamento **revestido** da maior gravidade político-jurídica, **eis que, mediante inércia**, o Poder Público **também desrespeita** a Constituição, **também ofende** direitos que nela se fundam **e também impede**, por ausência (**ou** insuficiência) de medidas concretizadoras, **a própria aplicabilidade** dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

O fato inquestionável é um só: **a inércia estatal em tornar efetivas** as imposições constitucionais **traduz inaceitável gesto de desprezo** pela Constituição **e configura** comportamento que revela **um incompreensível** sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República. (MELLO, 2008, p.11-12)

Assim, pode-se notar que o ativismo judicial vem com a finalidade de resguardar direitos que estejam sendo ofendidos pelos demais poderes. Conforme pesquisa desenvolvida pelo Conselho Nacional de Justiça, entendeu-se que

A judicialização da saúde é também um fenômeno de elevada complexidade. A literatura científica, por exemplo, diverge sobre quem procura o Judiciário requerendo serviços e produtos de saúde (pobres ou ricos?), diverge sobre o que requerem (medicamentos e serviços que são parte das listas, protocolos e contratos ou fora destes?) ou ainda diverge sobre os efeitos dessas ações judiciais sobre a política geral de saúde pública e privada (qual a magnitude dos distúrbios causados?). Ademais, a divergência perpassa, inclusive, os próprios pressupostos normativos do conflito, ou seja, sobre quais devem ser os parâmetros de justiça e de quem é a competência para decidir. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 8)

Ao se verificar o ativismo judicial, outro ponto relevante seria, quais os verdadeiros beneficiários de tais ações, uma vez que as parcelas hipossuficientes da sociedade, podem ser novamente excluídas, por não terem efetivo acesso ao judiciário.

Dessa forma, Campos (2012, p. 315) explica a dimensão positiva ou prestacional do ativismo judicial, onde se trata da atitude judicial de exigir do Estado o cumprimento de certos deveres positivos que sejam voltados para a tutela de direitos fundamentais que podendo ser efetivados por meio da imposição da prestação de serviços públicos que assegurem tais direitos sociais, como também da formulação de políticas públicas.

Nesse sentido, destaca-se também o discurso de posse do Ministro Gilmar Mendes ao afirmar que

Ao exigir o respeito às garantias do devido processo legal e das liberdades em geral, o Supremo, além de agir como guardião da Constituição, impede que o Estado Constitucional seja transformado em Estado de Polícia. O cumprimento dessas complexas tarefas, todavia, não tem o condão de interferir negativamente nas atividades do legislador democrático. Não há “judicialização da política”, pelo menos no sentido pejorativo do termo, quando as questões políticas estão configuradas como verdadeiras questões de direitos. (MENDES, 2008, p. 7-8)

Assim, ao se analisar dentro da perspectiva do direito a saúde, destaca-se que diante da fragilidade da qual se reveste o direito fundamental à saúde é

fundamental a interferência do judiciário para que se resguarde tal direito, que em muitos casos diante da inércia estatal acaba colocando em risco a vida dos pacientes.

2.2. OS IMPACTOS DO ATIVISMO JUDICIAL NAS DEMANDAS DA SAÚDE

Conforme foi analisado anteriormente, pode-se observar que o ativismo judicial em aspecto amplo encontra diversas críticas, o que também ocorre no ativismo judicial relacionado a saúde. Torna-se importante analisar quais os impactos de tal ativismo e de como isso afeta não apenas o paciente, mas também a administração pública.

Portanto, conforme explica Campos (2012, p. 318),

É na área do direito social à saúde que o avanço da dimensão prestacional do ativismo judicial se apresenta mais saliente e também suscita as mais contundentes críticas. A “judicialização excessiva” do direito à saúde – com decisões ordenando o fornecimento gratuito de medicamentos, alguns até importados, tratamentos médicos urgentes, muitos de alto custo e alguns até no exterior, inclusive sequestro de verbas públicas para o custeio dessas necessidades – é uma rotina dos Fóruns, Tribunais, das Secretarias de Saúde, das Procuradorias. E, sem dúvida, o Supremo, fundado principalmente na proteção ao mínimo existencial, teve uma participação importante nesse estágio de coisas.

A Corte legitimou essas demandas e as respostas judiciais ativistas ao afirmar que todo cidadão carente tem o direito subjetivo à obtenção gratuita de medicamentos de que realmente necessita e que o Estado tem o dever de fornecê-los, com destaque para as decisões que determinaram a distribuição gratuita de medicamentos para o tratamento do HIV que, no final, motivaram políticas públicas no tratamento da doença. A Corte também tem imposto o dever de disponibilidade de vaga de internação em UTI, mesmo em hospital não conveniado ao SUS; tratamento médico de alto custo no exterior. Dessa forma, ela tem relativizado, “em favor da vida e da dignidade, limitações de ordem organizacional, orçamentária, etc.”.

