

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO OESTE DO PARANÁ  
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS - CCHS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS SOCIAIS - MESTRADO**

**RODRIGO ARTHUR DOS SANTOS**

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE, JUSTIÇA E RESOLUTIVIDADE:  
UM PERFIL DO USUÁRIO-LITIGANTE NA COMARCA DE MATELÂNDIA/PR**

**TOLEDO/PR**

**2017**

RODRIGO ARTHUR DOS SANTOS

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE, JUSTIÇA E RESOLUTIVIDADE:  
UM PERFIL DO USUÁRIO-LITIGANTE NA COMARCA DE MATELÂNDIA/PR**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, nível de Mestrado, da Universidade Estadual do Paraná, campus de Toledo/PR, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciências Sociais.

Linha de pesquisa: Democracia e políticas públicas

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Biasoli Alves

TOLEDO/PR

2017

Catálogo na Publicação elaborada pela Biblioteca Universitária  
UNIOESTE/Campus de Toledo.  
Bibliotecária: Marilene de Fátima Donadel - CRB – 9/924

S237j Santos, Rodrigo Arthur dos  
Judicialização da saúde, justiça e resolutividade : um perfil do  
usuário-litigante na Comarca de Matelândia /PR / Rodrigo Arthur dos  
Santos.-- Toledo, PR : [s. n.], 2016  
137 f.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Biasoli Alves  
Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais ) - Universidade  
Estadual do Oeste do Paraná. Campus de Toledo. Centro de Ciências  
Sociais e Humanas.

1. Ciências sociais - Dissertação 2. Saúde pública 3. Direitos à  
saúde 4. Direitos civis 5. Poder judiciário 6. Poder judiciário e  
questões políticas 7. Controle da constitucionalidade I. Alves, Gustavo  
Biasoli, orient. II. T

CDD 20. ed. 306.461  
362.10981

RODRIGO ARTHUR DOS SANTOS

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE, JUSTIÇA E RESOLUTIVIDADE:  
UM PERFIL DO USUÁRIO-LITIGANTE NA COMARCA DE MATELÂNDIA/PR**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, nível de Mestrado, da Universidade Estadual do Oeste do Paraná, *campus* de Toledo/PR, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciências Sociais.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Gustavo Biasoli Alves (Orientador)  
Universidade Estadual do Oeste do Paraná

---

Prof. Dr. Alessandro Severino Valler Zenni  
Universidade Estadual de Maringá

---

Prof. Dr. Marco Antônio Arantes  
Universidade Estadual do Oeste do Paraná

Toledo, 01 de julho de 2017

## AGRADECIMENTOS

À Unioeste, *campus* de Toledo, por me permitir iniciar essa caminhada, e ao meu orientador Prof. Dr. Gustavo Biasoli Alves, por tornar possível concluí-la. Sem ele seria impossível.

À família e aos amigos, por tornarem esse trajeto suportável, e aos colegas e amigos que fiz no curso do mestrado, pelo conhecimento e pelas dúvidas que serviram ao meu desenvolvimento.

Ao Ministério Público, nas pessoas das Jordana Klein e Cibele Dioni Teixeira, que me forneceu todos os dados necessário para o perfil.

Dentre os amigos feitos no mestrado, preciso agradecer ao Paulo e a Bianca, que pela afinidade de temas, pelos debates teóricos, pela troca de materiais e amizade, foram deveras importantes.

Agradeço, imensamente, aos professores da Unioeste pelos conhecimentos compartilhados, em especial ao Prof. Dr. Marco Antônio por Foucault, Prof. Dr. Osmir por John Rawls, Rosana Nazzari pelo termo *empoderamento* e, ao meu orientador, Prof. Dr. Gustavo por Nancy Fraser.

À Marilucy, pois teria desistido na primeira vez se não fossem suas palavras de apoio.

Ao Prof. Dr. Alessandro Severino Valler Zenni, que mesmo sem me conhecer, em um ato de extrema generosidade, aceitou de imediato fazer parte da minha banca.

Dedico esse trabalho à Marlei e Suzana,  
mãe e esposa, fontes primeiras de  
inspiração, amor e refúgio.

## RESUMO

SANTOS, Rodrigo Arthur dos. **Judicialização da Saúde, Justiça e Resolutividade: um Perfil do Usuário-Litigante na Comarca de Matelândia/PR.** 2017. 137 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Toledo/PR, 2017.

A judicialização é a transferência do poder das autoridades eleitas para o judiciário, materializada em uma atuação proativa dos juízes, no controle de constitucionalidade, e na efetivação dos direitos fundamentais, entre eles, a saúde, que deve ser materializado pelo Estado. Se a contemplação desse direito se dá comumente pela via judicial em vez dos poderes eleitos, ocorre a judicialização da saúde. Tal ocorre pela inércia dos poderes majoritários, pelo avanço da democracia, etc. Esse fenômeno está sujeito a críticas sobre desrespeito à separação dos poderes, desorganização da administração, reserva do possível e a própria definição do direito à saúde. Diante desse quadro será traçado um perfil do usuário-litigante e analisado se a judicialização é uma forma de democratização do acesso à justiça, cidadania e empoderamento da população ou se elitiza a prestação na Comarca de Matelândia. Aferir-se-á, portanto, se a judicialização é um fenômeno a ser combatido, tolerado ou estimulado.

**Palavras-chave:** judicialização da saúde; justiça; ativismo judicial.

## ABSTRACT

SANTOS, Rodrigo Arthur dos. **Judicialization of Health, Justice and Resolutivity:** a profile of the litigant-user in the District of Matelândia/PR. 2017. 137 p. Dissertation (Master in Social Science) - Western Paraná State University, Toledo/PR, 2017.

Judicialization is the transference of the power of the elected authorities to the judiciary, materialized in a proactive action by the judges, in the judicial review and in the realization of fundamental rights, such as, health, which must be materialized by the State. If the contemplation of this right is usually given by the judicial actions instead of the elected powers, the judicialization of health occurs. This is caused by the inertia of the majority powers, the advancement of democracy, etc. This phenomenon is subject to criticism regarding the separation of powers, disorganization of the administration, reserve of the possibilities and the definition of the concept of right to health. Before this framework, a profile of the user-litigant will be drawn and it will be analyzed if the judicialization is a way democratization of access to justice, citizenship and empowerment of the population or if it makes the benefit available for the elite in the District of Matelândia/PR. Therefore, it will be assessed if the judicialization is a phenomenon to be fought, tolerated or Stimulated.

**Keywords:** judicialization of health; justice; judicial activism.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1 HISTÓRICO</b> .....	21
<b>2 CONCEITOS</b> .....	35
2.1 CONCEITO DE JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL.....	35
2.2 CONCEITO DE DIREITO À SAÚDE E SUA EXTENSÃO.....	37
<b>3 CAUSAS DA JUDICIALIZAÇÃO E DO ATIVISMO JUDICIAL</b> .....	41
3.1 SISTEMA POLÍTICO-DEMOCRÁTICO, SEPARAÇÃO DOS PODERES E EXERCÍCIO DOS DIREITOS POLÍTICOS.....	41
3.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO NO PÓS-GUERRA E O RESGATE DA TEMÁTICA DA LEGITIMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....	43
3.3 REDEMOCRATIZAÇÃO E A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	47
3.4 CONSTITUIÇÃO ANALÍTICA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE HÍBRIDO .....	51
3.5 INFLUÊNCIA DA MÍDIA.....	55
3.6 BAIXA QUALIDADE DA PRODUÇÃO LEGAL.....	58
3.7 USO DOS TRIBUNAIS PELA OPOSIÇÃO E POR GRUPOS DE INTERESSE	62
3.8 INEFETIVIDADE DAS INSTITUIÇÕES MAJORITÁRIAS .....	67
<b>4 CRÍTICAS À JUDICIALIZAÇÃO E AO ATIVISMO JUDICIAL</b> .....	71
4.1 RISCOS À LEGITIMIDADE DA DEMOCRACIA OU DECISÃO CONTRAMAJORITÁRIA.....	71
4.2 RISCOS DE POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA.....	74
4.3 CARÁTER PROGRAMÁTICO DA PROTEÇÃO À SAÚDE.....	78
4.4 DESORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	83
4.5 CRÍTICA QUANTO À CAPACIDADE INSTITUCIONAL E AOS EFEITOS SISTÊMICOS.....	87
4.6 RESERVA DO POSSÍVEL.....	92
4.7 ABUSO E INTERESSES ESCUSOS.....	96
4.8 LIMITAÇÃO DO DEBATE E ELITIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO .....	100
<b>5 O USUÁRIO-LITIGANTE NA COMARCA DE MATELÂNDIA</b> .....	105
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	118
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	123
<b>APÊNDICE I - PARECER DO COMITÊ DE ÉTICA EM PESQUISA</b> .....	134
<b>APÊNDICE II – NÚMERO DOS PROCESSOS E PROCEDIMENTOS</b> .....	137

*Cem milhões de processos para duzentos milhões de habitantes  
só pode indicar um quadro patológico.*

*(José Renato Nalini)*

*“Isso não é futebol, não há times, somos todos um  
time, e nenhum pai deveria ter que decidir se consegue  
banciar o custo de salvar a vida de sua criança [...]”*

*(Jimmy Kimmel)*

## INTRODUÇÃO

A luta por direitos humanos dos anos 70 – especialmente aqueles relacionados à oposição; aos regimes autoritários; aos movimentos por participação política dos anos 80; à participação de diversos personagens da sociedade civil, o que culminou com a Constituição de 1988; às denúncias dos anos 90 sobre a violação dos direitos fundamentais das populações menos favorecida, especialmente dos relativos à vida, integridade física e às benesses econômicas sociais dispostos na nova carta – findou por incorporar a linguagem dos direitos no debate político brasileiro (CITTADINO, 2002, p. 11). A inserção de uma discussão de direitos constitucionais, novos e pungentes, sua interpretação, extensão e materialização serviram de cenário perfeito para um deslocamento da discussão política para arena jurídica, que culmina com a judicialização e o ativismo judicial tão presente no Brasil.

A judicialização e o ativismo judicial são fenômenos ligados ao exercício das prerrogativas inscritas no constitucionalismo moderno, em especial no controle de constitucionalidade (*judicial review*), na proteção dos direitos fundamentais, na massificação do uso do judiciário para efetivação de direitos previstos nas cartas magnas e na transferência de poderes eleitos ao judiciário. Também pode ser definida pela expansão da atuação judiciária, fruto da transferência da matéria a ser decidida e o poder para tal ou, pelo menos, pela transformação de processos cotidianos em processos judiciais.

A Constituição Federal de 1988 impetrou no direito à saúde um status de direito fundamental nos moldes seguidos pela Organização Mundial de Saúde, sendo considerado expressão dos direitos da dignidade da pessoa humana e do direito à vida. Quando o Estado deixa de agir, atenta contra os direitos fundamentais e, nesse caso, cabe a interferência do Judiciário, não para ditar política pública, mas para preservar e garantir os direitos constitucionais lesados. Ocorre que, apesar dessa previsão constitucional e da valoração dada por pelos tribunais, as políticas públicas e a atividade legiferante não têm conseguido a promoção integral da saúde. Assim, para preencher essa lacuna prestacional, busca-se efetivação do direito à saúde por meio de decisões judiciais. Este é o fenômeno da judicialização.

A judicialização não pode ser confundida com o ativismo judicial. De maneira simplificada, a judicialização é evento oriundo da massificação dos pleitos,

envolvendo uma demanda que deveria ser atendida pelos poderes legislativo ou executivo; enquanto que o ativismo judicial se encerra na ideia de protagonismo judicial, isto é, os juízes buscam se empoderar e imiscuir em áreas de poder que, originariamente, não lhes pertencem. Por isso, Garapon (2001, p. 56) afirma que “O ativismo evidencia-se quando, entre muitas soluções possíveis, a escolha do juiz é alimentada pela vontade de acelerar a transformação social ou, ao contrário, de travá-la.”.

São apontadas como causas da Judicialização: 1. Sistema político-democrático, separação dos poderes e exercício dos direitos políticos; 2. Constitucionalização do direito no pós-guerra e o resgate da temática da legitimação dos direitos humanos; 3. Redemocratização e a Promulgação da Constituição de 1988; 4. Constituição analítica cominado com controle de constitucionalidade híbrido; 5. Influência da Mídia; 6. Baixa Qualidade da Produção Legal; 7. Uso dos Tribunais pela Oposição e por Grupos de Interesse; e 8. Inefetividade das Instituições Majoritárias.

Segundo Luiz Moreira (2012), a judicialização tem índices extremamente preocupantes no Brasil e passou a interferir em todas as áreas, intrometer-se em políticas públicas, adentrando, até mesmo, no mérito do ato administrativo e no poder discricionário. Ela tem como críticas mais frequentes: 1. Riscos contra legitimidade da democracia (ou decisão contramajoritária); 2. Caráter programático da proteção à saúde; 3. Desorganização da administração pública; 4. Reserva do possível; 5. Crítica quanto à capacidade institucional e o perigo dos efeitos sistêmicos; 6. Risco de politização da justiça; 7. Abuso; e 8. Limitação do debate e elitização da prestação.

O tema é de ampla discussão e já está extensamente tratado na literatura, como se verá durante o presente trabalho, e inúmeros estudos são feitos sobre a judicialização da saúde. Há, contudo, a necessidade de análises que coloquem as questões mais centrais, vis-à-vis com os dados e a realidade encontrados nas milhares de comarcas espalhadas por todo o país. Nesse sentido, a pesquisa visou preencher essa lacuna e traz os estudos de caso para a análise da judicialização da saúde. Este se diferenciará em virtude do recorte e do enfoque relativo à elitização da prestação e do debate e à relação entre judicialização de direito fundamental e a universalidade e igualdade do atendimento, além dos impactos de viés organizacional, financeiro e democráticos.

Para atingir os objetivos desse trabalho, foi feita uma pesquisa bibliográfica e documental, caracterizada pela exaustiva revisão bibliográfica em livros, artigos e notícias sobre o tema, sendo que “[...] a finalidade é colocar o pesquisador em contato direto com tudo o que foi escrito, dito ou filmado sobre determinado assunto, inclusive conferências seguidas de debates que tenham sido transcritos por alguma forma, quer publicadas, quer gravadas.” (LAKATOS; MARCONI, 2003. p. 183).

Ainda, foi feita uma pesquisa documental referente aos processos de processos judiciais e procedimentos administrativos. Sendo que estes tem por propulsor o Ministério Público da Comarca de Matelândia, no Paraná, pois, como apontam Lakatos e Marconi (2003, p. 193),

Documentos jurídicos - constituem uma fonte rica de informes do ponto de vista sociológico, mostrando como uma sociedade regula o comportamento de seus membros e de que forma se apresentam os problemas sociais. Porém, o pesquisador deve saber que decisões jurídicas, constantes de documentos, são a ponta de um iceberg [...].

Apenas para mostrar alguns exemplos, há outras pesquisas que quantificam e qualificam essas questões, a saber: *A judicialização do Acesso aos Medicamentos em Santa Catarina: Um desafio para Gestão do Sistema de Saúde* (BOING et al., 2012) que contribuiu entre outras coisas com a discussão da judicialização dos medicamentos não padronizados no estado de Santa Catarina;

*Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil* (MACHADO, et al., 2010) analisou o perfil do usuários litigante no Estado de Minas Gerais e apontou que a judicialização tende a se constituir em um estímulo à medicalização e em um obstáculo para o uso racional de medicamentos.;

*Direito Fundamental a Saúde no SUS e a Demora no Atendimento a Cirurgias Eletivas* (FREITAS FILHO et al., 2015) tem foco na judicialização provocada pela não na realização de procedimentos eletivos e que, na esfera judicial, tiveram suas liminares negadas;

*A Judicialização da política de assistência farmacêutica no Distrito Federal: diálogos entre a política e o direito* (DELDUQUE, 2011) que chegou à conclusão que maioria dos processos no Distrito Federal são impetrados pela Defensoria Pública e os medicamentos solicitados estão, em sua maioria, fora das listas oficiais e protocolos clínicos;

*O direito à saúde e a sua interpretação na Justiça Estadual na Comarca de Caxias do Sul* aborda uma generalização das decisões judiciais em que o magistrado não se aprofunda na discussão dos argumentos para tomada de decisões; (SCHWARTZ apud ASENSI et al., 2013);

*Controle judicial de políticas públicas de medicamentos no Superior Tribunal de Justiça: necessidade de critérios objetivos* (DINIZ, ano apud ASENSI et al., 2013); aponta pela necessidade de criação de parâmetros objetivos das prestações saúde judicializáveis e seus limites;

*Análise da demanda por direito à saúde e as possibilidades de mediação no Tribunal de Justiça de Mato Grosso* pretendeu aferir a influência da justiça mato-grossense na efetivação do direito à saúde (ARAUJO et al., ano apud PINHEIRO et al., 2011);

*Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde* (VENTURA et al., 2011) conclui que apesar das demandas judiciais serem extremamente importantes para materialização do direito fundamental a saúde não deveriam ser, preferencialmente, o local de deliberação sobre políticas públicas.

*Judicialização das políticas de assistência farmacêutica: o caso do Distrito Federal* (ROMERO, 2008) após análise de mais 200 acórdãos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal em que aponta que a omissão estatal é a principal causa da judicialização da saúde.

*Consequências da judicialização das políticas de saúde: custos de medicamentos para as mucopolissacarídeos* (DINIZ et al., 2012) em que o autor se preocupa com decisões judiciais de medicamentos de alto custo e seus impactos na administração pública e também na próprio princípio da isonomia.

No início da pesquisa, houve dificuldade na compilação de dados dos processos, porque as ferramentas de pesquisa franqueadas a população não permitem pesquisa por assunto. O Ministério Público tem essa possibilidade, além de participar obrigatoriamente de todos os processos, mesmo naqueles em que não é o defensor na condição de fiscal da lei. Além disso, o Ministério Público forneceu os procedimentos administrativos por ele propostos, que não fazem parte da base de dados do judiciário

Todavia, para a feitura de um perfil do usuário-litigante, foi requerido ao Ministério Público do Paraná – que forneceu – uma cópia de todos processos e

procedimentos administrativos envolvendo pedidos na área médica, seja remédio, seja tratamento, ainda que operatório, na Comarca de Matelândia/Paraná.

Esses dados são públicos, mas apenas a Magistratura e o Ministério Público têm ferramenta para a busca de todos esses processos. Ainda assim, foi feita submissão da pesquisa ao Comitê de Ética, que emitiu parecer favorável. Assim, o presente trabalho teve seu projeto aprovado pelo Parecer n. 1.836.174 do Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – Unioeste.

Foram recolhidos os dados da Comarca de Matelândia, composta, ainda, pelos municípios de Céu Azul, Ramilândia e Vera Cruz. Nesse contexto, o foco central do estudo foram as demandas de saúde de toda população da comarca assistida por defensoria, Ministério Público ou advocacia paga.

O uso de dados de uma comarca é uma escolha lógica que encerra uma amostra em si própria, especialmente pelo acesso que foi fornecido pelo Ministério Público do Paraná, sem o qual seria impossível materializar essa pesquisa.

A comarca estudada apresenta casos suficientes para apresentar dados sólidos envolvendo inúmeras prestações requeridas, inclusive as mais complexas, afinal, mesmo os processos contra o Estado do Paraná e os mais caros e complexos tramitam na comarca da residência do requerente.

Foi feito, primeiramente, um recorte temporal. Foram analisados os processos e procedimentos de 2014 a 2016. Apenas a partir de 2014 podem ser fornecidos dados com certeza de completude, em virtude de atualizações tecnológicas do Ministério Público e também por ser desde esta data que o servidor responsável por esses dados ingressou nesta comarca.

Não serão recortados processos/procedimentos quanto à natureza da prestação, nem da concessão ou não de liminares. Todas serão avaliadas para a formação do perfil do usuário.

Essa análise pretendeu dessorar os dados para torná-los compreensíveis a fim de responder acerca do perfil e elitização e, dessa forma, ampliar o conhecimento sobre o tema em conexão com a realidade local, conforme preceituado por Minayo (2004). Em suma, a pesquisa sistematizada de bibliografia, experiências estatais e não governamentais, estatísticas, decisões dos tribunais e outras fontes deve ser capaz de análise profunda sobre o tema, além da aferição de que se suas benesses são superiores as críticas apontadas.