Essas decisões, interferindo na estrutura administrativa e financeira dos diferentes níveis de governo, levantam problemas de ordem prática que requerem a fixação de parâmetros empíricos e normativos a fim de racionalizar a atuação judicial. O Pleno do Supremo buscou essa parametrização no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. A conclusão do julgado, no entanto, reforçou a plena justiciabilidade do direito à saúde. Para a Corte, embora devam ser privilegiados os medicamentos e os tratamentos médicos fornecidos pelo SUS, essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário decidir que medicamentos e tratamentos diferentes devam ser fornecidos a determinada pessoa, conforme as circunstâncias do caso. Diante dessa

abertura decisória e da complexidade fática que as demandas judiciais de saúde naturalmente apresentam, é de se esperar que os problemas práticos continuem e o ativismo judicial no campo do direito à saúde, inclusive o do Supremo Tribunal Federal, mantenha o rumo.

Pode-se observar que o ativismo judicial no campo da saúde traz benefícios àqueles que necessitam de determinados medicamentos e procedimentos médicos, sendo fundamental a atuação do judiciário para assegurar tais direitos.

Tal prática, decorre também da Constituição de 1988 que trouxe consigo uma nova realidade, onde trouxe força normativa e maior efetividade aos direitos sociais. Assim, tais normas constitucionais deixaram de ser percebidas apenas como parte de um documento estritamente político e passaram a ser dotadas de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Dessa forma, os direitos sociais passaram a ser entendidos como direitos subjetivos em sentido pleno, adquirindo então tutelas jurídicas específicas. (BARROSO, 2009, p. 3)

Outro aspecto advindo da Constituição Cidadã, foi a democratização do acesso à justiça, intimamente ligado a promoção da cidadania, o que contribuiu com o aumento na procura por soluções judiciais. (MAZZA; MENDES; 2014, p.45)

Conforme explicam Lima, Medeiros e Tavares (p. 2 e 3; 2019), a judicialização da saúde vem funcionando como uma alternativa para a obtenção de medicamentos e de tratamentos que tenham sido negados pelo SUS, tanto por questões orçamentárias quanto por falta de previsão no RENAME (Relação Nacional de Medicamentos). Assim, segundo dados de uma pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no período de 2008 a 2017, no Brasil as demandas cresceram 130% e que apenas no setor da saúde, foram 776.126 processos de primeira e segunda instância. Outro dado importante, se trata do aumento de R\$ 1,6 bilhão no ano de 2016 nos gastos do Ministério da Saúde, com demandas judiciais.

É dessa forma que ocorre a intervenção do Poder Judiciário que determina que a Administração Pública forneça gratuitamente medicamentos e cumpra com a promessa constitucional de prestar universalmente o serviço de saúde. (BARROSO, 2009, p. 3)

Diante dessa perspectiva, uma vertente crítica entende que a melhor forma de se otimizar a eficiência dos gastos públicos no âmbito da saúde é deixar que tais decisões fiquem no campo do Poder Executivo, uma vez que seria ele que teria uma visão global dos recursos disponíveis e das necessidades a serem supridas. Justificam tal posição, com base na interpretação do artigo 196 da Constituição Federal, ao entenderem que a ideia do constituinte originário ao redigir tal norma programática, era de que a garantia do direito à saúde se daria por meio de políticas sociais e econômicas, ou seja, executadas pelo executivo e não por meio de decisões judiciais.

Argumenta ainda, tal vertente, que não se deveria retirar do povo (representados por meio de seus representantes eleitos) a legitimidade para decidir de que modo, tais recursos públicos (advindos da cobrança de impostos e pagos pelo povo) seriam distribuídos e gastos.

Outra crítica aborda a questão financeira tendo por base a reserva do possível, onde afirmam que diante da finitude dos recursos públicos, o Estado teria a atividade de decidir onde seriam investidos os recursos, uma vez que não seria possível atender a todos. Tal linha argumentativa, foi a predominante em julgados mais antigos. (BARROSO, 2009, p. 23 – 25)

Conforme explica Mazza (2022, p. 1081), a reserva do possível é uma tese que surgiu no Direito alemão, buscando justificar a omissão estatal ao utilizar como argumentos a contenção de gastos e a limitação orçamentária. Assim, tal tese vem sendo utilizada cada vez mais pela Fazenda Pública, como uma excludente da responsabilidade estatal ao efetivar direitos sociais e políticas públicas.

Assim em casos que envolvam a prestação dos direitos individuais fundamentais, como é o caso da saúde, observa-se uma dualidade ao estar em risco a garantia do direito individual à saúde e da defesa processual do Estado ao se utilizar do princípio da reserva do possível como uma preocupação em relação a questão fiscal dos entes federativos. (LIMA; MEDEIROS; TAVARES; 2019, p. 3)

Destaca-se ainda que a teoria da reserva do possível deve ser admitida em casos em que esteja demonstrada a impossibilidade de atuação do Estado em virtude da limitação orçamentária. Assim, caso haja recursos públicos, porém que foram utilizados para outros fins que não a concretização dos direitos fundamentais,

não se justifica a arguição da teoria da reserva do possível. Tal entendimento, é o adotado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. (MAZZA, 2022, p. 1081)

Analizou-se ainda que tais decisões judiciais que determinavam a entrega de medicamentos para determinados pacientes que houvessem litigado, ocasionaria o desabastecimento dos programas de entrega de medicamentos. Ocasionalmente assim a desorganização da Administração Pública, uma vez, que a mesma não conseguiria se planejar para a dispensação de tais medicamentos a toda a população.

Outra crítica técnica apontada seria de que o Judiciário não dominaria o assunto para avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário ou não. Destaca ainda que embora o processo seja instruído por laudos técnicos, tal ponto de vista seria apenas adstrito a micro-justiça e que apenas a Administração Pública conseguiria de maneira efetiva atender a macro-justiça social. (BARROSO, 2009, p. 25 - 28)

Ao se analisar a intervenção judicial, em demandas que solicitem a dispensação de medicamentos que não se encontrem nas listas elaboradas pelos entes federativos, tem-se entendido que em âmbito **de ações individuais**, o judiciário deveria se ater a essas listas quanto as solicitações de medicamentos. Já por outro lado, tem-se o entendimento de que em **ações coletivas** que discutam a distribuição de medicamentos não constantes nas listas elaboradas pelos entes federativos, tal discussão seria permitida, em virtude da natureza das ações coletivas, sendo possível a revisão de tais listas pelo Poder Judiciário. (BARROSO, 2009)

Por outro lado, cabe lembrar que a judicialização de uma determinada política pública, no caso em específico da saúde, se trata de uma forma de otimizar a efetivação dos direitos sociais. Destaca-se ainda que a exigibilidade de tais direitos por meio de tutela coletiva, alarga e amplia a efetividade de tais direitos sociais para um maior número de pessoas, sendo assim mais adequado. (MAZZA; MENDES; 2014, p. 47)

Nesse sentido, explica o doutrinador Dalmo de Abreu Dallari que,

Indivíduos e coletividade. Outro ponto importante a ser considerado, na tomada de decisões políticas, é a conciliação entre as necessidades dos indivíduos e as da coletividade. Reconhecendo o indivíduo como o valor mais alto, em função do qual existem a sociedade e o Estado, pode parecer natural dar-se preferência, invariavelmente, às necessidades individuais. E preciso ter em conta, no entanto, que o indivíduo não existe isolado e que a coletividade é a soma dos indivíduos. Assim, não se há de anular o indivíduo dando precedência sistemática à coletividade, mas também será inadequada a preponderância automática do individual, pois ela poderá levar à satisfação de um indivíduo ou de apenas alguns, em detrimento das necessidades de muitos ou de quase todos, externadas sob a forma de interesse coletivo. (DALLARI, 2011, p. 112)

Portanto, deve-se adotar um maior cuidado do judiciário ao tomar tais decisões, para não ferir ao delicado equilíbrio entre a proteção dos direitos de um indivíduo e da coletividade.

Pode-se analisar que a atuação do Poder Judiciário se torna evidente ao se constatar a não-ação ou inércia estatal na proteção do direito à saúde. Cabendo, portanto, a Administração Pública realizar a efetivação das políticas públicas, implementando tais direitos sociais que dependam da alocação de recursos públicos, que são limitados.

Diante da demora estatal em alocar e pela burocracia para que tais recursos cheguem ao seu destino, o Poder Judiciário atua, intervindo e forçando o cumprimento dos direitos fundamentais no caso concreto pela Administração Pública. (SCHWARTZ; BORTOLOTTI; 2008, pags. 260 e 261)

Portanto, ao se analisar os impactos do ativismo judicial em demanda da saúde, fica claro a dualidade encontrada entre a garantia dos direitos fundamentais e a atuação da Administração Pública.

2.3. REFLEXOS DO ATIVISMO JUDICIAL NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Apesar dos aspectos positivos em relação ao ativismo judicial que foram apresentados anteriormente, cabe analisar também a outra perspectiva de tal situação, analisando como tais decisões podem afetar o funcionamento da gestão pública.

Conforme analisa Barroso (2009, p.3), em muitos casos pode-se observar decisões judiciais que condenam a Administração ao custeio de tratamentos inacessíveis ou até mesmo que não sejam essenciais, a dispensação de medicamentos que ainda estão em fase experimental ou que não tem eficácia comprovada.

Encontra-se outra dificuldade, uma vez que não há um critério firme para determinar qual ente estatal disponibilizará determinado tratamento ou medicamento, envolvendo assim, diferentes entidades federativas em um mesmo processo, o que o torna mais oneroso para o Estado e atrapalha a alocação dos recursos públicos em políticas públicas e desorganizando a atividade administrativa estatal. (BARROSO, 2009, p. 3 e 4)

2.3.1. O CONFLITO ENTRE A SENTENÇA E O ORÇAMENTO PÚBLICO

Apesar dos pontos positivos em relação as sentenças judiciais que determinam a prestação de serviços na saúde, resguardando os direitos dos jurisdicionados, cabe-se observar também quais os impactos que tais decisões causam no orçamento e planejamento financeiro estatal.