O presente estudo se justifica pela notória demanda de prestação de saúde não correspondida pelo Estado, sendo uma das consequências disso a Judicialização da matéria. Em levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2011 o Brasil já tinha mais 240 mil processos na área da saúde e, em igual importância, pelos resultados contraditórios que existem em diversas pesquisas, sobre a judicialização da saúde e seus efeitos.

Uma matéria recentemente veiculada pela Folha de São Paulo afirmou que dois terços das ações judiciais contra o SUS em São Paulo são iniciadas por pessoas que têm plano de saúde ou acesso à saúde particular (COLLUCCI, 2014). Contudo, outros autores afirmam que esse quadro não é verdadeiro em vista da ação das Defensorias Públicas, associações, ONGs e do Ministério Público, que amparam as pessoas mais carentes, além de parecer uma contrapropaganda, o que mostraria a judicialização como uma forma de, mais uma vez, favorecer a elite em detrimento das camadas mais pobres da população.

Uma pesquisa realizada em 2012 pelos Departamentos de Odontologia e de Direito da UFMG, que analisou Decisões superiores dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Pernambuco, apontou o contrário, isto é, que a maioria das ações são promovidas por Defensorias e pelo Ministério Público, o que demonstra que as camadas mais pobres também têm acesso ao judiciário nos casos envolvendo saúde (TRAVASSOS, 2014,). Como se percebe, há uma discrepância extremamente relevante nesses dados.

Segundo Minayo (2014), as hipóteses são afirmações iniciais sobre determinado tema que é objeto de estudo, que devem ser testadas empiricamente com a finalidade de confirmação ou rejeição. Então, apesar de existirem muitas pesquisas sobre a judicialização da saúde, nota-se um deficit de atenção ao estudo dos seus efeitos acerca da elitização, por isso se pretendeu, com esse estudo, criar um perfil local e testar hipóteses sobre a possibilidade da elitização do atendimento e da discussão sobre saúde causada pela judicialização.

Por conseguinte, tem-se por objetivo traçar o perfil do usuário de saúde que judicializa a matéria, determinando elementos que sejam capazes de demonstrar sua condição socioeconômica e se isso promove ampliação de acesso à saúde; determinar se na Comarca de Matelândia o ingresso à justiça se dá por advocacia paga ou dativa, Defensoria ou Ministério Público; aferir se a judicialização afeta e como afeta a democracia e a administração pública, seja pela crítica das decisões

contramajoritárias, reserva do possível, seja pela desorganização da administração; e verificar se a judicialização consegue ser uma efetiva forma de justiça aplicada indistintamente, ou se é instrumento da elitização da prestação de saúde por via judicial. Dessa forma, busca-se verificar se esse fenômeno deve ser estimulado, controlado ou meramente aceito.

O presente estudo foi contextualizado historicamente desde o nascimento da judicialização e do ativismo judicial, da formação do direito à saúde e as políticas públicas de saúde no Brasil. Foi feita uma análise das características do direito à saúde, sua extensão e formas de acesso, seja pelas políticas públicas, ações legislativas, seja pelas decisões judiciais. Foi feito, também, um histórico da judicialização, suas origens, causas, críticas e uma verificação ela tem a função de redistribuição de justiça.

Foi realizada uma análise quantitativa dos dados formados pela pesquisa, que serão confrontados com outros estudos e contextualizados com o histórico recente e com a realidade na comarca de Matelândia.

O levantamento de dados foi feito junto ao Ministério Público do Paraná da referida Comarca. Foi-lhes enviado um requerimento para que, se possível, enviassem todos os processos judiciais envolvendo tratamento de saúde – remédios, consultas, cirurgias, etc. – que nela tramitavam.

O Ministério Público, por *fazer parte* do aparelho de justiça, tem acesso privilegiado e facilitado às informações. Ele detém ferramentas de busca que conseguem pesquisas específicas sobre o tema, de modo a abarcar os processos de forma segura, inclusive aqueles em segredo de justiça. Além disso, ele tem envolvimento direto nessas causas, seja como representante ou *custo legis*, o que lhe proporciona uma *memória de trabalho* que facilita essa busca

Nessa lógica, o Ministério Público, na qualidade de fiscal do Estado, é chamado a se manifestar em todos os processos nessa área. Assim, ainda que não seja o proponente, ele está ciente do processo e consegue evidenciá-los para a pesquisa. Logo, teve-se acesso aos processos que foram protocolados por advogados também – não somente aqueles em que o ele é o *advogado* do usuário-litigante.

Ainda, o que enriqueceu muito a pesquisa foi o fato de que o Ministério Público forneceu também todos os procedimentos administrativos instaurados por eles, isto é, quando alguém vê seu direito negado e procura diretamente o Ministério

Público, este instaura um inquérito administrativo – que pode se tornar um procedimento administrativo –, em que busca a apuração dos fatos e responsabilidade para a resolução administrativa da situação dada ou que segue para ingresso em juízo com os trâmites adequados na via judicial.

Por todo o exposto, tem-se segurança de que a pesquisa contém, senão a totalidade, uma parcela significativa de todos os *trâmites* realizados para consecução de tutela em saúde, apta, pois, a fornecer um quadro fidedigno de elementos capazes de retratar, com segurança, a realidade da Comarca de Matelândia.

Foram enviados pelo Ministério Público 105 procedimentos administrativos já finalizados. Existiam procedimentos de 2013 até setembro de 2016. Foram excluídos os processos de 2013, resultando 81 procedimentos administrativos já finalizados. Desses, 20 se tornaram processos judiciais. Além disso, foi obtido um total de 24 processos judiciais no mesmo recorte temporal. Todos os números do processo e procedimentos foram anexado ao presente trabalho.

Foram perquiridos e catalogados os seguintes dados: nome; número indicativo do processo ou procedimento; sexo; idade; declaração de hipossuficiência; cidade de que o usuário-litigante é originário e se buscou acesso por meio advocacia, defensoria ou Ministério Público; se obteve uma antecipação de tutela ou liminar quando for processo judicial e em quantos meses foi atendida; duração do processo judicial quando for o caso; requerido; problema de saúde do usuário litigante; pedido; listas oficiais, e se o pedido é um medicamento, uma cirurgia, um tratamento, entre outros, como, por exemplo, transporte para o tratamento fora da cidade de origem. É imprescindível apresentar definições objetivas dos termos para compreensão do presente trabalho sem dar margens a interpretações errôneas. Alguns dos termos são compressíveis a todas as áreas do conhecimento, outros são termos técnicos específicos do direito (LAKATOS; MARCONI, 2003. p. 160).

Apesar de não ser objetivo dessa pesquisa, mas considerando que os dados estão disponíveis, foi possível analisar superficialmente que não existe restrições de acesso em virtude do *gênero*, pois não há discrepância significativa no número de processos e procedimentos promovidos por homens e mulheres e também não há preferências em relação à idade.

O *dado declaração* de hipossuficiência revela nos arquivos de cada caso se há menção de que a pessoa se disse pobre, na concepção jurídica do termo, isto é,

incapaz de arcar um processo judicial sem prejuízo do seu sustento e de sua família nos moldes da Lei n. 1060 de 1950, incapaz de pagar medicamento ou tratamento, ou se declarou que sua renda é considerada baixa.

Quanto à *origem* do processo, foi verificado se ele foi proposto por advogado particular, dativa ou pelo Ministério Público. Nos processos promovidos pelo Ministério Público, será feita referência à origem como Ministério Público e cidade apenas para determinar a cidade do usuário-litigante – esclarece-se que todos os procedimentos administrativos foram feitos pelo Ministério Público.

O campo sobre *antecipação de tutela* se refere à possibilidade de, na petição inicial dos usuários-litigantes, ser requerido que a prestação seja obrigada ao Estado antes da manifestação estatal, tendo como argumento a urgência da prestação e com fundamentos suficientes para uma avaliação preliminar convincente para concessão.

*Êxito* é conceituado, neste estudo, pelo deferimento das prestações requeridas em processos, seja em sede de antecipação de tutela ou em sentença definitiva. Quanto aos procedimentos administrativos instaurados pelo Ministério Público, o êxito foi medido pela consecução exata do objeto, por realização da prestação por meio da substituição da prestação requerida por outra disponível na estrutura do Estado. Ainda foram aferidos os motivos pelos quais não foi obtido êxito. Em alguns casos, os procedimentos não obtiveram êxito e se tornaram processos, outros foram negado andamento porque, depois da instrução dos procedimentos, foi averiguado que se tratava de tentativa de *furar a fila* em caso de cirurgias eletivas – não emergenciais e quem tem ordem na realização.

De posse dos processos e procedimentos administrativos instaurados pelo Ministério Público, também foi levantado quem foram os *réus* nos processos e nos Procedimentos administrativos, ou seja, se os requeridos foram o Estado do Paraná, os municípios, os consórcios de saúde, etc.

Os *pedidos* aludem a quais medicamentos e tratamento são mais requeridos o que, em tese, demonstra a necessidade de avaliação daquela política de saúde ou pode demonstrar a busca de introdução forçada pela prescrição médica de um medicamento nas listas oficiais. O número de processos não justifica a pormenorização dos medicamentos pretendidos, por isso será feita uma diferenciação entre medicamento, cirurgia, tratamento, ou outros como, por exemplo, transporte ou alimentação especial.

A *natureza do pedido* é apenas o esclarecimento se o pedido se trata de medicamento, cirurgia, tratamento ou outros. As *listas ou programas oficiais* trarão um dos dados mais importantes para essa pesquisa: se o a pretensão negada pelo Estado faz parte dos programas de saúde, das políticas públicas de saúde ou não.

Também será verificado se consta o *custo* dos objetos requeridos nos casos concretos, com a finalidade de saber se o pedido, se deferido, é capaz de impactar nas contas públicas. Além disto, pode ser extraído dos dados quais foram as *teses de defesa* usadas pelo Estado para negar a prestação em saúde, mas apenas nos processos judiciais sobre as matérias alegadas para obtenção e negativa da prestação em saúde.

Não foram criados dados específicos sobre os argumentos jurídicos e de fato dos usuário-litigantes porque em todos os processos eles são os mesmos: emergência ou urgência, integralidade, universalidade, saúde com um direito fundamental, superior à reserva do possível, gratuidade, hipossuficiência do requerente em relação ao valor do objeto requerido e legitimidade Ministério Público em representar o interesse do requerente.

O termo *cumprimento da prestação* se refere à materialização do pedido antes de decisão judicial sobre o tema, mas que foi informada formalmente dentro de um processo tramitando.

O argumento sobre o desrespeito à separação dos poderes, que é umas das principais e mais frequentes críticas à judicialização, no sentido de que determinações judiciais em matéria de competência de entes majoritário deva ser considerado invasão de competência e muito importante na literatura específica. A *ilegitimidade ou competência de outro ente* é oposta pelo Estado nos casos em que pretende se defender afirmando que o autor ou seu representante não tem legitimidade processual para ingressar com aquela ação ou que ele não deveria ser o ente processado, mas sim outro da federação. Decorre disto que, em alguns casos, o Estado, em sua defesa requer a inclusão de outro ente na demanda nos processos, por considerá-los os verdadeiros responsáveis por aquelas prestações.

A *reserva do possível* se refere, basicamente, à alegação que não há verbas materialização do objeto requerido e/ou que não há verbas para que todos recebam esse objeto.

A *porta de entrada* é, simplesmente, a afirmação que o tratamento, para ser feito com verbas públicas, deve, necessariamente, ser prescrito por médico da rede

pública. Essa defesa é oposta, afirmando que o Estado deve ser obrigado a arcar por diagnósticos e tratamentos realizados na lógica do sistema público de saúde, não devendo ser obrigado a pagar por medicação ou procedimento determinado por profissional alheio a seus protocolos e hierarquia.

A *desorganização do estado* diz respeito à possibilidade de que essas decisões judiciais obriguem o Estado a realizar tarefas alheias ao seu planejamento, que findem a promover desequilíbrio e embaraço na administração pública pelo comprometimento de recursos – financeiros, orçamentários, humanos, etc. – que não haviam sido antevistos e para qual não há previsão de realização.

Em alguns casos alegam *desistência, óbito ou desídia* da parte autora dos processos. Há *desistência* quando o usuário litigante abre mão da pretensão requerida seja por achar desnecessário, por cumprimento por parte do Estado e, até mesmo, por medo de se submeter ao procedimento pretendido. Pode ocorrer *desídia* quando o usuário-litigante for acusado de desleixo no processo, faltar em audiências, deixar de produzir provas ou juntar documentos requeridos, etc. Ocorreram, ainda, casos em que houve o *óbito* do requerente durante o processo e que tal situação foi usada pelo Estado para extinção para processo.

Outra defesa utilizada é que o medicamento ou tratamento requerido *não faz parte das listas ou programas de saúde*. Nesses casos, o Estado alega que a pretensão não faz parte das listas estatais de medicamentos ofertados pelo Estado, que o procedimento não está elencado nos programas governamentais, que os medicamentos nem ao menos tem registro da ANVISA, ou que sua aplicação é pretendida *off label*, o que quer dizer que o medicamento, de acordo com sua bula, é aplicado em um mal, mas a aplicação pretendida é para outro não constante da bula.

Por *desrespeito ao atendimento igualitário* dos usuários, o Estado afirma que o processo judicial pretendeu beneficiar aquele paciente em detrimento de outros, seja dando um medicamento caro demais que onerará a coletividade, ou “furando a fila” das cirurgias, por exemplo.

Feita a pesquisa, confrontados os dados com a teoria e analisadas as hipóteses e objetivos será possível determinar um perfil do usuário-litigante da comarca e, em especial, se a judicialização da saúde é instrumento de acesso igualitário à saúde, se privilegia elites ou, ainda, se desequilibra o atendimento universal pelo uso de importantes aportes em questões de prestações individuais.

## 1 HISTÓRICO

O trajeto que levou a judicialização da saúde passa por uma sequência lógica de acontecimentos: reconhecimento da pessoa como sujeito de direitos fundamentais, a constitucionalização desses direitos, o posicionamento hierárquico superior desses direitos na própria Constituição e exigibilidade destes diante do Estado e de terceiros.

O Nascimento dos direitos fundamentais são oriundos da resistência dos povos contra seus governos opressores – aqui incluso nobreza e clero – e a evolução desses direitos anda de mãos dadas com o surgimento do Estado e o constitucionalismo moderno. Na prospecção desses direitos, foram importantes tantos os movimentos burgueses quanto os movimentos trabalhistas.

A luta pelo reconhecimento de direitos essenciais inerentes à pessoa humana pode ser localizada em vários momentos da civilização. José Damiano de Lima Trindade, em sua obra *História Social dos Direitos Humanos*, de 2011, aponta até mesmo a peste negra, na Europa do século XIV, como propulsor das conquistas sociais em virtude da mortandade que atingiu a população, tornando a mão de obra um artigo mais caro, chegando a aumentar em 50% seu valor, e também por mostrar as elites como seres humanos normais que eram atingidos da mesma forma pela peste. Desse modo, a população mais pobre passou a criticar a lógica de superioridade das elites criadas pelos dogmas de infalibilidade dos sacerdotes e da proteção divina dedicada a nobreza. O autor cita, ainda, a importância do surgimento da burguesia para reconhecimento e efetivação de direitos desta diante do estado, da nobreza e do clero e denota extrema importância aos movimentos do proletariado.

A Declaração do Povos da Virgínia de 1776 e a Declaração do Direito do Homens de 1789, de origem estadunidense e francesa respectivamente, são importantes marcos do reconhecimento dos direitos fundamentais. Segundo Saulo Lindofer Pivetta (2014), ambas reconheciam direitos naturais, alienáveis, invioláveis, universais e imprescritíveis. Além disto, as duas eram de inspiração liberal-burguesa, muito mais preocupadas com a possibilidade do estado, da nobreza e do clero molestarem direitos relativos à propriedade, liberdade e igualdade, com caráter individualista, do que com questões sobre justiça social, por exemplo. Portanto,

esses direitos conquistados, nesse momento, são chamados direitos de defesa, com caráter de abstenção ao Estado.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que teve por principais redatores Mirabeau e Sieyes e que serviu como base para a Constituição Francesa de 1791, mesmo tendo um caráter privatista e uma preocupação maior ao respeito à propriedade privada, traçou importantes avanços na concretização dos direitos fundamentais. Ela representou a transformação dos direitos naturais em direitos positivos, isto é, direitos históricos oriundos de várias lutas sociais, dos trabalhadores e do avanço da burguesia. A declaração afirma, em seu preâmbulo, que ignorância, esquecimento ou desprezo sobre os direitos do homem são as causas dos males públicos e da corrupção e que esses direitos são inalienáveis e sagrados, devendo ser respeitados por todos, assegurados pelo Estado e devem buscar a conservação da Constituição e a felicidade geral. As ideias nascidas da revolução francesa foram basilares para todas constituições europeias até 1917-1919, com edição da Constituição de Weimar que iniciou um novo paradigma (MENDONÇA, 2009).

Até então, eram reconhecidos apenas direitos fundamentais de primeira geração, que tinham uma clara influência liberal e comportavam direitos negativos, como respeito à liberdade e a propriedade, exigindo apenas que o Estado deixasse de intervir e garantindo que os particulares não frustrassem sua fruição. Quanto ao direito à saúde, nesse momento, existia um caos causado pela urbanização, industrialização e ausência de estruturação das condições da higiene, com a consequente proliferação de doenças.

Contudo, já no século XIX, restou límpido que apenas esses direitos de atuação negativa do Estado não eram suficientes para cumprir o corolário da realização da dignidade da pessoa humana e deveriam ser ampliados com outros direitos positivos que exigissem atuação proativa do Estado para gozo dos direitos materiais concretos. Nesses momentos, as doutrinas socialistas evidenciavam a profunda exploração, a que eram submetidos os trabalhadores da cidade, e a miséria do campo. Consequentemente, o que agora era pleiteado era que o Estado fosse o agente promotor de ações que efetivassem e garantissem igualdade formal e material também, especificamente quanto ao direito à saúde, agora pleiteado pela burguesia como forma de manutenção de mão de obra sadia e até por medo de contágio. Houve uma pressão das elites econômicas para que o Estado fosse o

garantidor – e financiador – de saúde pública. Foi apenas no pós-guerra, todavia, que o Estado ampliou seu papel em matéria sanitária e demais direitos sociais (PIVETTA, 2014). Também nessa perspectiva,

As constituições liberais do final do século XVIII e começo do século XIX iniciaram a obra de positivação dos direitos fundamentais no interior dos Estados. Em princípio, esses direitos pretendiam apenas garantir a abstenção do estado na esfera da ação individual. [...] No início do século XX, o reconhecimento dos direitos econômicos e sociais introduz um novo aspecto em termo de proteção aos direitos humanos. Não se trata, agora, de garantir a liberdade em face do Estado, mas de reivindicar a sua intervenção com o fim de assegurar a repartição da riqueza socialmente produzida (AMARAL JÚNIOR, 2003, p. s.p).

Assim, os direitos sociais de segunda geração são direitos de prestação por exigirem que o Estado positivamente empregue verbas públicas para sua materialização, ou seja, seu cumprimento não vem do mero respeito do Estado a determinada situação, ao deixar de intervir na propriedade privada ou confiscá-las, por exemplo. Aqui se encontra o direito à saúde que teve seu reconhecimento expresso apenas com a Constituição Mexicanas de 1917 e de Weimar de 1919 e também com a Declaração do Direito do Povo Trabalhador e Explorado da Rússia.

A Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado teve importante papel no reconhecimento dos direitos dos trabalhadores diante do capital, mas, muitas vezes, não é considerada um marco dos direitos fundamentais porque para sua efetivação foram mitigados direitos de liberdade (PINHEIRO, 2006). Segundo Trindade (2011), ela tinha uma visão diferente dos direitos humanos em relação ao previsto na declaração francesa. A Constituição Russa via o ser humano relacionado com a realidade e como essa realidade influencia o desenvolvimento de suas potencialidades. Para tanto, afastava-se de um pressuposto que a sociedade era formalmente – juridicamente – igualitária e se baseava na relação do trabalhador explorado em relação ao capital e afetava, assim, a materialização dos seis direitos fundamentais. A declaração, ainda em 1918, foi incorporada pela Constituição Russa, que contemplava:

[...] os direitos à liberdade de expressão, imprensa, reunião, manifestação e associação, consciência, culto e propaganda antirreligiosa; a inviolabilidade pessoal e domicílio; o direito de asilo político. Dentre os direitos políticos destacam-se a igualdade perante

a lei, sem discriminação de nacionalidade, sexo, passado político, religião, instrução e de qualquer outra esfera social, econômica e política. É, ainda, preservado o direito de sufrágio ativo e passivo, de acordo com o que já foi consignado anteriormente. Os direitos a prestações do Estado são a garantia do direito ao trabalho remunerado, o direito ao descanso, o direito à seguridade social na velhice, a proteção contra enfermidades e o direito à educação (PEIXINHO, 2014, s.p).