Observa-se que diante da crescente judicialização e como consequência a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas, com a concessão de direitos e garantias àqueles jurisdicionados, afeta o orçamento público e dificulta a implementação de políticas públicas universais pelo Poder Executivo. (MAZZA; MENDES; 2014, p.45)

Conforme explica Ramos Filho, pode-se definir orçamento público como:

[...] a lei que prevê (estima) as receitas e fixa as despesas para determinado período (exercício financeiro). [...] é também chamado de Lei de Meios, tendo em vista que possibilita os meios necessários para o desempenho dos programas da Administração Pública. (RAMOS FILHO; 2022, p. 823)

Outra definição sobre orçamento público é de Aliomar Baleeiro, que define como:

[...] o ato pelo qual o Poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em pormenor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do país, assim como a arrecadação das receitas já criadas em lei. (RAMOS FILHO, 2022, p.821)

Entende-se ainda que em sua origem, o orçamento público advém da necessidade em conter a discricionariedade dos governantes em destinar os recursos públicos. (LIMA; MEDEIROS; TAVARES; 2019, p. 4)

Assim, pode-se entender que o orçamento público é pré-determinado pelo legislativo e que deve ser observado pelo executivo. Portanto, as sentenças que determinam a prestação de serviços médicos e entrega de medicamentos, causam impacto direto na gestão do orçamento.

Dessa forma, um mecanismo que ajuda no gerenciamento do orçamento, se trata do anexo de riscos fiscais, que é uma determinação legal imposta pelo art. 4º, §3º da Lei de Responsabilidade Fiscal:

Art. 4º A lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto no § 2º do art. 165 da Constituição e:

(...)

§ 3º A lei de diretrizes orçamentárias conterá Anexo de Riscos Fiscais, onde serão avaliados os passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas, informando as providências a serem tomadas, caso se concretizem.

Assim, tal instrumento tem por finalidade avaliar os passivos contingentes (a saída de recursos possíveis, mas que não é provável) e outros riscos que possam afetar as contas públicas e também indicar o que será feito em situações onde tais riscos se concretizem. (RAMOS FILHO, 2022, p.875)

Portanto, diante da crescente judicialização da saúde, seria razoável incluir os riscos de uma decisão desfavorável a administração pública, em processos que tenham por objeto a prestação de serviços médicos e de

dispensação de medicamentos, no anexo de risco fiscais, possibilitando assim uma maior gerência do orçamento público.

Um ponto discutido, quanto as decisões judiciais direcionadas à saúde, diz respeito ao conflito imposto ao administrador público, uma vez que o mesmo é vinculado a legislação orçamentária. Assim, cria-se um impasse, uma vez que ao extrapolar o orçamento pré-determinado, o mesmo pode incorrer no crime de responsabilidade ou até mesmo crime contra a administração pública e caso não cumpra com tal decisão judicial, pode incorrer em desacato.

Assim, buscando contornar tal impasse, cabe ao administrador público realocar os recursos públicos, para que tais decisões judiciais possam ser obedecidas, ocasionando então a realocação de recursos que seriam destinados para a implementação de políticas públicas e que iram para outras pastas.

Dessa forma, diante da finitude dos recursos públicos e da necessidade em cumprir as decisões judiciais, ocorre a desassistência de outros setores da sociedade, que ficam privados de políticas públicas e o aumento da carga tributária, como forma de arrecadar dinheiro para custeio de tais despesas. (MAZZA; MENDES; 2014, págs. 53 – 55)

Assim, ao ter que realocar recursos para o cumprimento de determinada sentença judicial, retiram-se fundos de políticas públicas, que beneficiariam a um grupo maior de pessoas, para atender a demanda de um único paciente. Dessa forma, entende-se que não ocorreria a promoção da igualdade ao acesso à saúde e nem de melhorias nos serviços públicos de saúde. (MAZZA; MENDES; 2014, p. 62)

Nesses casos, visando se esquivar de tal obrigação prestacional o Estado invoca o princípio da reserva do possível, já discutido anteriormente, porém quando se encontra em conflito com o direito fundamental à saúde, tal tese não é bem aceita pelo Supremo Tribunal Federal. Pode-se observar tal entendimento, no Recurso Extraordinário nº 273.834-4 / RS. (LIMA; MEDEIROS; TAVARES; 2019, p. 6)

AIDS/HIV. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES. LEGISLAÇÃO COMPATÍVEL COM A TUTELA CONSTITUCIONAL DA SAÚDE (CF, ART. 196). PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

A legislação que **assegura**, às pessoas carentes e portadoras do vírus HIV, a **distribuição gratuita** de medicamentos destinados ao tratamento da AIDS **qualifica-se** como **ato concretizador** do dever constitucional que **impõe** ao Poder Público a **obrigação** de garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde. **Precedentes** (STF).

O direito à saúde – **além** de qualificar-se como direito fundamental que assiste a **todas** as pessoas – **representa** consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, **qualquer** que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, **não pode** mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, **sob pena** de incidir, **ainda que por omissão**, em **censurável** comportamento inconstitucional.

O **direito público subjetivo à saúde** traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, **de maneira responsável**, o Poder Público (federal, estadual ou municipal), a quem incumbe formular - e **implementar** - políticas sociais e econômicas que visem a garantir a **plena** consecução dos objetivos proclamados no **art. 196** da Constituição da República.” (RE 273.834-RS, Ministro Relator: Celso de Mello; Publicação DJU 02/02/2001)

Analisa ainda Lima, Medeiros e Tavares (p. 7; 2019) que os argumentos de tal decisão se repetiram em outros julgados, onde não se aplicou a reserva do possível quando tal cláusula comprometia o mínimo existencial.

Desse modo, tem-se o atual conflito, pois o Supremo Tribunal Federal entende que escassez de recursos ou ausência de previsão orçamentária não são empecilhos para que se execute o direito fundamental à saúde, já do outro lado, tem-se os gestores e doutrinadores que argumentam que uma prestação individual que comprometa grande parte do teto orçamentário pode prejudicar a efetivação de políticas públicas ao restante da população. (LIMA; MEDEIROS; TAVARES; 2019, p. 7 e 8)

CAPÍTULO III - OS INSTRUMENTOS CONCILIATÓRIOS E MEDIATÓRIOS E SUA EFETIVIDADE DENTRO DO JUDICIÁRIO

3.1 CONCEITO E ORIGEM DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Com a modernização das relações e o aumento populacional, adveio uma maior complexidade na resolução dos conflitos. Dessa forma, a atuação estatal no exercício da jurisdição, perde a sua eficácia e surge a necessidade de se desenvolver outros métodos de resolução de conflitos. É assim, que buscando maior celeridade e eficácia para a resolução dos conflitos, que os meios alternativos de solução de conflitos surgem como uma opção, trazendo a arbitragem, a negociação, a conciliação e a mediação.

Dessa forma, cabe diferenciar cada um desses instrumentos. Assim, “a arbitragem busca a resolução do conflito por meio de um terceiro, ou seja, pela intervenção do árbitro”. Dessa forma, retira-se do julgamento estatal, passando o poder de julgar para um árbitro, sendo tudo isso definido por um acordo de vontade entre as partes. Dessa forma, a decisão é proferida ainda por um terceiro e não pelas partes.

Já a negociação, “é a forma de resolução de conflitos comumente presente na vida das pessoas, tais como em suas relações familiares, no meio social e nas questões profissionais”. Sendo assim, um processo de comunicação onde as partes buscam o consenso que pode posteriormente concretizar-se na conciliação ou na mediação.

Por outro lado, a conciliação, “é meio de resolução de conflitos, no qual uma terceira pessoa busca solucionar o litígio entre as partes, assim, pode ocorrer tanto judicial como extrajudicialmente”. Assim, nesse modelo as partes participam ativamente buscando o acordo e contam com a intervenção do conciliador que atua orientando e aproximando as partes, propondo soluções para o litígio. (SOBOTTKA; MUNIZ; 2009, p. 101 e 102)

E a mediação, é “um método de solução de conflitos, por meio do qual as partes auxiliadas por um terceiro buscam a resolução do litígio através de um acordo”. Nesse caso, o mediador não interfere no conflito, apenas estimula o diálogo entre as partes para que elas mesmas proponham a resolução do conflito. (SOBOTTKA; MUNIZ; 2009, p. 102)

Assim, ao se tratar do tema conciliação, percebe-se que o mesmo se encontra intimamente ligado ao atual modelo democrático. Como bem destacou em seu discurso de posse, o Ministro Gilmar Mendes (2008, p. 4), afirmou que “há uma crença no modelo democrático, até porque as vias democráticas de conciliação têm-se mostrado mais lucrativas que o conflito e a ruptura.”

É nesse contexto que o Código de Processo Civil de 2015, valorizou tal movimento de autocomposição para a solução de conflitos, ao determinar em seu art. 139, inciso V, que o juiz irá “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”.

Tal postura, vai de encontro com a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que considerou:

Que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças.

Destaca-se ainda que conforme o art. 174 do Código de Processo Civil, existe ainda a possibilidade da conciliação no âmbito da administração pública, demonstrando assim o interesse em desenvolver a conciliação em todos os âmbitos.

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Observa-se que tal previsão não é inédita, uma vez que, tal instrumento já era previsto no âmbito dos Juizados Especiais Federais (Lei nº 10.259/2001) e também nos Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei nº 12.153/2009). Ainda na esfera federal, por meio da Lei nº 9.469/97, admitem-se transações sem diferenciar ou restringir a matéria, quando envolver a União ou outro ente federal. (PINHO; MAZZOLA; 2021, p. 73)

Dessa forma, os meios alternativos de solução de conflitos vêm ganhando destaque e se mostrando uma opção viável para a solução de determinados conflitos. Destaca-se ainda que a visão de oferecer uma melhor prestação jurisdicional, sendo ela célere e econômica, já se encontrava presente nos ideais da suprema corte brasileira, como pode-se observar no discurso de posse do Ministro Gilmar Mendes ao afirmar que

A busca incessante pela melhoria da gestão administrativa, com a diminuição de custos e a maximização dos recursos, resultará seguramente no aperfeiçoamento do serviço público de prestação da justiça.