A Constituição Mexicana de 1917 – portanto anterior a de Weimar – é considerada o início do constitucionalismo latino-americano. Oriunda da Revolução de 1911, que resultara em uma carta inovadora e pioneira em nível mundial, com seu “constitucionalismo social”, inclui direitos trabalhistas e sociais inéditos e dispositivos sobre reforma agrária, com a relativização do direito à propriedade e à função social (DOMINGUES, 2013). No art. 4º demonstra seu caráter vanguardista porque além de reconhecer a saúde como direito de todos, prevê que a obrigação do estado, em concorrência com outros membros de federação e a família, em efetivá-lo. Prevê, o direito à saúde do trabalhador e, no art. 123, que para a proteção de saúde das mulheres e seus filhos, estas teriam direito, no caso de trabalhos que exijam “esforço considerável”, à licença de 12 semanas;

A Constituição de Weimar, que fundou a Primeira República Alemã foi promulgada em 1919, é outro importante marco na constitucionalização dos direitos que, aliados à possibilidade de controle de leis e atos por limites e diretrizes dadas por constituições hierarquicamente superiores, foram nascedouro do ativismo judicial. Ela se revelou decisiva ao reconhecer direitos sociais não ao indivíduo abstrato e só, mas a uma pessoa inserida na sociedade e titular de direitos de crédito sobre a sociedade. Ela buscava mais justiça na distribuição de renda e prevenção no abuso de direitos, materializando como princípio, pois, a justiça social na recomposição das perdas causadas pela exploração do trabalho (LEAL, 2014) e o mais importante:

No modelo de Weimar, a efetivação de direitos sociais tornou-se uma responsabilidade do Estado de natureza constitucional, possível de ser cobrada institucionalmente. A abertura do Parlamento à participação política das classes sociais menos privilegiadas, as quais passaram a exigir direitos de igualdade com mais força, em contraposição aos interesses da elite econômica dominante (AUAD, 2008, p. 339).

Assim, essas duas constituições efetivam o princípio da justiça social, em resposta à reivindicação das classes menos favorecidas, em especial da classe operária, servindo de compensação à extrema desigualdade existente nas relações de trabalho. No Brasil, já houve dispositivos concretos prevendo direitos de segunda geração referentes aos direitos trabalhistas, à educação e à cultura. Nas outras constituições, com exceção a de 1937, sempre estiveram presentes os direitos de segunda geração (LEAL, 2014).

O segundo pós-guerra evidenciou a necessidade dos direitos humanos e sua efetividade e sua proliferação ocorreu em três sentidos: aumento da quantidade de bens merecedores de tutela – trabalho, saúde, previdência –; extensão do número de titulares desses direitos, e o reconhecimento do homem de acordo com suas especificidades, isto é, idoso, jovem, doente, são, branco e negro. Nesse contexto, foi a declaração universal dos direitos do homem de 1948 que iniciou uma positivação e universalização dos direitos dos homens, que foi aceita internacionalmente. Assim, não só apenas os cidadãos de um país têm direitos assegurados, mas todos os homens (AMARAL JÚNIOR, 2003).

Em 1945, em vista dos clamores ao final da segunda grande guerra por uma ordem que inibisse um novo desastre humanitário, foi criada a Organização das Nações Unidas e, em dezembro de 1948, foi aprovada pela assembleia geral das Nações Unidas a Declaração dos direitos dos homens.

No direito internacional, coube à Declaração Universal da ONU, de 1948, o pioneirismo no que diz com a previsão expressa de um direito à saúde. Com efeito, nos seus artigos 22 e 25, a Declaração dispõe, aqui de forma resumida, que a segurança social e um padrão de vida capaz de assegurar a saúde e o bem-estar da pessoa humana são direitos humanos fundamentais. Posteriormente, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificado pelo Brasil, dispõe, no seu artigo 12, a respeito do direito de desfrutar do mais alto grau de saúde física e mental. Também na Convenção dos Direitos da Criança, já com a dimensão específica voltada para a questão da saúde da criança e do adolescente, bem como na Convenção Americana dos Direitos Humanos, de 1989, ambas igualmente ratificadas pelo Brasil e incorporadas ao nosso direito interno, encontramos nova referência ao direito à saúde (SARLET, 2007, p. 03).

Suas considerações iniciais deixam claro que apenas o respeito e a efetivação dos direitos humanos são capazes de evitar atos bárbaros que ultrajem a consciência humana; que todos devem ter liberdade e ficar afastados do medo e da

necessidade; e, especialmente, que tais condições devam ser materializadas pelo Estado e pela Lei para que as pessoas não sejam compelidas, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão. Em seu artigo XXV, prevê o direito à saúde nos seguintes termos:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Em 1966, outro importante passo foi dado na concretização dos direitos sociais e, em especial, do direito à saúde: a ratificação – pelo Decreto 591/1992 – do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Seus artigos 10 e 12 consagram o direito à saúde e reconhecem que toda pessoa, especialmente crianças e adolescentes, tem o direito de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

Enquanto normalmente se coloca na França a origem da persecução e materialização dos direitos fundamentais, cabe a Inglaterra o local de nascimento do constitucionalismo moderno.

Na Inglaterra, no século XIII e XIV, os ingleses ameaçados pelo poder real, por meio de seus parlamentares, sustentavam que as liberdades oriundas do contrato firmado entre os reis e súditos deveriam ser tratadas como direitos fundamentais, por assim estar declarado e confirmado em vários documentos, em especial na carta magna de 1125, não devendo ser considerados concessões dos reis, mais direitos legais basilares na construção do reino, estando, inclusive, hierarquicamente superiores ao próprio rei. No século XVII, ao final da chamada revolução gloriosa, o Rei Guilherme III acatou imposições do Parlamento como o Ato de Tolerância, que dispunha sobre liberdade religiosa e o *Bill of Rights*, que versava sobre eleições parlamentares, retirava do rei a possibilidade exercer poder moderador, controle de gastos públicos, julgamento por júri, repúdio a punições violentas ou multa, entre outras medidas que protegiam os ingleses (BARROS, 2013). Cabe menção, porém, ao fato que não há controle de constitucionalidade na Inglaterra, porque lá não se fala em superioridade da Constituição, mas do

parlamento, afinal não há um documento formal com status de carta magna (ARANTES, 2013).

As revoluções americanas e sua formação constitucional são demasiadamente importantes para os estudos das bases do ativismo judicial e da judicialização. A formação teve dois momentos distintos: o primeiro é movimento pela independência que levou a construção dos artigos da federação e seu sentimento de pertença e união. Neste contexto, embasado no entendimento de Madison ocorreu o processo de formação constitucional e de um governo nacional, com a ideia de rigidez do texto constitucional e subordinação das novas gerações ao texto já existente. O segundo momento trata da criação de um processo de revisão constitucional, porque no mesmo momento que se criou uma Constituição soberana a todos os entes federados, também surgiu a necessidade de disciplinar, de criar uma relação de subordinação no caso de conflito entre leis constitucionais e a legislação ordinária, criadas individualmente por cada um dos entes da federação (AVRITZER, 2013).

O controle de constitucionalidade, a revisão constitucional ou o *judicial review* foram criados como forma de adequar as normas e os atos do Estado, sujeitar seus representantes e, até mesmo, dos particulares às constituições, que estão no topo normativo.

Cunha Melo (2002) afirma que o federalismo e a separação de poderes e um tribunal superior independente são características do constitucionalismo americano, sendo que, historicamente, as avenças de natureza políticas entre os poderes majoritários são transformadas em questões jurídicas desde o primórdio legal americano. A carta magna americana é um pacto federativo com intuito de conter em uma ordem superior os poderes exercidos pelo executivo e legislativo, que exija para si mecanismos de atuação efetiva para materialização dos contidos em seu corpo. Portanto, o controle de constitucionalidade, essencial para esse movimento de agigantamento do judiciário, decorre dessa arquitetura republicana que tem por pilares a representação política e a limitação dos poderes delegados exercidos por um judiciário independente.

O Sujeito, agora portador de direitos constitucionalmente resguardados, precisava de uma forma de torná-los exequíveis, que foi edificada no controle de constitucionalidade para atuar na contrariedade à Constituição ou na omissão de seu cumprimento. Os sistemas de controle de constitucionalidade são expressões

da superioridade constitucional sobre o ordenamento jurídico infraconstitucional e sobre a atuação do Estado.

Existem três grandes sistemas de controle judicial de constitucionalidade: O *judicial review* americano, o sistema francês e sistema híbrido brasileiro.

O sistema americano teve origem nos Estados Unidos com o julgamento celebre *Madison vs Marbury*. Nesse caso, relatado por Marshall o pedido de Marbury foi negado porque a Corte decidiu que o estatuto que ele se baseava era ilegal, sendo o primeiro caso em que a Suprema Corte institucional previu a possibilidade de revisão judicial das leis pelo poder judiciário (AVRITZER, 2013).

John Adams, candidato do partido do Presidente George Washington, derrotado nas eleições americanas de 1800, no final do mandato e com apoio de seus partidários, aprovou uma lei permitindo a criação e nomeação de juízes. Porém, quando Thomas Jefferson assumiu, nomeou como Secretário de Estado John Madison, que recebeu ordem para não entregar as certidões de investidura com intenção de obstacularizar a assunção ao cargo dos nomeados por Adams e Franklin. Um desses nomeados foi Willian Marbury que, inconformado com a conduta do Secretário Geral, ajuizou ação na Suprema Corte, pleiteando que Madison fosse obrigado a entregar as certidões e então pudessem ser empossados no cargo.

A Suprema Corte American decidiu que, embora Madison tivesse direito ao cargo que foi nomeado, não poderia o judiciário forçar sua efetivação, porque a lei processual utilizada no caso – seção 13 do “*Judiciary Act*” de 1789 –, que dava poder ao judiciário para julgar questões envolvendo mandados contra autoridades federais, foi revogada em 1801. Assim, a corte se viu em uma situação em que, mesmo que concedesse vitória a Marbury, não teria como exigir o cumprimento da decisão.

Em decorrência disto, a corte decidiu que o pleiteante tinha direito ao cargo, mas que o judiciário não poderia se manifestar sobre o tema obrigando a posse porque a lei revogada de 1789 ampliava inconstitucionalmente o poder da suprema corte. Desse modo, a suprema Corte Americana fixou a interpretação de que a legislação infraconstitucional se submete à Constituição, pois só isto justifica a existência de uma carta magna. Segue um trecho da famosa decisão de Marshall:

Os poderes da legislatura são definidos e limitados; e para que esses limites não fossem mal compreendidos ou esquecidos a Constituição

foi escrita. Com que propósito seriam os poderes limitados, e com que propósito essa limitação teria sido posta por escrito, se esses limites pudessem ser ultrapassados, a qualquer momento, por aqueles que pretendiam inibir? [...] é uma proposição muito evidente para ser contestada, a de que, ou a Constituição restringe todo ato legislativo que a contrarie, ou a legislatura pode alterar a Constituição por meio de um ato ordinário. Entre essas alternativas não há meio terno. Ou a Constituição é uma lei superior, suprema, imutável por meios ordinários, ou se encontra no mesmo nível dos atos legislativos ordinários, e, como os outros atos, pode ser alterada quando a legislatura assim o desejar (CUNHA MELO, 2002, p. 67-68).

Além de ser considerado o primeiro caso de controle constitucionalidade e o que deu origem ao controle difuso, é importante marco jurídico por dois motivos: primeiro, a Carta Magna estadunidense não previa quem tinha a palavra final envolvendo a discussão sobre suas próprias disposições e, em segundo lugar, houve recusa do Presidente da Corte em aplicar uma lei infraconstitucional, embasado nos argumentos de que a Constituição devia prevalecer sobre o restante do ordenamento jurídico e que a interpretação da suprema corte deveria ter prevalência à do legislativo por ser, exatamente, interpretar a lei a função do judiciário (NEWELL, 2012)

O caso *Dred Scott v. Sanford*, de 1857, diz respeito à condição de escravo de Dredd Scott, que busca sua liberdade pelo fato de ter mudado de residência com seu dono para um estado que não permitia escravidão. O congresso tinha um ato chamado *The Missouri Compromise*, que proibia a posse de escravos nos novos estados da federação americana, como condição de ingresso na união. Assim, esse ato foi invalidado porque Dredd Scott não tinha capacidade de ingressar em juízo por não ser considerado cidadão, tendo em vista que a suprema corte considerou o ato incompatível com a Constituição, por não se submeter a letra a intenção dela e por fazer clara referência à necessidade de alteração dessa postura ser cabível apenas pela emenda da Constituição. Nesses termos,

[...] é opinião da Corte que um ato do Congresso que proíba um cidadão de manter e possuir propriedade desse tipo no território dos Estados Unidos da América, ao norte da linha aqui mencionada, não se encontra autorizado pela Constituição, e é portanto nulo, e que Dredd Scott, ou qualquer outro membro de sua família, não se tornam livre por terem sido levados para esse território [...] Ninguém supõe que uma mudança nos sentimentos ou na opinião pública em relação a essa raça desafortunada, nas nações civilizadas da Europa

ou nesse país, deva induzir a Corte a dar a palavras da Constituição uma construção mais liberal do que era a intenção quando o instrumento foi elaborado e adotado. [...] Se uma de suas previsões é tida como injusta há um modo prescrito no próprio instrumento por meio do qual pode ser emendado. [...] Qualquer outra regra de interpretação ab-rogaria o caráter judicial desta corte, e a transformaria em mero reflexo da opinião popular ou paixão do dia (CUNHA MELO, 2002, p. 71-72).

*Dred Scott v. Sanford* demonstra uma interpretação judicial chamada fundamentalista, que é presa à intenção original dos feitores da lei. Porém, esse tipo de interpretação se opõe a uma lógica interpretativa atemporal que adéque a norma às novas realidades

Entretanto, o controle de constitucionalidade americana adquiriu fortes traços de ativismo, adentrando em esferas da administração no período do *new deal*, em que a Suprema Corte fez dura oposição ao programa de recuperação econômica e de seguridade social pelo governo democrata, invalidando as principais iniciativas majoritárias. Esse conflito entre executivo/legislativo e o judiciário tinha por tempero a discussão sobre intervenção na economia e propriedade. Os conservadores buscavam no sistema de justiça uma forma de atravancar os avanços democratas na regulação econômica e intervenção na propriedade privada, já os democratas acusam o judiciário de ser um porto seguro dos ricos em contraposição aos interesses da coletividade (CUNHA MELLO, 2002).

O controle constitucional americano é difuso e incidental, o que quer dizer que qualquer juiz pode manifestar sobre a inconstitucionalidade da lei, desde que dentro de um processo que não verse diretamente sobre essa inconstitucionalidade e que os efeitos da decisão sejam apenas entre os litigantes. Assim sendo, a lei não é retirada do ordenamento jurídico, mas as partes são desobrigadas de cumpri-la.

Kelsen se contrapõe ao sistema difuso e cria o sistema concentrado de controle de constitucionalidade, que foi consagrado na Constituição Austríaca de 1920 e depois aperfeiçoado em 1929. Seu modelo buscou manter a legislação sob a égide de uma lei superior e para efetivar essa hierarquia criou um órgão separado e especializado que deveria ser apartado e independente das instituições existentes, seja do executivo, legislativo, seja do judiciário (FEREJOHN, 2012).

Kelsen propõe, por meio de sua teoria, os limites normativos ao Estado, que serão feitos, ao final, pela Constituição. Assim, seu sistema de controle de constitucionalidade tem o Tribunal Constitucional como a maior e definitiva instância

e a Constituição é formada por dispositivos que disciplinam a criação das normas jurídicas, inclusive, as cartas magnas possuem a regulação do processo legislativo. (ABBOUD, 2016),

Este sistema é concentrado e direto, isto é, existe uma corte especializada para julgar a constitucionalidade das leis e a decisão afeta todas as pessoas – não apenas as partes envolvidas – e apenas poucos sujeitos têm legitimidade para pugnar a inconstitucionalidade que pode ser feita de forma direta. Nesse sentido, é pontual a lição do mestre português Canotilho (2000, p. 898) de que:

Chama-se concentrado porque a competência para julgar definitivamente acerca da constitucionalidade das leis é reservada a um único órgão, com exclusão de todos outros. Este tipo comporta uma grande variedade de subtipos órgão competente para a fiscalização tanto pode ser um órgão de jurisdição ordinário (ex. Tribunal Supremo) ou um órgão especialmente criado para o efeito (ex. um Tribunal Constitucional).

O sistema francês, criado pelo legislador Seyes, partia do princípio que apenas o povo deveria guiar o poder constituinte sem interferência do judiciário (BIGNOTTO, 2013), embora seja também concentrado como o austríaco, guarda particularidades que o tornam específico e distinto. Ele é inspirado no temor enrustado na sociedade de que haja uma casta de juízes interferindo na vontade majoritária como no *Ancien Régime*. Melo Filho (2008) explica que há rigor extraordinário na proibição de interferência do judiciário da atividade legiferante. Os franceses entendem que o controle de constitucionalidade tem consequências e vocação política, devendo, pois, ser analisado por uma corte política desatrelada do judiciário.

Em adiantamento, pois será esmiuçado a frente, cabe dizer que no Brasil após um início no sistema difuso, evoluiu para um sistema híbrido de controle de constitucionalidade. Dessa forma, pode ser feito tanto o controle difuso pelos tribunais inferiores, em que qualquer pessoa é parte legítima e os efeitos da decisão são apenas entre as partes ou o STF pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei com efeito para todos. Contudo, o controle não é meramente difuso porque há possibilidade de acionar diretamente o STF como se fosse uma corte constitucional, que poderá declarar a constitucionalidade ou não de uma lei em abstrato. Desse ponto de vista, o STF é quase uma corte constitucional e não é apenas concentrado

porque os juízes e tribunais inferiores têm competência institucional para, ao menos, autorizar a não-aplicação de lei no caso concreto (ARANTES, 2013).

Segundo Campos (2014), a primeira menção ao termo ativismo foi feita no artigo *The Supreme Court*, da revista *Fortune* de 1947, tendo por autor o historiador estadunidense Arthur Schlesinger Jr. e versava sobre as motivações que os juízes americanos tinham em seus julgamentos e como é relevante que a sociedade esteja ciente delas, afinal de contas essas decisões têm excepcionais reflexos em seu cotidiano. O autor dividiu os juízes em dois grupos: ativistas e autorrestritivos, sendo um termo antagônico ao outro. Ativistas se sobrepõem à vontade do legislador porque se consideram propulsores dos direitos fundamentais. Juízes com perfil de autorrestrição entendem que o judiciário não deve intervir no campo político, respeitando a vontade majoritária. Nessa análise, ficou claro que o embate entre os dois grupos acabava por revelar uma discussão maior: a função do judiciário em uma democracia.

Para o autor os juízes ativistas substituem a vontade do legislador pela própria, porque acreditam que devem atuar ativamente na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias, dos destituídos e dos indefesos, “[...] mesmo se, para tanto, chegassem próximo à correção judicial dos erros do legislador [...]”. Ao contrário, os juízes, “[...] campeões da autorrestrição judicial [...]”, têm visão muito diferente a respeito das responsabilidades da Corte e da natureza da função judicial: a Suprema Corte não deve intervir no campo da política, mas agir com “[...] deferência à vontade do legislador [...]”.

Cyrillo e Campino (2010) lecionam que até os anos de 1990 não era comum o êxito em processo requerendo pretensões de saúde, porque o Estado via os dispositivos garantidores desses direitos como normas programáticas. Todavia, a partir de então, teve início um processo de judicialização da saúde no Brasil com os processos judiciais envolvendo os coquetéis antirretrovirais que passaram o lograr êxito recorrente em virtude da aprovação da lei 9.313/96, que garantia distribuição universal e gratuita e medicamentos. Hoje, o programa Nacional DST/AIDS Brasileiro é reconhecido mundialmente como modelo de assistência e atenção aos pacientes.

Quanto ao direito à saúde no Brasil, cabe nota que, antes da edição da Constituição de 1988, não havia direito efetivo à saúde reconhecida. As normas eram mais relacionadas ao controle sanitário, às epidemias, à vacinação e aos

prontos-socorros (SANTOS, 2013), com intuito de “[...] manter a integridade física do trabalhador (ou seja, para evitar que as forças produtivas do Estado fossem enfraquecidas [...] não havia, portanto, uma concepção de saúde ligada à qualidade de vida ou proteção da dignidade da pessoa humana [...])” (PIVETTA, 2014, p. 117). Até aqui, o direito ao atendimento público nessa área era benesse dada ao trabalhador e quem não tinha carteirinha do INAMPS deveria enfrentar as intermináveis filas dos hospitais de caridade, como as Santas Casas (PINTO, 2004).

Para que se tenha uma ideia, até a Constituição de 1967 houve considerações genéricas e inexpressivas sobre saúde pública nas constituições federias. Foi somente início dos anos de 1970, que houve avanço nas lutas pelo direito à saúde que se intitulou Reforma Sanitária Brasileira.

Lenir Santos (2013, p. 62-63) demonstra que, até a atual Constituição, o direito à saúde era disposto em expressões genéricas de competência de iniciativa legislante como “[...] cuidar da saúde e assistência pública [...])” (1934), “[...] normas fundamentais da defesa e proteção à saúde [...])” (1937), “[...] normas gerais de [...] defesa e proteção da saúde [...])” (1946), “[...] estabelecer planos nacionais de educação e saúde[...])” e “[...] normas de [...] defesa e proteção de saúde [...])” (1967) e, em 1969, faz a primeira menção superficial sobre executar políticas de saúde e não apenas legislar sobre o tema: “[...] estabelecer e executar planos nacionais de educação e saúde.”.

Na Constituição Federal de 1988, a primeira Constituição brasileira que reconheceu o direito à saúde expressamente como direito fundamental, O direito a saúde encontra-se previsto, de forma genérica, no artigo 6º – juntamente com os demais principais direitos fundamentais sociais –, bem como nos artigos 196 a 200, que contêm uma série de normas sobre o direito à saúde, algumas das quais serão tratadas mais adiante. A saúde, porém, para além da sua condição de direito fundamental, é também dever. Tal afirmativa decorre - no que diz o Estado – diretamente da dicção do texto constitucional que, no art. 196, dispõe solene e claramente que “[...] a saúde é direito de todos e dever do Estado [...])”, sublinhando a obrigação precípua do poder público para com a efetivação deste direito (SARLET, 2007, p. 07). Assim dispõe a carta magna.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à

infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

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.

É límpido que a atual carta magna tem preocupação de efetivar o direito à saúde, dotando-o de características que o delimitam e o qualificam: universalidade, integralidade e responsabilidade solidária entre os entes da federação. Além disto, a CF/88 criou o SUS – expressamente no artigo 198 – ao dispor que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único.

Em 1990, entra em vigor a Lei 8080/1990 para definir melhor as competências, os limites e a atuação do governo na realização da saúde pública como corolário do Estado Democrático de direito e do cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana na implantação das políticas públicas de saúde. Inclusive, recentemente, o STF deu contorno ao limite da matéria judicializável na área da saúde, por meio das manifestações no julgamento dos processos RE 566471 e RE 657718.

Isto posto, com o fito de atender ao proposto neste trabalho e de melhor fazer a análise conceitual, passa-se agora a trabalhar o conceito de judicialização. Faz-se isto com um enfoque específico no direito à saúde.

## 2 CONCEITOS

### 2.1 CONCEITO DE JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

Judicialização e ativismo judicial, apesar de serem, por vezes, considerados sinônimos, não o são. Os dois termos, a grosso modo, referem-se à transferência do poder majoritária para o judiciário, isto é, as demandas públicas – neste caso específico: a efetivação de direitos fundamentais – têm transferido para os tribunais sua arena.

Os termos se referem, inicialmente, a imponente transferência de autoridade dos poderes majoritários para o judiciário, mas que pode ser visto de duas formas: a primeira corresponde a uma visão normativa com um viés mais positivo referente à constitucionalização dos direitos, a ao controle de constitucionalidade, agindo como forma de aperfeiçoamento da democracia contra a velha tirania das majorias legislativas e/ou de poderes executivos hipertrofiados. A segunda forma é analisada pela ciência política moderna como estratégia na delegação do poder, para, por exemplo, se precaver de custos prováveis de perdas eleitorais que pode vir de decisões importantes (ARANTES, 2013).

Mesmo que haja similitude entre os dois termos, a judicialização se refere ao preenchimento, por omissão dos poderes eleitos, de atividade estatal e o ativismo judicial guarda sua relação com o protagonismo judicial ou, levando ao extremo, com a intromissão nos poderes eleitos pelo elástico de conceitos constitucionais.

Para este estudo, a diferença mais fundamental entre judicialização e ativismo judicial mora na intenção em judicializar e no sentido que ocorre essa transferência de poder/mudança de arena. Assim, se a sociedade confia que o problema será apenas, ou melhor, resolvido pelo judiciário e finda por iniciar um movimento de transferência para aquela arena, ocorre a judicialização. Há, dessa forma, um movimento de fuga da sociedade – pensamento majoritário – para o judiciário, um movimento centrífugo sociedade/judiciário, isto é: judicialização. Porém, se é o judiciário que confia ser o próprio propulsor de mudanças e age com base nessa confiança, imbuindo-se dessas responsabilidades e atraindo para si essas atribuições em um movimento centrípeto Judiciário/sociedade, há um quadro de ativismo judicial. Também deve ser considerado ativismo judicial o protagonismo abusivo e a usurpação de função dos poderes eleitos. Por esse ângulo,

Enquanto o ativismo judicial está umbilicalmente associado a um ato de vontade do órgão judicante; a judicialização de questões políticas ou sociais não depende desse ato volitivo do poder judiciário, mas, sim, decorre da expansão da sociedade (que se torna cada vez mais complexa) e da própria crise da democracia, que tende a produzir um número gigantesco de regulações (seja através de leis, medidas provisórias, decretos, portarias, etc.) e que encontram seu ponto de capilarização no judiciário e, principalmente, nas questões cujo deslinde envolve um ato de jurisdição constitucional (OLIVEIRA et al., 2011, p. 271).

A massificação de processos judiciais ou de procedimentos administrativos inseridos nas práxis jurídicas, no caso específico, sobre a tutela do direito à saúde, está inserida no campo da judicialização e não do ativismo judicial. Werneck Vianna (1999) explica que essa transferência de poder e abertura gigante para atuação do judiciário causam uma capilaridade que permite aos magistrados estender sua atuação sobre quase a totalidade do tecido social. Há uma delegação da vontade do poder soberano a um órgão técnico e especializado em dizer o direito e a substituição da atuação do estado “[...] benefactor por uma justiça providencial [...]” (WERNECK VIANNA, 1999, p. 43). Além disto, a 200 judicialização existe quando a atuação do judiciário for provocada pela sociedade, quando for realizado de ofício pelos órgãos judicantes guarda relação mais íntima com ao ativismo judicial, porque antagoniza com o dever de autorrestrição do judiciário (WERNECK VIANNA, 2012).

Por outro lado, ocorre o ativismo quando há uma falta de atividade legislativa e o judiciário a preenche por ato de sua iniciativa, redefinindo os contornos da lei, como, por exemplo, nos casos do reconhecimento das uniões homoafetivas, ou ainda, quando o judiciário se infla de poder, elastece conceitos e segue no limite – ou exorbita – sua competência para realizar determinadas mudanças, o que é o caso da Operação Lava Jato. Deste modo, Nobre (2013, p. 381) explica que o “[...] ativismo judicial resulta de atuação do judiciário, reflexa de posturas progressistas ou conservadoras de cortes superiores, em questões de alta complexidade e cuja competência para a decisão se situaria fora do alcance das atribuições judiciais [...]”.

Finalmente, Ran Hirschl (2000 apud MOREIRA, 2012) distingue três tipos de judicialização: a) a colonização da esfera política pelo discurso jurídico e suas praxes que tornam ambientes antes majoritários, agora jurídicos com discurso próprio e elitizado; b) as determinações judiciais sobre políticas públicas – clássicos exemplos de judicialização em sentido estrito; e c) a judicialização da política pura

configurada pela transferência de poder para os tribunais de questões da máxima relevância política, como legitimidade de regimes e de identidade coletiva. Tais casos são exemplos de ativismo judicial, tanto é que Gisele Cittadino (2002) aponta que ativismo judicial é um processo de judicialização da política.

## 2.2. CONCEITO A DIREITO À SAÚDE E SUA EXTENSÃO

A Organização Mundial de Saúde no preâmbulo de sua Constituição, define saúde como

[...] 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.

Isto significa dizer que saúde é um direito fundamental e universal do ser humano, não englobando apenas a cura ou prevenção de doenças, mas todo arcabouço de direitos que influenciam em uma vida sadia, como boas condições de trabalho, lazer, saneamento, etc. Então,

Saúde é uma questão complexa, por ser um conceito difuso, por não resultar apenas de fatores biológicos e genéticos, decorrendo também de fatores socioambientais, econômicos e culturais e do estilo de vida a que a pessoa está exposta. Isso tudo tem sérias implicações para a garantia desse direito, por impor deveres e jurídicos ao Estado e à sociedade, e pela necessidade de delimitar seu conteúdo em um patamar aceitável, para demarcar as prestações obrigacionais do Estado (SANTOS, 2010, p. 28).

O atual conceito do direito à saúde, suas características e extensão, está inicialmente disposto na Constituição Federal, já no artigo 1º, pois apresenta-se como princípio do Estado Democrático de Direito e dignidade da pessoa humana que, juntamente com o direito à vida, disposto no art. 5º, resultam no direito à saúde. O art. 6º elenca o direito à saúde como direito social e no art. 7º a saúde consta como direito do trabalhador. Mais especificamente no art. 196 e seguintes, a saúde está presente como um dever Estado voltado a um tratamento igualitário, integral e universal, garantido mediante políticas públicas e, para tanto, cria-se o Sistema

Único de Saúde (SUS). Nesse diapasão, a Lei 8080/90 dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços de saúde. Esse diploma legal corrobora a jusfundamentalidade do direito à saúde, a responsabilidade do Estado em sua materialização, pormenoriza o funcionamento e competências do SUS e reafirma as características de universalidade e integralidade do indigitado direito.

O direito à saúde é reconhecido pela literatura específica como direito fundamental social, que deve ser obrigatoriamente realizado pelo Estado sob pena que seja exigido judicialmente. Portanto, o direito à saúde é um direito prestacional que exige uma atuação positiva do Estado para sua concretude. Dessa maneira, Alexy (2014) afirma que são direitos do indivíduo perante o Estado a algo que o indivíduo faria por si próprio se tivesse como arcar e houvesse oferta desse bem.

Sendo um direito, a prestação finda por ter características a obrigatoriedade de atuação positiva, fática e normativa que, em sentido lato, inicia-se com a imposição de que o poder público crie medidas de proteção, por meio de mecanismos que protejam a esfera individual e coletiva dos cidadãos. Porém, em sentido estrito, a atividade estatal deve ser mais direta na efetivação do direito à saúde, como, por exemplo, na construção de hospitais, na vacinação, no atendimento digno nos órgãos públicos, no fornecimento de medicamentos, entre outros. Em consequência do seu reconhecimento como direito fundamental, ocupa um lugar mais alto na hierarquia das normas em virtude de sua constitucionalização que o transforma de difícil supressão pelo legislador e, especialmente, são normas imediatamente aplicáveis e exigíveis pelos cidadãos por força expressa da própria Constituição (PIVETTA, 2014). Convergindo, Sarlet (2007, p. 09) aponta:

Assim, o direito à saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como – e esta é a dimensão mais problemática – impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames de mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde.

Apesar desse reconhecimento teórico, além da ineficiência do Estado em prover saúde, há discussões de ordem teórica sobre a exigibilidade do direito à saúde por via judicial. Tal aspecto será melhor discutido mais amplamente nos capítulos em que for tratado sobre o programa e as listas oficiais, a reserva do possível e o caráter programático do direito à saúde. Claro que, em algum ponto, há limites ao direito à saúde e esse problema é maior quando se leva em conta os pedidos individuais de saúde que não constam nas políticas públicas que são franqueadas a toda população. Tão grande é a discussão que, recentemente, o STF deu contorno ao limite da matéria judicializável na área da saúde por meio das manifestações dos Ministros Marco Aurélio de Melo, Luís Roberto Barroso e Edson Facchin no julgamento dos processos RE 566471 e RE 657718.

O relator Marco Aurélio de Melo define da seguinte maneira:

O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil, e assegurado o direito de regresso.

O Ministro Luís Roberto Barroso apresentou cinco requisitos que devem ser preenchidos cumulativamente para obtenção dos medicamentos por via judicial: incapacidade de arcar com o medicamento; não haver decisão expressa dos órgãos responsáveis em não colocar o medicamento da lista oficial; inexistência de sucedâneo; comprovação de eficácia; e propositura do processo contra a União:

O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sem eficácia e segurança comprovadas, em nenhuma hipótese. Já em relação a medicamentos não registrados na Anvisa, mas com comprovação de eficácia e segurança, o Estado somente pode ser obrigado a fornecê-los na hipótese de irrazoável mora da agência em apreciar o pedido de registro (prazo superior a 365 dias), quando preenchidos três requisitos: 1) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; 2) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e 3) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União.

Já o Ministro Edson Facchin, que foi o último que votou antes de ser dada vista dos autos ao Ministro Teori Zavascki, define que a matéria judicializável há de ter sido requerida primeiramente ao órgão responsável, isto é, a negativa do fornecimento pelo Estado não pode ser presumida, medicamento deve ser, preferencialmente, receitado por médico do Estado, não deve ser receitado pelo nome comercial, deve ser justificada a ausência ou ineficiência do medicamento fornecido pela Administração e a feitura de laudo pela administração, em que seja demonstrado a necessidade do tratamento, a eficácia do medicamento proposto e a viabilidade de substituição por medicamento existente na rede pública.

Desse modo, o direito saúde se refere ao direito a um tratamento eficaz para cada moléstia, sendo, preferencialmente, o tratamento previsto nos programas de saúde e, apenas não existindo terapêutica oficial pode ser pleiteado diverso, o que deverá seguir uma ordem de possibilidade de êxito no processo, devendo iniciar pelos tratamentos homologados pelas agências reguladoras e, apenas em último caso, na inexistência de tratamento presente nas políticas públicas e na inexistência de tratamento autorizado pela ANVISA, poderá, por via judicial, ser concedido outro diverso.

Há que esclarecer dois pontos: primeiro, esse tratamento deverá, preferencialmente, ser indicado por profissional da rede pública, o que atestaria a inexistência de outra medida viável nesse meio, segundo, não cabe ao paciente escolher entre um tratamento público e um privado, quando o primeiro for eficaz.

### 3 CAUSAS DA JUDICIALIZAÇÃO E DO ATIVISMO JUDICIAL

Judicialização e o ativismo judicial são causados ou encontram solo fértil para se desenvolver por diversos motivos, não por falta de rigor técnico, mas por fatores práticos e, considerando que essas causas não serão estudadas profundamente, todos esses elementos serão tratados como “causas”. Após árdua e multidisciplinar pesquisa, elas restaram restringidas a oito causas de judicialização que envolvem, basicamente, vácuo de poder deixado tanto pelo poder executivo quanto pelo legislativo, ambiente democrático, politização e empoderamento do judiciário, constitucionalização e controle de constitucionalidade pelo judiciário.

#### 3.1 SISTEMA POLÍTICO DEMOCRÁTICO, SEPARAÇÃO DOS PODERES E EXERCÍCIO DOS DIREITOS POLÍTICOS

A democracia, segundo O'Donnell (2011), pressupõe que o ser humano seja um agente que adquiriu, por meio de processos históricos, o reconhecimento e amparo legal como um sujeito de direitos de cidadania não só política, mas civil, social e cultural. Assim, resumidamente, é o sujeito que sabe e consegue exigir cumprimento dos seus direitos.

Nessa esteira, essas primeiras causas de judicialização chegam ao ponto de pecar pela obviedade. Elas se referem à existência e o respeito das/às regras de participação democrática e influência nas decisões do Estado, ainda que indiretamente, mas sem limitações de cunho autoritarista. Em resumo, para que possa existir terreno fértil para surgir judicialização, antes de tudo há de existir direitos a serem exigidos, um sistema judiciário com força para exigir e a liberdade da pessoa exigir cumprimento, e, normalmente, essa relação está presente apenas em estados democráticos e com separação dos poderes.

Essas causas foram apontadas no famoso estudo *The Global Expansion of Judicial Power* de Tate e Vallinder, de 1995. Eles demonstram que, apesar de muito estudiosos considerarem a judicialização uma ameaça à democracia, por interferir nas decisões dos poderes eleitos, na vontade da maioria e retirar a responsabilidade da sociedade por essas decisões, a judicialização, preferencialmente, floresce em sociedades democráticas, sendo improvável encontrá-la fora de ambiente democrático. É muito difícil imaginar que um ditador, independentemente do seu

uniforme ou ideologia, convide ou permita que um juiz, ainda que notadamente independente e imparcial, aumente seu poder e aja sobre importantes decisões que afetem a estrutura de poder de políticas públicas, ainda mais se esta judicialização traz decisões que um líder autoritário tomaria sozinho e imediatamente para discussão e definição na seara do direito.

Há significativo consenso doutrinário no sentido de que a principal causa para a expansão do Judiciário é a afirmação da democracia. Há aqui intrigante paradoxo: embora recorrentemente criticado por ser antidemocrático, o controle de constitucionalidade é, sobretudo, um produto da democracia, e tende a expandir-se em compasso com sua ampliação. Desta forma, a relação que se verifica entre democracia e controle de constitucionalidade se pauta pela sinergia, e não pela mútua exclusão. Com efeito, as democracias bem ordenadas fomentam a expansão do Judiciário por diversas razões (BRANDÃO, 2013, p. 187-188).

Continuando, Tate e Vallinder (1995) afirmam que a separação de poderes que permite independência e harmonia entre as partes, ao outorgar mesmo peso ao judiciário, acaba por permitir que este influencie na esfera política, até mesmo contra ou em concorrência com os outros dois poderes. Da mesma forma, a divisão do poder provocado pelo federalismo e pela separação dos poderes gera maior fracionamento do poder político e o que provoca conflitos entre os entes é resolvido pelo judiciário (BRANDÃO, 2013). Nesse sentido,

A estrutura tripartite de organização dos poderes do Estado (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário), com o reconhecimento da independência e autonomia de funcionamento a cada um dos poderes, o que propicia maior respeitabilidade as suas decisões e/ou atuação. Nos regimes tripartites, o Poder Judiciário desfruta de prerrogativas que o autorizam e o legitimam a atuar como poder limitador dos atos e decisões dos outros poderes do estado. Dessa forma, o Judiciário age tanto como um poder legislador negativo, quando suspende a eficácia da norma ou parte dela, como atua, também, como legislador positivo, quando interpreta, aplica e define o sentido e a abrangência do texto normativo (VERBICARO, 2008, p. 390).

Ademais, a separação dos poderes que é apontado como causa tem em seu ferimento umas das críticas que se faz à judicialização e ao ativismo judicial. Um dos mais famosos críticos foi John Hart Ely, em *Democracia e Confiança* (2010). Uma Teoria do Controle Judicial do Controle de Constitucionalidade afirma que a

interferência do judiciário nas decisões do legislativo mitiga a importância do processo eleitoral, que não deveria ter seu valor decisório diminuído por atuação externa, por ser sua responsabilidade formular os cursos da ação política e não do judiciário. Ely (2010, p. 8) conclui afirmando que não é desejável que um órgão que não foi eleito ou que não foi dotado de nenhum grau significativo de responsabilidade política diga aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam.