Se, por um lado, a multiplicação de processos em escala exponencial corrobora o forte protagonismo do sistema judicial, ou seja, a ampla aceitação, pelos brasileiros, do primado do Direito, da jurisdição como via institucional de resolução de conflitos, por outro é grave indício de que há necessidade de se debelar a cultura “judicialista” que se estabeleceu fortemente no País, segundo a qual todas as questões precisam passar pelo crivo judicial para serem resolvidas, o que faz o Judiciário ser chamado a atuar na solução de questões cotidianas, mais afetas às atribuições de competência de setores administrativos. (MENDES, 2008, p. 15-16)

Dessa forma, pode-se encontrar na mediação e na conciliação, meios eficazes para se resolverem tais demandas e conferir maior celeridade. Ainda em seu discurso o Ministro Gilmar Mendes, trouxe uma reflexão sobre a conciliação como sendo medida eficaz de resolução de conflitos

Na imensa maioria dos casos, a conciliação e a aplicação direta do Direito pelos diversos órgãos e agentes se afiguram alternativas vantajosas para os envolvidos na contenda, dada a minimização dos procedimentos, dos custos e do tempo despendido.

Por mais eficiente que se torne, o Judiciário não pode tudo. Não devemos cair na tentação da onipotência e da onipresença em todas as questões de interesse da sociedade. (MENDES, 2008, p. 17)

Portanto, pode-se inferir os ganhos que a saúde, tanto pública quanto suplementar, conseguiria obter ao aplicar o Direito aos casos de seus pacientes e também ao participarem ativamente das propostas de conciliação, reduzindo custos de uma ação judicial e também tornando os procedimentos mais céleres em uma área tão delicada quanto a saúde.

3.2 A CONTRIBUIÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NAS DEMANDAS DA SAÚDE

Tendo em vista que as relações sociais estão em constante mudança e que diante da grande judicialização, a resposta do judiciário pode se tornar mais morosa, buscam-se novos meios de resolução dos conflitos, que não envolvam um processo longo e exaustivo.

Assim vem sendo implementado a mediação dentro do judiciário, como uma forma de se alcançar um resultado mais justo para as partes. Dessa forma, vem-se abrindo um diálogo entre o poder judiciário e o executivo para criar estratégias que promovam a (des)judicialização da saúde. (GOMES, 2022, p. 23)

Portanto, ao se estreitarem tais laços, são criados termos de cooperação e parceria, que visam efetivar direitos antes que o cidadão tenha que recorrer ao judiciário. Dessa forma, põem-se em prática a solução extrajudicial de conflitos, podendo posteriormente ser homologada pelo judiciário.

Outro ponto importante da mediação dos conflitos, principalmente com a Administração Pública, se trata da possibilidade em melhor se planejar e não afetar o orçamento público. Tendo em vista, que uma sentença judicial, acarreta relevantes impactos financeiros para o Estado. Destacando-se ainda que as sessões de mediação ou conciliação, tem a tendência de serem mais céleres e podendo resolver tais demandas de forma rápida e eficaz. Além disso, é possível

formar uma equipe multidisciplinar para avaliar o pedido de forma fundamentada e técnica, sendo sempre resguardado às partes o sigilo.

Assim, o principal objetivo que se encontra em tal modalidade, é a comunicação entre as partes e o esclarecimento de eventuais dúvidas. Dessa forma, busca-se evitar que os pacientes não precisem aguardar longos períodos em filas de espera e nem que precisem recorrer exclusivamente ao judiciário para obterem uma solução. (GOMES, 2022, p. 25 e 26)

Dessa forma, a mediação administrativa na área da saúde se mostra uma possibilidade viável. Mesmo em casos, onde não se chegue a uma composição, já se terão colhidos elementos que poderão integrar a futura ação judicial.

Diante de tal cenário, vem se observando diversos projetos que buscam ampliar a mediação para soluções administrativas na área da saúde. Um desses projetos, foi implantado no Rio Grande do Norte em 2012, que leva o nome de “SUS Mediado”. Tal projeto, reúne a Defensoria Pública Estadual, a Procuradoria-Geral do Estado, a Secretaria de Saúde Estadual, a Defensoria Pública da União, a Procuradoria-Geral do Município de Natal e também a Secretaria de Saúde Municipal. (SILVA; SCHULMAN; 2017, p. 294)

Tal projeto, funciona da seguinte forma:

As sessões de mediação para resolução administrativa das questões de saúde amparadas pelo programa ocorrem todas às quartas-feiras, através de uma Câmara de Conciliação, composta por um farmacêutico, um médico, um Defensor Público Estadual, um representante da Procuradoria Geral do Estado e do Município e pelo assistido, que se reúnem na Sede da Defensoria Pública do Estado com o escopo precípua de solucionar a demanda extrajudicialmente, garantindo a esse a efetivação, no plano concreto, do direito à saúde. Ainda, através do referido programa, assegura-se ao cidadão que não teve o seu caso solucionado no âmbito extrajudicial, a possibilidade de opor demanda judicial própria, através de Defensor Público Estadual ou Federal, para efetivação do seu direito. (SILVA, SCHULMAN, apud Rio Grande do Norte. Defensoria Pública. SUS Mediado)

Em 2013, foi implantado no Distrito Federal, a Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde (Camedis), que tem também por objetivo auxiliar na redução de demandas judiciais. Tal Câmara concentrou-se em fortalecer o diálogo

institucional, construir uma prática de resolução consensual de conflitos na saúde e dar aos cidadãos meios a partir de tais soluções.

Já no Rio de Janeiro, foi definido como protocolo, que a Defensoria Pública antes de propor uma ação para dispensação de algum medicamento, deve procurar as secretarias de estado e do município para tentar obter o medicamento pela via administrativa. (SILVA; SCHULMAN; 2017, p. 295)

Em Goiás, foi implementado um Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Saúde (CEJUSC da Saúde), que tem como objetivo:

[...] realizar justiça através da utilização adequada dos métodos consensuais de soluções de disputas, assegurando à sociedade um serviço de tratamento dos conflitos de saúde de forma acessível, ágil, eficaz e efetiva, garantindo o direito de acesso à soluções justas e à cidadania. (Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, 2023)

Tal centro, atua tanto de forma processual (realizando audiências de conciliação, conforme o art. 334 do CPC), pré-processual on-line e presencial e também atua de forma extrajudicial (homologando acordos extrajudiciais das entidades conveniadas).

Dessa forma, pode-se notar que a tendência da autocomposição se inclui até mesmo em demandas da saúde, visando sempre a celeridade e pacificação social.

CONCLUSÃO

Este trabalho se destinou a analisar a judicialização da saúde dentro da perspectiva do ativismo judicial e das contribuições ofertadas pela mediação, partindo da conceituação de elementos básicos para tal estudo até a análise de como tais situações acontecem no caso em concreto.

O objetivo primordial do estudo, foi pesquisar e analisar o direito a saúde como um direito fundamental e de quais mecanismos vem sendo utilizados para a sua efetiva implementação social.

Assim pode-se constatar a origem e evolução do direito a saúde em âmbito nacional, mas que foi amplamente influenciado pelas normas de direito internacional. Outro ponto relevante, foi a análise dos princípios norteadores do direito a saúde e que garante a sua exigibilidade.

Ao se analisar a discussão do ativismo judicial e suas implicações no direito a saúde, foram constatadas duas correntes que buscam analisar e entender tal fenômeno, de origem norte-americana, e suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro.

Foram analisados, tanto os aspectos negativos de tal atividade judicial, onde diversos autores, entendem como um desrespeito a tripartição dos poderes. Como também, se observaram os aspectos positivos, onde outra parte da doutrina afirma que tal ativismo visa resguardar direitos fundamentais e dar efetividade a tais direitos. Discutiu-se ainda acerca da temática orçamentaria estatal e das implicações do ativismo judicial em tal planejamento financeiro estatal.

Destaca-se ainda a análise dos métodos de resolução consensual de conflitos, dando ênfase a mediação, que vem sendo utilizada como uma forma de se resolver tanto administrativamente quanto judicialmente, questões relativas a saúde. Destacou-se que ainda se tratam de projetos inovadores que vem ganhando força em diversos estados da federação.

Por fim, pode-se constatar que apesar das críticas que o ativismo judicial recebe ao longo do tempo, o mesmo vem se mostrando uma ferramenta crucial para

assegurar direitos e garantias fundamentais que venham a ser violados pelo Estado. Utilizando-se ainda de métodos, como a mediação, para uma solução rápida e econômica, para as partes, o que demonstra um avanço e uma perspectiva de caminho para a (des)judicialização da saúde, ao conferir tanto administrativamente como judicialmente, a aplicação do direito na formulação de acordos que atendam aos interesses tanto da administração pública como do jurisdicionado.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. Disponível em: <http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Ativismo-e-Instrumentalidade-do-Processo-v.-digital.pdf> . Acesso em 18 de jan. de 2023.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; PAVANI, Miriam. O direito à saúde na ordem constitucional brasileira. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais (págs. 71-100). Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6136447> . Acesso em 21 de nov. de 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf> . Acesso em 03 de fev. de 2023.

BARTOLOMEI, Carlos Emmanuel Fontes; CARVALHO, Mariana Siqueira de; DELDUQUE, Maria Célia. A saúde é um direito!. Disponível em: https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/handle/icict/42056/ve_Maria_Celia_etal.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Acesso em 20 de nov. de 2022.

BASTOS, Arthur de Souza; DA SILVA JÚNIOR, Ricardo Oliveira. A evolução do direito à saúde no Brasil. Disponível em: <https://esa.oabgo.org.br/esa/arquivos/downloads/a-evolucao-do-direito-a-saude-no-brasil-614181119.pdf>. Acesso em 06 de novembro de 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2022.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf> . Acesso em 27 de fev. de 2023.