Ainda, Tate e Vallinder (1995) consideram, que a existência de direitos políticos, mesmo que não inscritos formalmente na legislação – por exemplo, em Israel –, como mais importante causa da judicialização. O que é necessário é o reconhecimento da existência desses direitos e liberdade para buscá-los, e também que o indivíduo ou as minorias possam tê-los efetivados contra a vontade da maioria. Quando a legitimidade para obtenção dessa eficácia de direitos é do poder judiciário e ele se torna o principal ator da realização do direito pleiteado, está-se diante de judicialização e ativismo judicial.

### 3.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO NO PÓS-GUERRA E O RESGATE DA TEMÁTICA DA LEGITIMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Historicamente, o resgate das questões envolvendo o reconhecimento, a formalização e a efetividade dos direitos fundamentais contemporâneos encontraram solo fértil na trágica situação proporcionada pelas duas guerras mundiais, suas atrocidades e seus regimes autoritários.

Até aquele momento, existia um modelo de Estado legislativo de direito, em que a Constituição era apenas um documento político que não continha normas diretamente aplicáveis – portanto exigíveis – e fixava apenas poucas diretrizes que deveriam ser desenvolvidas pelo legislador ou pelo administrador. Ainda, não existia mecanismo eficiente de controle de constitucionalidade vigendo uma centralidade das leis e do parlamento. Com a constitucionalização dos direitos fundamentais, resta criado nas cartas magnas limites para criação de leis e funcionamento do Estado, vigorando uma centralidade da Constituição e um protagonismo judicial para sua interpretação em um Estado Constitucional (BARROSO, 2010). Nesse sentido:

Na Europa, o fim da II Guerra Mundial acelerou o surgimento dos tribunais constitucionais. Nesse ponto, os direitos humanos tiveram um papel fundamental, principalmente a Corte de Direitos Humanos de Estrasburgo, por ter disseminado o 'evangelho' da judicialização nos mais diversos países (CARVALHO, 2004, p. 117).

Segundo Verbicaro (2008), a possibilidade de judicialização reside não apenas na criação de direitos fundamentais e mecanismos para sua efetivação, mas na indeterminação dos conceitos e extensão desses direitos que buscam que sua clareza seja dada pela figura do magistrado que, por conta disto, tem uma maior discricionariedade no estabelecimento dos direitos e sua aplicação, ao ponto de cometer atos contramajoritários.

É nesse cenário de maiores atribuições, liberdade e responsabilidade que se situa o principal desafio do Poder Judiciário: ter uma atuação capaz de garantir a plena realização dos direitos fundamentais dos indivíduos; de conferir eficácia aos programas de ação do Estado (políticas públicas); de promover a igualdade e a inclusão social, em um contexto de crise do Estado, crise do direito e crise da justiça (VERBICARO, 2008, p. 396).

A declaração Universal dos Direitos dos homens de 1948 é um importante marco dessa luta, mas há exemplos anteriores como a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia de 1776 e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 – todas buscando ideais de liberdade, igualdade e respeito à dignidade da pessoa humana.

Vladimir Oliveira da Silveira (2011 apud Franco, 2011) divide a história dos direitos humanos em três etapas: 1) Pré-história e direitos da idade média e antiga; 2) Declaração da Idade Moderna (Séculos XVI, XVII e XVIII; e 3) Declaração da Idade Contemporânea culminada com a Declaração Universal do Direitos Humanos. Entretanto, foi após a primeira grande guerra que se começou com a positivação dos direitos fundamentais, sendo o primeiro grande exemplo desse movimento, que iniciou o Estado Social e garantista, a Constituição Mexicana de 1917, seguida pela Constituição de Weimar.

Pode-se afirmar que, politicamente, o Século XX se inicia na América Latina com a Revolução Mexicana de 1911, que originou uma Constituição extremamente inovadora e anterior a de Weimar. Com essa carta, o México foi pioneiro mundial no que chamado constitucionalismo social. Ela incluiu direitos trabalhistas e sociais

inéditos em todo mundo, a reforma agrária, a relativização do caráter absoluto da sociedade e tinha forte caráter nacionalista, em especial na proteção dos recursos naturais (DOMINGUES, 2013).

Em que pese à existência de momentos históricos extremamente importantes em que os direitos fundamentais foram perseguidos pela sociedade, essa preocupação, no pós-guerra, levou a necessidade de constitucionalização desses direitos, ou seja, eles foram escritos e imbuídos de segurança de sua existência. Inclusive, o artigo VIII da Declaração dos Direitos dos Homens prevê a possibilidade de busca judicial de concretização dos direitos fundamentais: “Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei.”

Diante do quadro das duas primeiras guerras, Charles Peçanha (2002) afirma que o constitucionalismo liberal surgiu, na formalização de direitos fundamentais por meio de uma Constituição escrita – estável e de difícil alteração e amesquinamento de suas prescrições – que reconheça os direitos fundamentais, assegure a divisão de poderes e possibilite participação no processo legislativo por meio de uma assembleia. A Constituição deve ser norteada pela proteção do indivíduo diante do Estado, baseado na premissa que ao indivíduo é permitido fazer tudo que não seja proibido por lei; enquanto o Estado apenas pode fazer o que estiver prescrito expressamente em lei.

No Brasil, isto fica bem claro nos anos 1970 com o surgimento de movimentos de defesa dos direitos humanos, especialmente os relativos à integridade física e à vida, em vista do regime militar. Nos anos 1980, foi mais notável a busca dos direitos fundamentais relativos à participação política e aos mecanismos para garantir a efetiva participação, culminando com a promulgação da Constituição federal que integrou a si todos os direitos da declaração da ONU. Nos anos 1990, a preocupação se mostra maior com a violação dos direitos fundamentais das classes mais populares e com a busca de políticas para inclusão social (CITTADINO, 2002).

No Brasil, apenas com a Constituição de 1988, bem como com a doutrina e jurisprudência, passou-se a reconhecer o caráter vinculativo e obrigatório das normas insertas no texto constitucional. Com esse movimento, não apenas se reconheceu a força jurídico-normativa da Constituição, como também foi ela alçada ao topo da hierarquia das fontes do direito. Ou seja, não mais a Constituição estaria na dependência da atividade conformadora da legislação

ordinária, mas sim a atividade legislativa passa a subordinar-se aos comandos insculpidos no texto constitucional. Essa é a passagem da chamada 'superioridade da lei' para a 'supremacia da Constituição' (PIVETTA, 2014, p. 85).

Uma das provas de que a judicialização foi promovida e ainda é catalisada pelo resgate da temática dos direitos humanos e a sua constitucionalização é a judicialização feita por tribunais, comissões e cortes internacionais que são praticamente judiciais e tratam sobre direitos humanos, crimes de guerra, acordos comerciais, sanções comerciais e econômicas, governança internacional, assuntos monetários, regulamentação e julgamento de questões envolvendo grupos de países, normatização internacional de proteção do trabalhador, etc.

Assim os direitos humanos de apresenta como causa de judicialização porque não basta exigir que os direitos fundamentais estejam formalmente escritos, há de existir uma estrutura jurídica para mobilização da sociedade que seja capaz de servir de suporte para que seja semeada mudança social na comunidade. Ocorre que essas mudanças, se forem primordialmente realizadas no campo jurídico, em vez de criadas pela política majoritária, resultará em judicialização para a realização e proteção dos direitos fundamentais (HIRSCHL, 2009).

No Brasil, o processo de redemocratização iniciado em 1985, após 21 anos de regime de exceção, instaurado com o golpe militar de 1964, culminou com refazimento do pacto político-social, resultando na promulgação da Constituição de 1988, que serve de marco jurídico do reencontro da nação com a democracia. A partir daí, verifica-se o desabrochar de um processo cada vez mais intenso de ratificação, pelo Brasil, de inúmeros tratados internacionais globais e regionais visando à proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana. Dessa forma, a atual Carta da República não só instituiu um regime político-democrático, como promoveu um inegável avanço no campo dos direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que os direitos humanos assumem extraordinário relevo na nova ordem constitucional, sem precedentes na história do constitucionalismo brasileiro. A começar de seu preâmbulo, a Constituição deixa de logo estampado o compromisso ideológico e doutrinário com os direitos humanos fundamentais como alicerce básico do Estado democrático de direito, ao anunciar que este se destina 'a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos' [...] (ROCHA, 2006, p. 544).

Enfim, essa constitucionalização dos direitos fundamentais nos pós-guerras mundiais que findaram por trazer um modelo de *judicial review* vigoroso, de legitimação dos direitos fundamentais, com vistas a evitar a tirania da maioria, e criou mecanismos de efetiva concretização dos dispositivos constitucionais centrado no poder de atuação do judiciário, presta-se a possibilitar um protagonismo judicial, especialmente no caso de vácuo da atuação dos poderes eleitos e abuso dos grupos mais poderosos.

### 3.3. REDEMOCRATIZAÇÃO E A PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O ativismo judicial e a judicialização dependem do deslocamento do poder majoritário para o sistema de justiça, seja por protagonismo judicial, seja para preenchimento de vácuo de poder majoritário. Assim sendo, no Brasil, não há maior exemplo do que a redemocratização que culminou com a edição da Constituição em 1988 que, de maneira simplista, mitigou e deslocou o poder autoritário para um poder constitucional, que é melhor moldado para ser protagonizado pelos operadores do direito.

Segundo o Ministro Barroso (2015), antes da constituinte de 1988 era perceptível que o que causara o fracasso do Estado de Direito era a falta de seriedade com os preceitos constitucionais; a distância entre direito e justiça, a lei e a realidade, o ser e o dever ser. Amaral Júnior (2011, p. 5) afirma que “[...] havia, então, uma insinceridade normativa, pois os enunciados constitucionais frequentemente assumiam formas lapidares para serem em seguida solapados ou esvaziados [...]”. Diante desse quadro, a carta magna não passava de mero documento em papel que quando muito servia a dominação ideológica repleta de promessas que não seriam cumpridas. Não havia um sentimento real e profundo de pertença e respeito a lei maior por parte dos grupos dominantes, que sempre trabalharam em sua própria realidade de poder. Com a promulgação da Constituição Cidadã, todavia, iniciou-se uma luta – teórica e judicial – para respeito e efetivação da Constituição.

A partir da década de 1980, embalados pela ebulição da abertura política e pelo processo de redemocratização, a expansão da defesa jurídica popular influencia e é influenciada pelo maior ativismo dos

movimentos sociais e pelo processo de construção de um pensamento jurídico alternativo e crítico [...]

A redemocratização e o novo marco constitucional deram maior credibilidade ao uso da via judicial como alternativa para alcançar direitos. Sem surpresa, os instrumentos jurídicos que estavam presentes no período autoritário, como a ação popular e ação civil pública, passam a ser largamente utilizados só depois de 1988. Um caso exemplar do recurso à intervenção judiciária para tentar impedir o desmantelamento do Estado desenvolvimentista brasileiro foi o das várias ações judiciais propostas para anular os editais de privatização das empresas estatais, sobretudo durante o governo Fernando Henrique Cardoso (SANTOS, 2011, p. 43).

A redemocratização do país, o fim do regime militar e a promulgação da Constituição de 1988 são fatores que desencadearam em maior protagonismo e influência do judiciário no campo político, servindo, pois, de cenário para o surgimento de ativismo e judicialização. Na verdade, até o início da redemocratização culminada com promulgação da carta magna não existia protagonismo judicial, o judiciário era mais acusado de “[...] omissão e de acumplicamento em relação aos ‘donos do poder’ do que à acusação de excesso de ativismo [...]”. (CAMPOS, 2014, p. 145). Saiu-se, dessa maneira, do período militar para o exercício de uma jovem democracia baseada em uma Constituição de amplo espectro com diversos dispositivos, direitos e formas de exercê-los. Segundo Cardoso (2015, p. 127),

No que diz respeito à redemocratização do País, destaca-se, neste cenário, o fim do regime ditatorial e o verdadeiro fortalecimento do Poder judiciário em todas as suas esferas. Destaca-se, inclusive, o fortalecimento do Ministério Público e das Defensorias Públicas, instituições de grande relevância para o Direito/Justiça. Características que, de fato, ratificam o político do Judiciário.

Então, se hoje nos é permitido discutir a existência de judicialização, isto se deve a sociedade brasileira que foi capaz de ultrapassar um período ditatorial e reconstruir o Estado de Direito, promulgando uma carta de direitos de imensa envergadura com diversos mecanismos – formais e materiais – para dar efetividade aos seus princípios, que dependem não só da atuação dos tribunais, mas também de um certo nível de pressão e mobilização política sobre esse mesmo judiciário (CITTADINO, 2002). Portanto, a Promulgação da Constituição Federal é, na verdade, um marco de transição entre um momento de autoritarismo para um momento democrático participativo.

O texto constitucional demarca a ruptura com o regime autoritário militar instalado em 1964, refletindo o consenso democrático 'pós-ditadura'. Após vinte e um anos de regime autoritário, objetiva a Constituição resgatar o Estado de Direito, a separação dos poderes, a Federação, a Democracia e os direitos fundamentais, à luz do princípio da dignidade humana. O valor da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1, III, da Constituição), impõe-se como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação do sistema constitucional (PIOVESAM, 2010, p. 975).

A redemocratização do país, que culminou com a eleição de Tancredo Neves em 1984, foi resultado de dois fatores presentes naquele momento na cultura política brasileira: a) uma razão, um ideal republicano que valoriza a esfera pública e reconhece no Estado a principal força ordenadora da sociedade; b) uma cultura que privilegia a livre iniciativa que busca que serviram, juntas, para aprofundar as divisões dentro das forças políticas vigentes, fazendo o país superar o regime militar (WERNECK VIANNA, 2014).

De maneira resumida, pode-se afirmar que a tradição brasileira anterior a 1988 é de pouca autonomia do poder judiciário, sendo que o executivo era notadamente o poder mais ativo. Isto muda com a Constituição de 1988 que, em conformidade com o disposto nos artigos 102 e 103, inovou nas prerrogativas do judiciário. O artigo 102 colocou a revisão judicial com status de princípio constitucional e o artigo 103 aumentou o rol de legitimados a propor ações diretas de inconstitucionalidade. Já o inciso LXX III do artigo 5º dispõe sobre a possibilidade de qualquer pessoa ser sujeito ativo contra do Estado na proteção dos direitos que possam ser atingidos por ato do Estado lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e à cultura (AVRITZER, 2013).

Essa expansão constitucional de poder realizada pela carta de 1988 não ficou reservada àquele momento. Um exemplo disto é a edição artigo 103-A pela emenda constitucional 45 de 2004, que criou a súmula vinculante que é, em última análise, produção legiferante do judiciário. Porém, esse instituto sofre a crítica que o Supremo vem utilizando esse instrumento como forma de ampliação do seu poder, passando por cima dos limites estabelecidos para edição e, assim, criando normas gerais e abstratas, além do autorizado pela Constituição (CAMPOS 2014).

Apenas com a promulgação da Constituição de 1988 a Defensoria Pública e o Ministério Público, integrantes do sistema de justiça, foram imbuídos de efetivo poder para a atuação incisiva na preservação dos direitos insculpidos nela própria.

A assistência judiciária no Brasil é acompanhada de perto por processo da redemocratização e ampliação do acesso à justiça. No caso específico da evolução das Defensorias Públicas, isto já foi previsto na Constituição de 1934 como assistência judiciária, mas apenas a partir da Constituição de 1988 que surgiu a Defensoria Pública com esse nome e prerrogativas (MARONA, 2013). O Ministério Público, por exemplo, conseguiu, por meio da Constituição de 1988, ser apartado do Poder Executivo, sendo-lhe concedido independência funcional e administrativa para exercer a função de guardião e fiscal dos direitos da sociedade (ARANTES, 1999). Contudo, Rogério Bastos Arantes (2002) alerta que, apesar de ser uma afirmação relacionando o Ministério Público à promulgação da Constituição de 1988, ele já estava se estruturando antes disto<sup>1</sup>. Neste sentido,

Ela [a Constituição de 1988] também arremessou as instituições judiciais à esfera política quando ampliou as formas de controle judicial da constitucionalidade de atos normativos do Executivo e de leis do Parlamento. Foi além nesse sentido quando retirou o Ministério Público da alçada do Poder Executivo, conferindo-lhe autonomia administrativa e independência funcional, deslocando-o da tarefa de defender o Estado para a condição de fiscal e guardião dos direitos da sociedade (ARANTES, 1999, p. 84).

A ampliação do acesso ao STF e o empoderamento dado à magistratura e ao Ministério Público, a formatação de uma defensoria pública, os Tribunais de Contas, os direitos fundamentais e os mecanismos para a busca de efetivação destes, conseguidos com a promulgação de uma Constituição Cidadã, foram comemorados como medidas democratizantes, frutos de um constitucionalismo democrático e do manuseio da Constituição que foi franqueada a uma ampliada comunidade de intérpretes que, em teoria, retira o poder de um campo arbitrário e o leva para o campo de direito que, ainda em teoria, consegue ser muito justo e mais acessível do

---

<sup>1</sup> Os principais elementos desse novo Ministério Público já estavam dados: fiscal da constitucionalidade das leis e atos normativos dos poderes políticos, desde o início do regime militar; guardião do interesse público ampliado, desde 1973; instituição definida como permanente e essencial à prestação jurisdicional, desde 1981; e, finalmente, agente principal da defesa dos interesses difusos e coletivos pela Lei da ação civil pública de 1985 (ARANTES, 2002).

que era quando estava dentro de uma sociedade regida pelo autoritarismo militar e econômico.

### 3.4 CONSTITUIÇÃO ANALÍTICA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE HÍBRIDO

A possibilidade de intensa litigiosidade no sistema brasileiro contribui para a judicialização e o ativismo judicial. Tal situação pode ser gerada pelo controle de constitucionalidade que é muito abrangente – em matérias, ferramentas e legitimados – e pelo fato da Constituição ser analítica. Afinal, resta límpido que, se muitos atores podem atuar em muitas matérias de alçada constitucional, inclusive atingindo leis e políticas públicas, isto causa ativismo e judicialização. Assim:

Sendo a Constituição norma hierarquicamente superior às demais manifestações do Estado, parece natural que, quanto mais amplo for seu conteúdo, mais matérias terão sido retiradas do alcance do legislador ordinário. Precisamente por competir ao Judiciário zelar por essa supremacia por meio do controle de constitucionalidade, quanto mais abrangente for a Constituição, tendencialmente maior será o espaço de atuação do Judiciário, e menor será o do Legislativo. Por outro lado, o grau de dificuldade do processo de reforma constitucional guarda uma relação de direta proporcionalidade com a rigidez constitucional, na medida em que, quanto mais difícil for a alteração da Constituição, menor será a possibilidade de futuras majorias alterarem as normas constitucionais e aprovarem emendas constitucionais superadoras de decisões judiciais. Assim, a maior exigência do processo de reforma constitucional tende a reduzir o espaço de atuação do Legislativo e a ampliar o do Judiciário (BRANDÃO, 2013, p. 200).

A Constituição de 1988 normatizou as relações sociais ao máximo, como é comum nos processos de redemocratização e, além de garantir direitos individuais, estabeleceu direitos sociais, coletivos e metas. A extensão, complexidade e o detalhamento dos direitos dispostos em seu texto, adido ao amplo controle de constitucionalidade, são respostas contra abusos historicamente cometidos pelo estado, por grupos de interesse, ou em virtude da opressão das minorias. Porém, essa pormenorizada previsão de direitos aumenta, sobremaneira, a possibilidade atuação e intervenção do judiciário, possibilitando-lhe influir no processo de decisão política (SADEK, 2004).

É importante explicitar que as constituições sintéticas são aquelas mais concisas, enxutas, portando apenas previsões fundamentais do Estado. O fato de

não serem minuciosas e de serem estruturais as torna mais duradouras, estáveis com flexibilidade de interpretação, que as permitem se adaptar as necessidades modernas, sem esbarrar em profusa quantidade de artigos. Exemplo disto é a Constituição Americana que tem mais de 200 anos e poucos artigos. Já as constituições analíticas são mais extensas e tratam, explicitamente, de todos os assuntos que o plano político entenda fundamentais. Isto acontece porque o legislador tem o intuito de dar status de proteção constitucional a certas matérias e criar garantias que, pela rigidez e extensão de uma Constituição analítica, essas disposições sejam preservadas (LENZA, 2009).

A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas (BARROSO, 2012, p. 04).

A amplitude do sistema de controle de constitucionalidade – ou *judicial review*<sup>2</sup> – tem por fundamento que a Constituição é expressão do interesse geral, mas também que as maiorias podem abusar do seu poder e agir contra o interesse geral e que esse sistema serve para recompor o interesse geral. Conforme explicitado nos capítulos anteriores, pela carta de 1988 foi consolidado o sistema híbrido de controle de constitucionalidade, sendo o resultado da aproximação e da distorção dos sistemas difusos (ou concreto) e concentrados (ou abstrato). Ele não é somente difuso porque também possibilita ação do STF quase como corte constitucional, fazendo o controle abstrato de leis e atos normativos, com efeitos de suas decisões sobre toda coletividade. Por outro lado, não é apenas concentrado porque a Suprema Corte não tem exclusividade no controle de constitucionalidade, afinal qualquer juiz pode se manifestar sobre a inconstitucionalidade, afastando os efeitos nos casos concretos, com efeitos apenas entre as partes (ARANTES, 1997, 2013).

---

<sup>2</sup> Tratarei as duas expressões como sinônimos, como boa parte da doutrina brasileira. Contudo, outros utilizam o termo *judicial review* apenas para o controle de constitucionalidade estadunidense.

Quanto ao controle difuso, não é definido um único tipo de ação, sendo possível exercer tal controle especialmente por meio das ações constitucionais: habeas corpus, o habeas data, o mandado de segurança, o mandado de injunção, a ação civil pública e a ação popular. O controle concentrado pela Constituição de 1988 e suas posteriores alterações permitiram a multiplicidade de legitimados ingressar em juízo, podendo até mesmo obter liminares com suspensão de efeitos de atos e leis. São ações típicas do controle abstrato de constitucionalidade, da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e da arguição de descumprimento de preceito fundamental (MENDES, 2008).

Ainda nessa lógica, o Ministro Barroso explicita:

No Brasil, como assinalado, a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio. Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura. Nesse contexto, a judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário (BARROSO, 2010, p. 08).

Assim, de maneira simplista, o controle de constitucionalidade aplicado sobre atos e normas do Estado em todos os níveis podem ser embasados, logicamente, em ofensas a dispositivos constitucionais. Logo, quanto maior o número de dispositivos constitucionais, maior a possibilidade do *judicial review*. Aliado a isto, o sistema de *judicial review* brasileiro é muito amplo pois une as possibilidades do controle difuso e concentrado.

Trata-se de um sistema híbrido de controle de constitucionalidade que outorga ao Poder Judiciário, especialmente ao Tribunal Constitucional, uma posição de destaque à efetivação dos direitos fundamentais constitucionais dos cidadãos, propiciando condições facilitadoras ao surgimento do fenômeno da judicialização da política no Brasil. A existência de um efetivo controle de constitucionalidade, inevitavelmente, favorece a existência de políticas judicializadas, na

medida em que efetua um controle judicial das leis e de políticas públicas, à luz da Constituição e da interpretação que os juízes fazem de seu sentido normativo. A identificação desse fundamento constitucional atinente ao controle de constitucionalidade é, pois, critério fundamental à inserção do Poder Judiciário no sistema político de poder (VERBICARO, 2008, p. 397).

Para se ter noção da amplitude do sistema brasileiro, a carta constitucional estadunidense tem apenas 7 artigos e 27 emendas e o controle exercido por ela é apenas difuso. No Brasil, o sistema é híbrido e a Constituição tem mais de 250 artigos e 91 emendas. Assim, de acordo com pronunciamento da Ministra do STF Carmem Lúcia, no ano de 2014, a suprema corte brasileira julgou 125 mil casos, enquanto a corte estadunidense julgou 150 (SALES, 2015). Nos dizeres de Valle (2009, p. 36):

No Brasil, a discussão sobre o ativismo judicial tem sido abordada especialmente por cientistas políticos, sobretudo na problemática da judicialização da política, em uma sugerida relação de causa e efeito – afirmação também a ser objeto de alguma reflexão. A constitucionalização do Direito e a ênfase na efetividade do Texto Fundamental foram fatores determinantes para se ampliar a judicialização no cotidiano. Assim, temas que sequer mereciam tratamento legislativo hoje se encontram consagrados no texto constitucional, abrindo espaço para a judicialização com sentido amplo e para o exercício da jurisdição constitucional.

Em suma, ao judiciário foi dado, pelo Poder Constituinte, imensa porta de entrada para agir diretamente contra leis e atos produzidos pelos entes majoritários, o que, se não forem realizados dentro do mais profundo senso de *judicial self-restraint*<sup>3</sup> e respeito à separação dos poderes, pode agravar o caso de desequilíbrio entre forças, a judicialização e o ativismo judicial.

---

<sup>3</sup> Segundo Dworkin (ano, p. 216), o *self-restraint* ou moderação judicial determina que o judiciário se abstenha de interferir nas decisões majoritárias, permitindo a manutenção das decisões dos órgãos eleitos, mesmo que os magistrados entendam que há ofensa a sua íntima percepção das normas constitucionais, devendo agir apenas nos casos em que o ato a ser impugnado seja tão ofensivo a amoralidade política que não encontre nenhuma interpretação favorável e plausível que o justifique, que o sustente.

### 3.5. INFLUÊNCIA DA MÍDIA

Para que seja exposto o quadro de maneira elucidativa, com simples buscas em notícias pela internet é possível aferir a notoriedade, fama e o empoderamento dado aos magistrados pela mídia e pela sociedade. Sítios eletrônicos noticiaram que o Juiz Sérgio Moro, figura mais saliente da Operação Lava Jato, foi ovacionado em show de rock em Curitiba<sup>4</sup> e em outras oportunidades<sup>5</sup>. A BBC Brasil (2017) veiculou a Matéria, *Popularidade de membros do Judiciário supera a de políticos tradicionais, aponta pesquisa*, que demonstra, com base no Relatório da consultoria Ipsos chamado *Barômetro Político*, que membros do judiciário gozam de maiores índices de aprovação pública do que políticos tradicionais.

A mídia também deve ser considerada umas das causas da moderna intensificação da judicialização e, mais nitidamente, do ativismo judicial. Talvez, hoje, a mídia seja o principal elemento catalisador da judicialização, seja fortalecendo, estimulando, seja blindando o judiciário. Neste momento, não se discute as motivações, apenas a influência da imprensa para a judicialização.

Mesquita (2008, 2010), citando Porto, Lima, Chaia e Texeira (2001), aponta a mídia como importante fator na política, mas que possui um viés antipolítico e anti-institucional, promovendo escândalos midiáticos e intensa cobertura com ênfase em aspectos negativos do governo e partidos políticos, o que gera desconfiança e desencantamento da população em relação aos poderes eleitos.

Com os poderes eleitos desacreditados e estigmatizados pela corrupção, abre-se espaço para atuação ativista do judiciário com respaldo da população que, em boa parte, foram conseguidos pela boa vontade da mídia em relação aos magistrados que os trata como caçadores de corruptos. Segundo Hirschl (2012), estudos empíricos demonstram que a maioria das democracias constitucionais gozam de maior legitimidade do que os outros poderes, mesmo quando julgam politicamente.

---

<sup>4</sup> “Sérgio Moro é ovacionado por plateia durante show da banda Capital Inicial” (SÉRGIO, 2016, s.p.).

<sup>5</sup> Por exemplo: “Juiz Sérgio Moro é aplaudido em restaurante” veja o vídeo (JUIZ, 2016, s.p); “Juiz da Lava Jato é reconhecido em supermercado e recebe salva de palmas de clientes” (SOUZA, 2015, s.p).

Em 2008, por meio de artigo publicado no jornal Estado de São Paulo, Maria Tereza Sadek já demonstrava preocupação com o protagonismo judicial inflado pela imprensa e escreveu:

Esta semana é do Supremo. As anteriores também foram. As próximas, muito provavelmente, serão. [...] Com efeito, de área de interesse quase exclusiva de juristas e de operadores do direito, a Justiça estatal passou a constar da agenda política e da pauta dos meios de comunicação. [...] O Judiciário e seus integrantes converteram-se em objeto de manchetes, recebendo destaque em todos os veículos, jornais, revistas, rádios, televisões e blogs (SADEK, 2008, s.p.).

Em tempos atuais, é possível lembrar de um primeiro grande caso televisionado e inflado pela Mídia: o Mensalão. Este, iniciado pela Procuradoria Geral da República, processou mais 40 pessoas, entre políticos e empresários, acusados de um sistema de financiamento de votação, com a sistemática compra de votos dos parlamentares para aprovação de matéria nas casas legislativas.

Definitivamente, o Supremo Tribunal Federal encontra-se, hoje, no centro de importantes e decisivas questões nacionais. Não só por sua natureza, mas muito por sua extraordinária repercussão midiática, o clímax dessa ascensão institucional e social se deu com o julgamento do caso conhecido como 'Mensalão' [...] O já citado 'caso Mensalão' é, sem dúvida, o mais espetacular de todos quando o assunto é a atenção midiática atraída pela Corte. [...]. Sem embargo, é o Supremo a instituição que, desde o início da vigência da Constituição de 1988, tem mais gradativa e destacadamente ampliado sua participação na vida pública brasileira, ganhado mais visibilidade e importância política e social e se transformado em um ator central do nosso sistema de governo (CAMPOS, 2013, p. 7894).

Mais recentemente, a Operação Lava Jato ocupa lugar central na imprensa. Para que se tenha uma ideia, o Ministério Público Federal criou um *hotsite*<sup>6</sup> sobre tema, apresentando-o como a maior investigação de corrupção da história do Brasil, seja pelos valores, seja pela influência das pessoas envolvidas.

Obviamente que essa midiaticização das operações não tem apenas o caráter informativo, mas faz parte de uma estratégia de uso da mídia para empoderar os operadores da justiça e usar esse poder na operação.

---

<sup>6</sup> <http://lavajato.mpf.mp.br/>

Nesse sentido, em matéria veiculada na revista JOTA, os Professores da UERJ Margarida Maria Lacombe Camargo e José Ribas Vieira (2016) fazem uma análise do comportamento ativista do Juiz do Sérgio Moro – e as estratégias usadas na Operação Lava Jato – baseados no próprio texto do magistrado sobre a operação Mãos Limpas da Itália. Consegue-se notar, claramente, que a atuação de um judiciário ativista encontra solo fértil com apoio da imprensa. A matéria demonstra uma estratégia de deslegitimação dos poderes eleitos e um empoderamento do judiciário com apoio midiático. Continuam os autores:

‘O processo de deslegitimação foi essencial para a própria continuidade da operação Mani Pulite’, diz ele. E assim procura, com a colaboração da mídia, angariar uma imagem positiva dos juízes perante a opinião pública, uma vez que acredita que ‘a opinião pública é essencial para o êxito da ação judicial’ (CAMARGO; VIEIRA, 2016, s.p)

O mesmo artigo aponta como o judiciário, neste caso específico, fez uso da imprensa para alavancar as investigações e para obter punições sociais, mesmo que não importando o devido processo legal e contraditório.

A publicidade, afirma, tem objetivos legítimos que não podem ser alcançados por outros meios. ‘A punição judicial é sempre difícil pela carga de provas exigidas para alcançar a condenação em um processo criminal. Nessa perspectiva, a opinião pública pode constituir um salutar substituto, tendo condições melhores de impor alguma espécie de punição a agentes públicos corruptos, condenando-os ao ostracismo’. [...] E agora a pérola: os responsáveis pela Operação mani pulite ainda fizeram largo uso da imprensa. [...] A investigação da mani pulite vazava como uma peneira e tão logo alguém era preso, detalhes de sua confissão eram veiculados no L’Expresso, no La Republica e outros jornais e revistas simpatizantes’. Vazamentos que serviam a um propósito útil, na visão de Moro, na medida em que ‘o constante fluxo de revelações manteve o interesse do público elevado e os líderes partidários na defensiva’, levando suas agendas a serem definidas por outros (CAMARGO; VIEIRA, 2016, p. s.p).

Tais exacerbações de poder e realização de condutas de ética duvidosa não são objeto de maiores críticas da sociedade pela atuação da imprensa, porque os magistrados são elevados à condição de guardiães da moral pública: “A grande popularidade dos juízes está diretamente ligada ao fato de que foram confrontados

com uma nova expectativa política, da qual se sagraram como heróis [...]” (GARAPON, 2001, p. 39).

Mesmo quando são apontados abusos por parte dos magistrados<sup>7</sup>, a imprensa usa de uma ideia utilitarista, de que os fins justificam os meios, não se importando com o impacto da intromissão no jogo democrático. Garapon (2001, p. 66) demonstra especial preocupação com esse *modus operandi* do judiciário inflado pela imprensa:

Alguns indivíduos aproveitam a mídia para se emancipar de qualquer tutela hierárquica. Ela lhes oferece um acesso direto, conforme expressão de Perelman, ao ‘auditório universal’, quer dizer, à opinião pública. Um juiz considera-se prejudicado por sua hierarquia? Ele apela imediatamente para a arbitragem da opinião pública. [...] A busca direta da aprovação popular por intermédio da mídia, acima de qualquer instituição, é uma arma temível à disposição dos juízes, o que torna muito mais presente o desvio populista. [...] Esses juízes destacados pela mídia, saídos do anonimato devido a um caso, ou a um acusado célebre, reagem de formas diferentes. Alguns são tentados a ver no exemplo de seus colegas italianos a prova de que, quando o Estado é corrupto, eles representam o último recurso. O desvio populista ocorre com a liberação da regra pelos próprios juízes.

Ainda, a magistratura depende dessa relação de empoderamento dado pela mídia, pela necessidade de serem mantidas investigações e que juízes não sejam afastados dos seus cargos e nem processos sejam engavetados (GARAPON, 2001.). Por outro lado, devem ser reconhecidos os benefícios proporcionados pela mídia. Garapon (2001), apesar de crítico feroz do relacionamento simbiótico e interessado entre o judiciário e a imprensa, defende a atuação da mídia e afirma que apesar dos deslizes cometidos, ela é um contrapoder da maior significância para a democracia e que sem ela não se teria conseguido desvendar esquemas monstruosos de corrupção como o Mãos Limpas na Itália, *Watergate* nos Estados Unidos e o caso do sangue contaminado da França.

### 3.6 BAIXA QUALIDADE DA PRODUÇÃO LEGAL

Alguns autores apontam que, em virtude de os legislativos não conseguiram atingir um nível de excelência de produção legiferante, que apresente certeza de

---

<sup>7</sup> “Documentos indicam grampo ilegal e abusos de Moro na Lava-Jato” (VALOR, 2016, s.p.).

validade e de conteúdo, abrem espaço para atuação do judiciário no preenchimento destas questões. Se essa litigiosidade fulmina pelo judiciário decidindo quais leis são válidas e exequíveis, possibilita, em muitos casos, a judicialização e o ativismo judicial.

Pesquisas apontam que a deficiência da produção legiferante pode ser causada por diversos itens, como, por exemplo, o elevado número de projetos tramitando e a falta de tempo para deliberação; os interesses conflitantes dos parlamentares; interesses do governo; pressão da opinião pública; dificuldades técnicas para elaboração; e a velocidade das transformações sociais que impõem uma demanda crescente de alteração legislativa. Sendo assim, a judicialização é consequência da deficiência do legislativo na criação da legislação (RIBEIRO, 2013).

Essas manifestações apontam para uma insatisfação com a qualidade da atuação do Poder Legislativo, o que estaria justificando uma participação mais ativa por parte do Supremo, a fim de compensar a lacuna deixada pelo legislador, com vistas ao aprimoramento da legislação. O Supremo passa a se preocupar com a qualidade das leis, em face de sua aplicação à coletividade e seus efeitos em relação aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos (SOARES, 2010, p. 45).

Nessa direção, Werneck Vianna (2013) induz que o legislador incapaz de prever o desfecho de processos ainda em curso, mas sobre os quais é determinado que se manifeste, finda por criar leis datadas, casuísticas e com sentido muito aberto, sendo necessário que o judiciário assuma o papel de interpretação e complementação do sentido da lei.

Em famosa entrevista realizada por Marcio Chaer do sítio eletrônico Conjur, em 2006, o Ministro de Supremo Tribunal Federal, Celso de Melo, aponta, com preocupação, a má qualidade da produção de Leis como um dos motivos da intensa participação do judiciário nas decisões políticas. Vejamos:

A formulação legislativa no Brasil, lamentavelmente, nem sempre se reveste da necessária qualidade jurídica, o que é demonstrado não só pelo elevado número de ações diretas promovidas perante o Supremo Tribunal Federal, mas, sobretudo, pelas inúmeras decisões declaratórias de inconstitucionalidade de leis editadas pela União Federal e pelos Estados-membros. Esse deficit de qualidade jurídica no processo de produção normativa do Estado brasileiro, em suas diversas instâncias decisórias, é preocupante porque afeta a harmonia da Federação, rompe o necessário equilíbrio e

compromete, muitas vezes, direitos e garantias fundamentais dos cidadãos da República.

É importante ressaltar que, hoje, o Supremo desempenha um papel relevantíssimo no contexto de nosso processo institucional, estimulando-o, muitas vezes, à prática de ativismo judicial, notadamente na implementação concretizadora de políticas públicas definidas pela própria Constituição que são lamentavelmente descumpridas, por injustificável inércia, pelos órgãos estatais competentes. O Supremo tem uma clara e nítida visão do processo constitucional. Isso lhe dá uma consciência maior e uma percepção mais expressiva do seu verdadeiro papel no desempenho da jurisdição constitucional (CHAER, 2006, s.p.).

Assim, quando há ausência de leis necessárias, excesso de leis sobre determinado tema, lacunas, incompatibilidades entre leis, falta de tecnicidade ou clareza e, principalmente, quando se verifica incompatibilidade, material ou formal, com o texto constitucional – ou outras normas hierarquicamente superiores –, torna-se passível a busca judicial para declaração de nulidade ou anulação destas leis, ou que seja definida o sentido da norma questionada. Se este movimento se torna um padrão relevante na estrutura do Estado há, segundo parte dos autores, a judicialização ou, até mesmo, o ativismo judicial, dentro da própria produção legal.

Existem várias possibilidades de atuação do judiciário em caso de ofensa à Constituição Federal. A lei pode ser formalmente inconstitucional quando as formalidades para sua edição são desrespeitadas, como, por exemplo, o vício de iniciativa. Uma lei pode ser materialmente inconstitucional quando seu conteúdo normativo ferir a Constituição. A aferição de descumprimento de formalidade é de mais fácil percepção do que aferição do conteúdo material de leis.

É neste ponto específico que ocorre maior perigo de interferência contramajoritária na produção legal, afinal a apreciação do conteúdo material é, na realidade, uma disputa de interpretações sobre a constitucionalidade da lei, até porque a lei produzida em alto nível, no senado, por exemplo, estará obviamente amparada em pareceres técnicos de especialistas gabaritados que atestarão a constitucionalidade material. Resta, pois, temerário, que nesse conflito de interpretação, sendo aceitável como válida a interpretação do legislativo, que o judiciário imponha uma interpretação, ainda que aceitável, mas sem apoio majoritário.

Trata-se de desconformidade substantiva entre o conteúdo da lei e uma regra ou princípio da Constituição. Tal desconformidade,

contudo, apenas pode ser definida e mensurada com base em uma interpretação da Constituição, assim como da própria norma supostamente eivada do vício material de inconstitucionalidade. É esse poder supremo de interpretação da Constituição, de conferir sentido às suas regras e princípios, que o STF detém ao exercer o controle de constitucionalidade. Nota-se, assim, que, de um modo geral, a inconstitucionalidade material pode ser compreendida como resultado de uma disputa entre interpretações da Constituição (POGREBINSCHI, 2012, p. 22).

Apesar de ser este o papel do Supremo Tribunal Federal, ele deve ser exercido até o limite da intromissão, que é tênue, sob pena de ser converter em ativismo judicial e desvirtuação da vontade popular expressa nas decisões políticas majoritárias. Existem, inclusive, alguns mecanismos de preservação da produção das leis no exercício do controle de inconstitucionalidade, isto é, uma mitigação dos efeitos produzidos pela inconstitucionalidade aceita pelo judiciário: interpretação conforme a Constituição, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e a modulação dos efeitos da decisão.