_____. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm . Acesso em 22 de fev. de 2023.

_____. Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em 17 de fev. de 2023.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em 21 de nov. de 2022.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm . Acesso em 24 de fev. de 2023.

_____. Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em 24 de fev. de 2023.

_____. Superior Tribunal Federal. (Segunda Turma). Recurso Extraordinário nº 273834. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335790> . Acesso em: 23 de fev. de 2023.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. O que é CEJUSC da saúde. Disponível em: <https://www.tjgo.jus.br/index.php/nupemec/cejusc-s/capital/cejuscs-da-saude/o-que-e-cejusc-da-saude> . Acesso em: 27 de fev. de 2023.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://www.bdt.d.uerj.br:8443/bitstream/1/9555/1/Carlos%20Alexandre%20texto%20completo.pdf> . Acesso em 02 de fev. de 2023

CARVALHO, Rodrigo Badaró de; SANTOS, Thaís dos. O direito à saúde no Brasil: uma análise dos impactos do golpe militar no debate sobre universalização da saúde. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/download/15209/10354/49335>. Acesso em 12 de jan. de 2023.

CITTADINO, Gisele. Poder judiciário, ativismo judicial e democracia. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16013577.pdf> . Acesso em 18 de jan. de 2023

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 30. ed. - São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. Rev. Saúde públ., São Paulo, 22:57-63, 1988. Disponível em: <https://www.scielo.org/pdf/rsp/v22n1/08.pdf>. Acesso em: 20 de novembro de 2022.

FERREIRA, Pinto. Princípios gerais do Direito Constitucional Moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 112.

FILHO, Carlos Alberto de Moraes Ramos. Direito financeiro e econômico - Coleção esquematizado. 4. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

GOMES, Andrews Jadson de Souza. Mediação e conciliação como forma de resolução de conflitos nas demandas de saúde do município de Mossoró-RN. Disponível em: https://repositorio.ufersa.edu.br/bitstream/prefix/8516/1/AndrewsJSG_ART.pdf. Acesso em: 27 de jan. de 2023.

LIMA, Beatriz Alves Macena; MEDEIROS, Nathália Leite de; TAVARES, Sofia Batista. Impactos financeiros das decisões judiciais: a relação entre orçamento público e tutela jurisdicional da saúde. Disponível em: https://archivum.mprn.mp.br/revistaeletronicamprn/abrir_artigo.asp?cod=1102. Acesso em: 22 de fev. de 2023

MARTINS, Flávio. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. rev. ampl. e atual. - São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 8. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2020.

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 12. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2022. E-book

MAZZA, Fábio Ferreira; MENDES, Áquilas Nogueira. Decisões judiciais e orçamento: um olhar sobre a saúde pública. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/75519/79077/102474>. Acesso em: 14 de fev. de 2023.

MELLO, Celso de. Discurso proferido, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23/04/2008. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCMposseGM.pdf> . Acesso em: 23 de jan. de 2023.

MENDES, Gilmar. Discurso proferido ao assumir a presidência do Supremo Tribunal Federal em 23/04/2008. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/posseGM.pdf> . Acesso em: 23 de jan. de 2023.

OMS. Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO). *Feito na cidade de Nova Iorque em 22 de Julho de 1946, num único exemplar, feito em língua chinesa, espanhola, francesa, inglesa e russa, sendo cada um dos textos igualmente autêntico. Os textos originais serão depositados nos arquivos das Nações Unidas. O Secretário-Geral das Nações Unidas enviará cópias autênticas a cada um dos Governos representados na Conferência.* Disponível em: <http://www.nepp-dh.ufrj.br/oms2.html>. Acesso em: 20 de nov. de 2022.

PALAIÁ, Nelson. Noções Essenciais de Direito. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. Manual de mediação e arbitragem. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book.

SCHWARTZ, Germano; BORTOLOTO, Franciane Woutheres. A dimensão prestacional do direito à saúde e o controle judicial de políticas públicas sanitárias. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160191/Dimens%C3%A3o_prestacional_direito_saude_177.pdf?sequence=7&isAllowed=y . Acesso em: 10 de fev. 2023.

SILVA, Alexandre Barbosa da; SCHULMAN, Gabriel. (Des)judicialização da saúde: mediação e diálogos interinstitucionais. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/zcLjsNSgKDsCD5rxBQNz3LD/?format=pdf&lang=pt> . Acesso em: 27 de fev. de 2023.

SOBOTTKA, Fernanda Pinheiro; MUNIZ, Tânia Lobo. Da ilusão do normativismo à mediação como instrumento de pacificação social. Disponível em: <https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/10872> . Acesso em: 27 de fev. de 2023.

TEIXEIRA, Anderson Vichnkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/dr6L3MVvFz4MsrCShHytnrQ/?lang=pt> . Acesso em: 18 de jan. de 2023.

UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS – PORTUGUESE. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por> . Acesso em: 20 de nov. de 2022.