O primeiro efeito aponta, no caso de várias interpretações possíveis, que seja seguida aquela interpretação considerada pelo STF como coerente com a Constituição Federal. A declaração de inconstitucionalidade sem redação de texto ocorre com a exclusão de incidência da lei sobre algumas hipóteses inicialmente previstas e a modulação dos efeitos da decisão permite a aplicação da nulidade da data da declaração de inconstitucionalidade em diante, preservados os efeitos anteriores (POGREBINSCHI, 2012)

É digno de nota que existem estudos que discordam dessa hipótese de que exista má qualidade da produção legiferante e que essa seja a causa de judicialização e do ativismo judicial. Essas pesquisas afirmam que existe má vontade na valoração do trabalho legislativo e alertam para imprecisão termo “qualidade de produção legislativo”, assim como para a metodologia utilizada para aferir essa qualidade e, por conseguinte, afirmar que há baixa qualidade. Em muitos casos, justifica-se a afirmação de que o número de processos buscando interferência na produção legislativa é suficiente para demonstrar sua inépcia.

Ora o que é baixa qualidade da lei? A qualidade das leis não pode ser medida por meios eletrônicos, como se mede a temperatura a altitude ou outro fenômeno físico. Trata-se evidentemente de uma avaliação subjetiva, produzida no âmbito da Corte Suprema. Uma das justificativas para afirmar a má qualidade da produção legislativa

é o volume de ações ligadas ao controle abstrato de constitucionalidade das leis. [...]. Será que as ações visando ao controle abstrato de constitucionalidade das normas comprovam a baixa qualidade das leis? (SOARES, 2010, p. 47).

Ainda, aponta estudos acima que, outro problema para essa hipótese é que ela é subjetiva e desconsidera a própria noção de judicialização/ativismo judicial, que é a intromissão do judiciário nos poderes majoritários.

O suposto ativismo judicial do STF não pode ser justificado pela judicialização das disputas havidas na arena política do Congresso Nacional. Tampouco pode pesar ao Congresso a acusação de que as normas por ele promulgadas respondem pela suposta má qualidade das normas produzidas no país, a julgar pelo vício de constitucionalidade que, em tese, conteriam originalmente (POGREBINSCHI, 2012, p. 22).

Apesar dessas ponderações, parece claro que existe um deficit de qualidade na produção legislativa em todas as esferas de governo. Segundo Nalini (2007), o poder legislativo não consegue alcançar, na elaboração de leis, um grau de perfectibilidade em decorrência do dinamismo e complexidade da contemporaneidade e pela criação de leis casuísticas que atendem certos setores defendido pelos parlamentares. Assim, essa lei imperfeita nunca permitiria uma aplicação literal por parte do juiz. Para poder implementá-la, ele completaria o trabalho do legislador, passando a legislar supletivamente, sob pena de não conseguir aplicar o ordenamento.

Lucena Filho (2011) demonstra preocupação com a profusão e baixa qualidade dos textos e legislativos e a confusão de interpretação que podem resultar em interferência do judiciário, o que pode ser verificado pelo número de ações contra elas. Nessa lógica, o judiciário começar a se preocupar com a qualidade das leis, diante da extensão dos seus pretensos efeitos (SOARES, 2010).

### 3.7 USO DOS TRIBUNAIS PELA OPOSIÇÃO E POR GRUPOS DE INTERESSE

Pode-se apontar como causa da judicialização, tanto do surgimento, como do aumento, a extrema litigiosidade e a transferência decisória para o judiciário de interesses de certos grupos, que conseguem atuar nesse local com êxito.

Segundo Werneck Vianna (2014), a judicialização não é simplesmente resultante do ativismo judicial e do protagonismo dos juízes, mas também deriva de um novo comportamento de resistência da sociedade civil, dos partidos com minoria no parlamento e das associações com interesses subalternos que encontram no judiciário a forma para materialização dos seus interesses. Por outro lado, grupos sociais dominantes, apoiados no conhecimento dos meandros judiciais, utilizam dessa via para manutenção e aumento de privilégios (DINIZ, 2013).

Sindicatos, grupos étnicos, associação de classe e grupos financeiros são exemplos de grupos de interesse que podem atingir tamanho e dimensão capazes de judicializar suas pretensões quando não conseguem satisfazê-las pelas vias majoritárias. Segundo Hirschl (2012,) tais grupos e seus representantes políticos têm por tendência fomentar a judicialização. O autor cita como exemplo as elites brancas da África do Sul que descobriram as virtudes do controle de constitucionalidade apenas quando vislumbraram o fim do apartheid. Outro exemplo se dá com a elite secular israelita *Ashkenazi*, que abominava a constitucionalização de direitos enquanto dominava a política do país e passou a requer a constitucionalização dos direitos, controle de constitucionalidade e liberdades civis quando começou a perder influência (HIRSCHL, 2007).

Assim assistimos à emergência de um vasto sistema de grupos de interesses jurídicos cujos objetivos são desenvolver posições jurisprudenciais respeitáveis que correspondam as suas preferências partidárias ou ideológicas específicas, recrutar advogados articulados desses pontos de vistas, e coloca-los em posições de poder jurídico (FEREJOHN, 2012, p. 90-91).

A judicialização pode ser estimulada pela oposição ou pelos governistas se estes acharem que não conseguirão se perpetuar no poder. Em outras palavras, a oposição pode ingressar em juízos peticionando contra políticas públicas do governo, obstaculizando a governança ou, ainda, a oposição pode recorrer ao Judiciário na tentativa de aumentar sua exposição na mídia. Além disto, a judicialização se mostra interessante na estratégia de poder da situação. Igualmente, quando um partido espera vencer seguidas eleições, não tem interesse em um judiciário forte ao ponto de rivalizar poder. Porém, se observa que tem baixa expectativa de permanecer no poder, prefere fortalecer o judiciário durante seu próprio mandato para que este judiciário proteja suas prerrogativas quando for

oposição. Ainda, quando os partidos da situação têm seu plano afetado pela oposição, podem se socorrer de um judiciário simpático a sua agenda (HIRSCH, 2009, 2012; CARVALHO, 2004; VERBICARO, 2008).

A judicialização da política pode refletir a competitividade do mercado eleitoral de uma comunidade ou os horizontes temporais dos governantes. Segundo o modelo de “alternância eleitoral”, por exemplo, quando um partido governante espera vencer diversas eleições seguidas, a probabilidade de se ter um Judiciário poderoso e independente é baixa. Porém, quando um partido governante tem baixa expectativa de permanecer no poder, torna-se mais propenso a apoiar um Judiciário poderoso, garantindo assim que o próximo partido governante não poderá usar o Judiciário para fins políticos. Do mesmo modo, quando atores políticos são impedidos de implementar plenamente sua agenda, podem tentar vencer os obstáculos estimulando o exercício ativo do controle de constitucionalidade por um Judiciário que seja simpático à sua agenda (HIRSCHL, 2009, p. 165)

Uma roupagem mais ‘realista’ indica que a judicialização da política é em grande parte produto de escolhas, interesses ou considerações estratégicas de gente poderosa com interesses políticos pessoais. [...]. De maneira contrária, oposições políticas podem buscar judicializar a política (p. ex., por meio de petições ou liminares contra políticas governamentais) a fim de atrapalhar ou obstruir governos. Políticos de oposição podem até recorrer ao litígio judicial para aumentar exposição na mídia independentemente do resultado (HIRSCHL, 2012, p. 48).

Ainda, Tom GinsBurg (2008 apud BRANDÃO, 2013) complementa esses conceitos de expansão do judiciário e judicialização com a noção de que a competição política as favorece. De acordo com o autor, os grupos políticos preferem não arriscar ter uma derrota eleitoral em um sistema político de poder centralizado. Logo, quanto maior a incerteza eleitoral, maior será o incentivo a constitucionalização e a judicialização, evitando que o jogo político seja do tipo que o vencedor leva tudo. A judicialização serve, assim, como escudo para os perdedores não serem completamente excluídos do poder decisório. Desta forma, o fator fundamental para a expansão do Judiciário é a “incerteza política futura”. Nessa esteira de pensamento, quando há um partido que domina o cenário político, é natural de haja flexibilização das normas constitucionais e mitigação do *judicial review*, mas quando houver vários grupos com poderes equivalentes e antagônicos é que haverá maior nível de rigidez constitucional e ampliação do *judicial review*.

Existem também grupos de interesse em alteração de políticas públicas, seja de reconhecimento, materialização de política pública, resolução de problemas em comum, seja lobby comercial. Até mesmo a regulação sobre publicidade de alimentos vem sendo judicializada para escapar dos órgãos competentes de fiscalização. É elucidativo transcrever um trecho das conclusões da pesquisa de Marcello Fragano Baird (2016, p. 67) sobre o tema, que demonstra exatamente essa frente de atuação desse grupo de interesse:

Na regulação da publicidade de alimentos proposta pela Anvisa, pudemos observar que o empresariado atuou fortemente na Anvisa, ao mesmo tempo em que buscava apoio de outros órgãos do poder Executivo e do Congresso Nacional. É importante notar, também, que, a partir da promulgação da norma pela Anvisa, a ação do empresariado foi mais incisiva e efetiva. É nesse contexto que ocorre a gestão bem-sucedida junto à Advocacia-Geral da União, que acabou sendo decisiva para inviabilizar, no poder Judiciário, a aplicação da RDC no 24. Esse novo ator político, que se mostrou decisivo na política pública em tela, certamente deve receber maior atenção dos estudiosos da área.

Um exemplo interferência judicial no âmbito administrativo, são as indústrias farmacêuticas que ajudam promover a judicialização para ver seus produtos nas prateleiras do Estado e dos Planos de saúde. Elas necessitam criar mercado para suas inovações ou aumentar o número de prescrições dadas para seus medicamentos. Para tanto, fomentam a criação de associações ligadas a determinadas doenças para que estas busquem que seja concedido judicialmente o direito ao tratamento provido pela empresa “patrocinadora”. Realizam, além disto, propaganda junto aos médicos para que eles prescrevam determinado produto como única opção clínica para certos casos, mesmo que existam outros medicamentos indicados e disponíveis no sistema público de saúde.

Ademais, tais indústrias buscam influenciar o judiciário, financiando médicos ou associações de portadores das moléstias para que consigam aprovação da comercialização e registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), pela via judicial.

Outros exemplos são as associações que efetivamente se encontram fora do atendimento ou tutela do Estado e buscam reconhecimento e proteção por meio da massificação de processos e efetivação judicial que lhes foi negada pelos poderes majoritários, como o *hardcase* sobre a união homoafetiva que nunca era

normatizada por falta de interesse do legislativo em se envolver com essa matéria polêmica.

Do mesmo modo, há a notória judicialização promovida por associações iniciadas por soropositivos nos anos 1990, para consecução do coquetel para tratamento de pessoas com o vírus da AIDS, cujo modelo de efetivação de direito fundamental foi, mais tarde, expandido para outras prestações e outros grupos de interesse. Nesse sentido,

Por todo o Brasil, há doentes buscando o judiciário para conseguir remédios prescritos. O modelo de demanda de acesso a terapias de AIDS baseado em direitos 'migrou' para outras doenças e outros grupos de doentes. [...] Cada vez mais os médicos receitam e os doentes pedem remédios novos, alguns deles com benefícios questionáveis. Diante do alto custo ou da falta de medicamentos, muitas pessoas estão processando o governo a fim de obtê-los (BIEHL, 2011, p. 286).

Há muitos outros exemplos de grupos de interesse formados por associações que chegaram ao Supremo com intenção de obter decisões contramajoritárias ou para suprimir a omissão dos poderes eleito: interrupção da gestação de fetos anencefálicos, cotas raciais, pesquisas com células-tronco embrionárias, demarcação de terras indígenas, etc.

A existência de novas forças sociais representadas por importantes movimentos, organizações e grupos sociais que passaram a se mobilizar e a recorrer ao Poder Judiciário em busca do reconhecimento e da concretização dos seus direitos, o que demonstra a ampliação da participação política dos atores sociais e o engajamento da sociedade civil organizada, especialmente após a democratização do país (VERBICARO, 2008, p. 390).

O deslocamento para o judiciário ocorre porque esses entes têm uma percepção de que o judiciário é um órgão mais ético, respeitável, imparcial e efetivo que os poderes eleitos (HIRSCHL, 2009). Assim,

A sociedade civil organizada vem sendo uma das protagonistas no processo de judicialização da política, de maneira que diversos grupos de interesse (especialmente aqueles que mais maneiram as ADIs: nesta ordem, funcionários públicos, empresários, trabalhadores, profissionais liberais e notários) também veem o Judiciário como um foro alternativo de disputa política, sobretudo quando restam vencidos nos embates parlamentares [...]. Há uma tendência natural dos cidadãos em geral e dos grupos de interesse

na mobilização do Judiciário para a realização de sua agenda política (BRANDÃO, 2013, p. 207)

Quando não obtêm o respaldo do executivo ou a atuação incisiva e favorável do poder legislativo, até mesmo órgão estatais como o INSS buscam instituir vantagens utilizando da judicialização, inclusive apontam suas próprias – reais ou supostas – deficiências ou restrições legais para sua própria atuação (SADEK, 2004).

Outro aspecto que deve ser levando em conta é a possibilidade que esse grupo influencie a própria composição do judiciário

[...] quando os tribunais podem tomar decisões com consequências políticas e mais ou menos finais, qualquer um com interesse nessas decisões tem motivo para tentar expressar interesses na forma de argumentos jurídicos persuasivos. E aqueles interessados em decisões judiciais têm motivos para buscar influenciar e, controlar as nomeações para os tribunais e outras instituições jurídicas (FEREJOHN, 2012, p. 90-91).

Por todo o exposto, fica claro que a judicialização pode ser promovida por grupos de interesses que consigam deslocar o poder decisório, normativo e efetivador para arena judicial e saibam como agir uma vez nesse cenário. Tal situação é franqueada, por exemplo, pelo aumento do número de legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade, especialmente concedida aos partidos políticos que podem exercer controle judicial da atuação do governo. Inserem, dessa forma, o judiciário na política a fim de limitar e ou bloquear as políticas governamentais do Estado que sejam consideradas incompatíveis com a Constituição (VERBICARO, 2008).

### 3.8 INEFETIVIDADE DAS INSTITUIÇÕES MAJORITÁRIAS

Talvez, a inefetividade das instituições majoritárias seja o maior exemplo de causa/efeito para expansão do poder judiciário, judicialização e ativismo judicial e se refere à ausência, insuficiência ou ilegalidade – e inconstitucionalidade – das atividades dos grupos majoritários. Desde já, cabe frisar que a má qualidade da produção legiferante, seja do Executivo, seja do Legislativo, será tratada em item próprio. Além disto, referente ao vácuo legislativo, que é objeto deste capítulo, há

importantes opiniões em contrário, por exemplo, no amplo estudo realizado por Thamy Pogrebinski, resultante na obra *Judicialização ou Representação? - Política, Direito e Democracia no Brasil* (2012), em que argumenta que não há vácuo legislativo que cause comportamento ativista do judiciário e que esses julgamentos não enfraquecem a democracia, mas oferecem incentivos que se legisle sobre os temas julgados.

A ineficiência das instituições majoritárias pode ocorrer por ausência legislativa, isto é, quando a pessoa responsável pela emissão de leis se abstém de manifestação. Isto pode ocorrer por falta de competência, capacidade, interesse, ou por estratégia de poder em que espere não precisar se indispor com grupo de interesse.

Ferejohn (2012) afirma que os juízes não criam apenas legislação negativa, ou seja, impedem que a maioria legislativa imponha, *contra legis*, sua vontade a minoria, mas também criam leis mais positivas, agindo na lacuna do legislativo, exemplifica o autor: extensão de proteção constitucional aos penalmente acusados, direito a aborto, políticas de integração a escola, entre outros. Outro aspecto por ele apontado é a fragmentação do poder político que limita a possibilidade de, efetivamente, ter uma lei tramitada e aprovada.

Tendo em vista o multipartidarismo e a pulverização das forças políticas em várias frentes, bancadas com interesses próprios e contraditórios, todo o processo de formação de uma lei sofre várias análises ideológicas, de interesse ou de disputas e barganha por poder e aprovação de outras leis, o que finda por tornar penosa a aprovação de qualquer uma delas. Diante desse quadro a resolução de conflitos acaba sendo deslocada para o judiciário, o que provoca judicialização e ativismo judicial.

Por outro lado, há questões espinhosas cuja tramitação – aprovação ou rejeição – pode causar perda de capital político, então os legisladores dos dois poderes preferem transferir essas responsabilidades para o judiciário em um cálculo de estratégia de desvio de culpa.

Do ponto de vista dos políticos, a delegação de questões políticas controversas para os tribunais pode ser um meio eficaz de transferir responsabilidade, reduzindo os riscos para eles mesmos e para o aparato institucional no qual operam. O cálculo dessa estratégia de 'redirecionamento de culpa' é bastante intuitivo. Se a delegação de poderes é capaz de aumentar a legitimidade e/ou diminuir a culpa

atribuída aos atores políticos pelo resultado da decisão da instituição delegada, então tal delegação pode beneficiar os atores políticos. No mínimo, a transferência de 'abacaxis' políticos para os tribunais oferece uma saída conveniente para políticos incapazes ou desinteressados em resolver essas disputas na esfera política. Essa transferência também pode representar um refúgio para políticos que buscam evitar dilemas difíceis, nos quais não há vitória possível, e/ou evitar o colapso de coalizões de governo em estado de fragilidade ou de impasse. [...] Nesses cenários, uma estratégia cada vez mais comum por parte dos detentores do poder político, que representam as elites, tem sido a transferência de conflitos fundamentais sobre identidade coletiva ou sobre a relação entre 'religião e Estado' para tribunais constitucionais, em detrimento da esfera política (HIRSCHL, 2009, p. 165).

Quanto à omissão do poder executivo, o exemplo relativo à ineficiência de políticas públicas de saúde é uma excelente ilustração. As pessoas, como dito anteriormente, tem o direito à saúde garantido constitucionalmente e quando não conseguem ser atendidos gera a possibilidade de buscar a materialização da pretensão pela via judicial. Em outras palavras, no caso de negativa do Estado quando do requerimento de consultas, tratamentos, cirurgias, medicamentos – e pretensões de outras áreas –, esse pedido é retirado da esfera do poder majoritário e trazido para o campo de atuação dos magistrados, para que eles determinem que os governos se comportem da maneira que é determinado pela Constituição e demais normas pertinentes a matéria. Ocorre que, apesar dessa previsão constitucional e da valoração dada pelos tribunais, as políticas públicas e a atividade legiferante não têm conseguido a promoção integral da saúde. Assim, para preencher essa lacuna prestacional, busca-se efetivação do direito a saúde por meio de decisões judiciais. Nesse viés, Werneck Vianna alerta:

A invasão do direito sobre o social avança na regulação dos setores mais vulneráveis, em um claro processo de substituição do Estado e dos recursos institucionais classicamente republicanos pelo judiciário, visando a dar cobertura à criança e ao adolescente, ao idoso e aos portadores de deficiência física. O juiz torna-se protagonista direto da questão social. Sem política, sem partidos ou uma vida social organizada, o cidadão volta-se para ele, mobilizando o arsenal de recursos criado pelo legislador a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos. A nova arquitetura institucional adquire seu contorno mais forte com o exercício do controle da constitucionalidade das leis e do processo eleitoral por parte do judiciário, submetendo o poder soberano às leis que ele mesmo outorgou (VIANNA, 2007, p. 41).

Por exemplo, a Suprema Corte brasileira vem, paulatinamente, deixando seus poderes restritivos para ter posições mais incisivas e invasivas. Isto pode ser notado, especificamente, em decisões de duas esferas: dinâmica dos processos políticos eleitorais e o das grandes questões morais e sociais contemporâneas: o número de vereadores, a verticalização das coligações partidário-eleitorais, a declaração inconstitucional das “cláusulas de barreira”; a instituição da “infidelidade partidária” e o caso da “Lei da Ficha-Limpa”. Além disto, o STF tem protagonizado com decisões jurídicas em que o Estado se furtava a responder: células-tronco embrionárias, união homoafetiva, aborto de fetos anencéfalos. Essas questões interferem e gritam na moral judaico-cristã do brasileiro, causando um vácuo de consenso nos poderes majoritários e findam por ser decididas pelo judiciário que desempenha um papel de “[...] encurtar a distância entre valores da Constituição e evolução dos direitos fundamentais [...]” (CAMPOS, 2013, p. 7890).

Nos dizeres de Garapon (2001), os juízes são chamados a se manifestar em um número de setores da vida social cada dia mais extenso em vista da desilusão com os eleitos em crise de representatividade e suas omissões em questões basais. Sobre o tema, Sadek (2009, p. s.p) afirma que o “[...] vácuo deixado pelo Legislativo é ocupado pelo Judiciário [...]” e Werneck Vianna (2014, p. 26) diz que a “[...] justiça assumiria o lugar da política na falta desta [...]”. Convergindo com os autores acima, Campos (2013) induz que a judicialização é notória pela imensa demanda de direitos sociais nos tribunais, em vista da desconfiança popular no legislativo e executivo, considerado incapaz de solucionar o apelo pelo cumprimento das diretrizes constitucionais do Estado, seja individualmente, seja pela formação de pessoas jurídicas ou grupos de interesse. Essas personalidades, antes excluídas do processo decisório majoritário, procuraram o campo do direito em vez do campo da política, por ser esse poder estatal que os atende, ou entendem o judiciário como um atalho para resolução de suas pretensões.

## 4 CRÍTICAS À JUDICIALIZAÇÃO E AO ATIVISMO JUDICIAL

### 4.1 RISCOS À LEGITIMIDADE DA DEMOCRACIA OU DECISÃO CONTRAMAJORITÁRIA

Uma das causas da judicialização e do ativismo judicial é o forte constitucionalismo e controle de constitucionalidade que lhes é inerente, que determinam a superioridade da Constituição diante das maiorias e dos poderes, impondo-lhes limites na atuação. Assim, quando um direito constitucionalmente previsto é ameaçado, por ação ou omissão, ainda que por formalmente legítima atividade legiferante, encontrará óbice na carta magna que será seu poder cogente exercido pelos magistrados. De acordo com Rogério Bastos Arantes (2013, p. 197), “[...] constitucionalizar direitos e criar/fortalecer mecanismo de controle constitucional seriam formas de aperfeiçoamento da democracia contra a velha tendência de tirania das maiores legislativas e/ou poderes executivos hiperatrofiados.”

O protagonismo dos magistrados e do ministério público está imbuído de um poder que, até então, pertencia tão somente aos poderes eleitos pelo povo. Desse modo, “[...] a democracia constitucional brasileira passou a ser mais constitucional que democrática [...]” (SADEK, 2004, p. 81). Isto significa dizer que as decisões do executivo e legislativo são limitadas fortemente pelo controle de constitucionalidade exercido pelos atores da justiça. A extrapolação dessa competência do judiciário é a crítica mais comum – e mais discutida – à judicialização e ao ativismo judicial e diz respeito à separação dos poderes e à vontade popular expressa no voto.

O povo paga impostos que serão utilizados para a promoção dos direitos fundamentais, logo devem ser estes os titulares do poder de decisão na aplicação desses recursos. A forma de fazer isso é votar na pessoa que apresenta a proposta considerada adequada que, se eleito, deverá efetivá-la. Portanto,

[...] o povo pode, por exemplo, preferir priorizar medidas preventivas de proteção da saúde, ou concentrar a maior parte dos recursos públicos na educação das novas gerações. Essas decisões são razoáveis, e caberia ao povo tomá-las, diretamente ou por meio de seus representantes eleitos (BARROSO, 2008, p. 27).

Quando o juiz determina que essas políticas, majoritariamente decididas, devem ser mudadas, extintas ou ampliadas, ele está atuando de maneira diversa

daquela prescrita pelos representantes do povo, isto é, está interferindo na vontade popular expressa no pleito, o que, segundo essa crítica, fere a separação dos poderes. Nos dizeres de Werneck Vianna (1999, p. 26-28):

O exercício de uma competência legislativa por parte do judiciário interferiria sobre a racionalidade no processo de produção da lei, que, sob condições da divisão dos poderes no Estado, não se encontra à disposição dos órgãos da aplicação do direito. [...] A incontida expansão do direito seria indicador de *malaise* nas sociedades atuais, uma vez que, mais do que ameaçar a democracia representativa, poria em risco os próprios fundamentos da liberdade ao transferir a criação das leis dos soberanos para uma casta sacerdotal, praticante de uma justiça de salvação e usurpadora do papel e das funções que antes couberam às burocracias weberianas nas sociedades modernas. Direito se poria como última moral comum de uma sociedade que estaria dela destituída.

A efetivação dos direitos fundamentais por meio de decisões judiciais, apesar de ser salutar no caso concreto, se reiteradas, podem interferir no processo de decisão de toda uma política pública de atuação ou reconhecimento de direitos. Como exemplo, eleitores de um bairro podem perceber que o direito menos atendido em uma localidade é a educação e os poderes constituídos pela benção do voto pretendem contratar mais professores, mas decisões judiciais podem determinar que tal medida não seja realizada. Ainda, segundo essas críticas, a judicialização significa a assunção do estado de bem-estar pelo judiciário. Portanto “[...] à criação do direito, ao invés de resultar de uma democracia de cidadãos ativos, tornar-se-ia uma construção metafísica de clérigos depositários da ideia de justo, em uma usurpação do poder soberano [...]” (VIANNA, 1999, p. 257). A função do direito seria e a de garantir as normas procedimentais, não as normas matérias, atuando apenas para reestabelecer a possibilidade de atuação igual a todos no processo de formação de vontade soberana. Para tanto, deveria, obrigatoriamente, respeitar a separação dos poderes.

A vantagem de se viver em democracia é que, comparada com outros sistemas de governo, ela tende a identificar mais prontamente as políticas que são do interesse comum. [...] A revisão judicial é simplesmente um instituto adicional que pode ajudar a atingir esse objetivo. [...] Em uma democracia de direitos, há razões para pensar que os direitos criados pelos poderes políticos por intermédio de um processos deliberativos são do interesse comum. Quando a Suprema

Corte profere decisões que destroem tais direitos, há, portanto, razão para se preocupar (GRIFFIN, 2012, p. 259-260).

É possível resumir essa crítica nos dizeres de Antoine Garapon (2001), quando lembra um caso que o Conselho Constitucional Francês foi contrário a uma Lei apresentada por, na época presidente, François Mitterand e, ironicamente, um parlamentar francês afirma ser estranho um cálculo em que 15.714.598 votos do povo francês poderiam ser suplantados por nove votos da Corte Constitucional Francesa. Garapon questionou: como poderia colocar em igualdade os votos dos eleitores com mesma força dos conselheiros? Se o poder é representativo a justiça também não deveria ser? Os juízes não deveriam ser eleitos como forma de garantir sua afinação com os valores da sociedade? E ele termina dizendo: “A eleição dos juízes não é necessariamente o melhor meio de garantir sua representatividade. Aliás, do que o juiz é representante? De uma vontade política ou de um consenso social sobre valores sólidos?” (GARAPON, 2001, p. 259)

O judiciário tem competências expressas na Constituição Federal, que servem ao propósito de defender a sociedade de omissões e abusos, mas claro que essa atividade do judiciário deveria ser norteadas pelo senso de autorrestrição, definido por Canotilho (2000) como um comportamento em que “[...] os juízes devem autolimitar-se à decisão de questões jurisdicionais e negar a justiciabilidade das questões políticas [...]” ou, nos dizeres do Ministro Lewandowski (2014, s.p) do STF:

Propomo-nos a respeitar e fazer respeitar a independência e harmonia entre os poderes, estimulando nos juízes a adoção da salutar atitude de *self restraint*, de autocontenção, praticada pelas cortes constitucionais dos países democráticos. Com isso queremos dizer que o Judiciário só deve atuar, para suprir eventual lacuna normativa ou inércia administrativa, em caráter excepcional e provisório, e apenas quando a decisão pretoriana se mostrar necessária e inadiável, permitindo, como regra, que o Legislativo ou o Executivo – representantes diretos da soberania popular – possam concluir as suas deliberações no tempo que considerem politicamente mais adequado para o país.

Outro aspecto negativo apontado por essa crítica é a incongruência entre os autores da lei e seus sujeitos quando a lei é interpretada de maneira diversa da intenção do legislador. Os parlamentares e chefes do executivo devem representar estatisticamente a população em todos seus setores e por isso materializariam, por meio de suas competências, especialmente atribuição da normatização, os anseios

de cada um desses recortes. O judiciário, por sua vez, representa uma elite intelectual, financeira e sem batismo do voto, não estando apta a julgar aspectos materiais desses atos por desconhecerem essa realidade. Deveria, para esse caso, ser aplicado um princípio de afetação em que todos aqueles que forem afetados pela norma ou ato deveriam participar do seu desenvolvimento (KREIDE, 2012) – o que não acontece com os juizes que não precisam se socorrer de escolas públicas, postos de saúde, políticas de inclusão social e outras formas de desenvolvimento da população mais pobre.

Em suma, Maria Tereza Sadek (2008) evidencia que há um lado salutar do ativismo e da judicialização, desde que encontrem seu contraponto na contenção, no respeito aos princípios majoritários e que sejam observados para que não extrapolem suas funções. Dessa forma, não há maiores problemas se o judiciário, ciente de que deve e tem poder para tanto, zelar pelo cumprimento dos preceitos que ditam direitos fundamentais, mas que nessa efetivação deve agir com a devida cautela ao conceder ou negar prestação social, ou no julgamento sobre a constitucionalidade de atos majoritários, para que não exista nenhuma violação do princípio democrático da separação dos poderes (SARLET, 2014).

#### 4.2. RISCO DE POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA

Politização da justiça e judicialização da política são uma daquelas situações em que causa e efeito se confundem. Alguns atores alegam que a politização do ambiente judicial é uma das causas da judicialização, enquanto outros apontam que a judicialização promove a politização da justiça. Verbicaro (2008), por exemplo, aponta a politização como uma condição facilitadora do surgimento do ativismo e da judicialização. Contudo, de acordo com os autores que apresentam essa crítica, o judiciário acaba inundando com inspiração político-partidária o seu múnus decisório em função do deslocamento das grandes decisões seu leito, em detrimento das atribuições dos poderes eleitos. Sadek (2004, s.p) resume:

[...] o modelo institucional conferiu ao Judiciário um papel político relevante, legitimando a atuação pública da magistratura e transformando a arena judicial em um espaço que abriga e arbitra o confronto entre as forças políticas. A disputa política, em conseqüência, tem como palco, não apenas o Parlamento ou as

relações entre o Congresso e o Executivo, mas também varas e tribunais de justiça.

Seria inocência pensar o judiciário completamente isento de paixões e ideologias, sempre imparcial, apolidário e técnico. Todavia, o direito não se resume a mera aplicação de lei, isto seria um ideal, mas não é a realidade, até porque as decisões judiciais não são matemáticas, exatas. Não pode-se desconsiderar convicções políticas, doutrinárias, acadêmicas, religiosas, morais, raciais, étnicas, financeiras, entre outras, dos magistrados. Em especial, considerando a atração das forças políticas aos tribunais, não é possível desconsiderar suas propensões e ideologias políticas.

A neutralidade jurídica é uma quimera. Todo direito, por sua própria condição, está inspirado em uma ideologia política, à qual serve, como ferramenta jurídica do sistema. Mesmo os intentos jurídicos 'puristas' teorizados em abstrato se inserem em um contexto estatal determinado, onde a racionalidade normativa fica à mercê da circunstancialidade política (DROMM 1981 apud ALBUQUERQUE, 2013, p. 103).

Além das regras, as decisões dos juízes são motivadas por valores da sociedade e justificação política. Assim, o que é apontado como perigoso é que quando há transferência do debate público para a magistratura, isto carrega consigo uma politização dos tribunais, misturando os argumentos jurídicos com argumentos apaixonados. Ademais, a transferência do debate público para o Judiciário traz uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão (BARROSO, 2010, 2012).

Ainda de acordo com o Ministro Barroso, umas das mais graves imputações sobre uma decisão judicial é de que ela é política e não jurídica. Claro que essa linha é tênue, mas o direito pode ser considerado política quando: 1) sua criação é majoritária, isto é, quando se refere à expressão da lei, porém aqui o direito é política porque foi devidamente criada pelos poderes majoritários em procedimento legiferante regular, sejam elas materiais, sejam processuais, constitucionais ou infraconstitucionais; 2) sua aplicação não é dissociada da realidade fática, das mazelas sociais, dos benefícios, das vantagens ou de qualquer outro elemento que interfira em uma mensuração constitucional de direitos; e 3) os juízes têm carga ideológica, crenças pessoais que objetivamente influenciará na sua decisão. O que

não deve ser aceito são juízes populistas ou partidários. Portanto, direito não é política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas. O facciocismo é o grande inimigo do constitucionalismo. Se esses preceitos forem respeitados, a decisão será dada a favor e não contra democracia, mesmo que a decisão for contramajoritária.

O banqueiro que doou para o partido do governo não pode ter um regime jurídico diferente do que não doou. A liberdade de expressão de quem pensa de acordo com a maioria não pode ser protegida de modo mais intenso do que a de quem esteja com a minoria. O ministro do tribunal superior, nomeado pelo Presidente Y, não pode ter a atitude a priori de nada decidir contra o interesse de quem o investiu no cargo (BARROSO, 2012, p. 14).

Ressalta-se que o ativismo e a judicialização são expressões da alocação do poder de decisão política para o judiciário, portanto é límpido que a magistratura atrairá a influência política sobre sua estrutura, seja no pensamento do magistrado, nas nomeações dos seus membros, seja na fundamentação de suas decisões.

Oliveira Junior (2016) consegue resumir essa crítica na ideia de que se os fins justificam os meios, se as decisões importantes estão sendo tomadas no judiciário, ao ponto de esvair competência do legislativo, se o legislativo não consegue se mobilizar para decidir o que é de sua competência e essa atribuição é dada – ou arrogada – pelos juízes, será no judiciário que os políticos deverão atuar.

Em entrevista dada a Luiz Nassif da revista eletrônica GGN, em 08 de junho de 2015, Luiz Moreira, crítico feroz da judicialização e do ativismo judicial, afirmou que os juízes inflados pelo apoio popular ultrapassam suas atribuições e adentram as competências dos partidos políticos, da sociedade civil e dos poderes eleitos, interferindo na construção da narrativa política e se tornando parte política dos casos, não tendo mais independência e neutralidade para o papel de árbitro (NASSIF, 2015). É cada dia mais comum os magistrados emitirem opiniões públicas sobre a vida política. Por vezes, expressam críticas aos poderes eleitos, instituições e, até mesmo, opiniões políticas partidárias, sendo comum que elas ultrapassem o senso de contenção e discrição próprio de um magistrado, o que é tido como liturgia do cargo (FERREIRA FILHO, 2011). Esse protagonismo judicial, inflado pela sociedade e pela mídia, não deve permitir o uso político-partidário da justiça. O que essa crítica aponta como vício da politização da justiça, deixando claro, é uma

possível desneutralização provocada pela judicialização e também a fundamentação meramente política em detrimento da fundamentação jurídica. Nesse contexto, o texto de Boaventura de Sousa Santos (2003, s.p) é atual:

A politização da justiça coloca o sistema judicial em uma situação de stress institucional que, dependendo da forma como o gerir, tanto pode revelar dramaticamente a sua fraqueza como a sua força. É cedo para saber qual dos dois resultados prevalecerá, mas não restam dúvidas sobre qual o resultado que melhor servirá a credibilidade das instituições e a consolidação da nossa democracia: que o sistema judicial revele a sua força e não a sua fraqueza. Revelará a sua força se atuar celeremente, se mostrar ao país que, mesmo em situações de stress, consegue agir segundo os melhores critérios técnicos e as melhores práticas de prudência e consegue neutralizar quaisquer tentativas de pressão ou manipulação

Marcos Faro de Castro (1996) cita exemplos em que o ativismo judicial e a judicialização resultaram por politizar – até no sentido de partidarização – a atuação da magistratura: os nove membros da corte francesa são nomeados, em iguais partes, pelo presente da assembleia, do senado e da república e na Alemanha acontece de forma parecida. Há, assim, um sistema de ingresso na corte altamente partidariado. A nomeação estadunidense para suprema corte também é extremamente politizado. Na Itália, a politização causada pelo ativismo se mostrou em diversas intervenções judiciais na indústria e defesa de interesses difusos.

Outro exemplo de politização da corte foram as decisões tomadas pela Suprema Corte Americana na época do *new deal*, que tinham forte caráter de oposição a política do Presidente Democrata Roosevelt, sendo, inclusive, considerado o maior caso de ativismo judicial os Estados Unidos. Até 1937, as principais leis do programa de recuperação econômica e de seguridade social proposto pelo governo democrata foram sistematicamente anulados pelos magistrados. A Suprema Corte Americana, com perfil político conservador, entendia que as políticas do *new deal* eram um ameaça ao direito de propriedade e, portanto, dizimaram várias proposições do governo como, por exemplo, leis sobre a seguridade social, salário mínimo, impostos e intervenção na indústria, chegando ao ponto em que o executivo, sentido-se engessado pelo judiciário, apresentou projeto de lei para interferir nas nomeações da corte. Contudo, isto nunca foi aprovado. Em 1937, apenas, um dos juizes mudou seu entendimento e assim o governo conseguiu ter maioria na corte favorável aos programas governamentais (CUNHA MELO,

2002). Nota-se que, nesse caso, diante do ativismo, os poderes eleitos buscam adentrar o judiciário para fazer valer suas ações pela via judicial, já que não conseguiam pela via legislativa.

Existem alguns aspectos positivos da politização da justiça. Ferejohn (2012) aponta que no momento que os tribunais legislam, acabam atraindo interesse da população na sua atuação. O autor afirma que apesar das escolhas dos membros das cortes serem políticas, elas não são necessariamente partidárias. Porém, ele alerta que quando o são, os tribunais se tornam partidarizados e as mudanças de governo causam impactos nas interpretações, dadas as normas, o que atinge a segurança jurídica e a lei torna-se instável (FEREJOHN, 2012). Arantes (1999) aponta o empoderamento do Ministério Público e sua busca de efetivação dos direitos fundamentais, sua interferência em conflitos coletivos e sociais como causadas pela politização da justiça que, por sua vez, pode ser causada pela judicialização.

O ativismo, além disto, se importa necessariamente na politização da atividade jurisdicional, pode degenerar na partidarização dessa atividade. Este ativismo – acaba-se de ver – faculta a ideologização da justiça. Ora, as ideologias são assumidas pelos partidos. Assim, a passagem do plano ideológico para o plano partidário é quase insensível. Pois bem, se durante muito tempo, a luta pelo aprimoramento do Judiciário teve em mira libertá-lo dos condicionamentos partidários – o ativismo apresenta-se, portanto, como um regresso (FERREIRA FILHO, 2001, p. 70).

Assim, é natural a presença política no judiciário. Luiz Moreira (2012) aduz, inclusive, decisões de maiores importâncias tomadas pelo judiciário deveriam ser referendadas pelo legislativo para, por meio da benção majoritária, ser oponível a todos. Então, o que a crítica condena não é a politização no sentido de benção ou apoio majoritário, mas a atecnidade das decisões ou que elas sejam tomadas por inspiração nas paixões pessoais ou sejam político-partidárias.

#### 4.3. CARÁTER PROGRAMÁTICO DA PROTEÇÃO À SAÚDE

A crítica às normas programáticas diz respeito à eficácia das leis garantidoras de direitos fundamentais sociais, insculpidas na Constituição Federal. Os críticos apontam que esse tipo de norma é programática, portanto apenas orienta uma

atuação do Estado que deve, em respeito à norma, buscar a concretização desses direitos, mas não o obriga. Além disto, essas normas devem ser dotadas de eficácia por políticas públicas criadas pelos poderes eleitos e não por atuação dos magistrados, chegando ao ponto de o Ministro Barroso afirmar, em entrevista, que a “[...] possibilidade de o Poder Judiciário concretizar, independentemente de mediação legislativa, o direito à saúde encontra forte obstáculo no modo de positivação do artigo 196, que claramente defere a tarefa aos órgãos executores de políticas públicas [...]” (ITO, 2009, p. 20).

Para que esse ponto seja devidamente esclarecido, deve-se ter a compreensão que estudiosos do tema apontam distinções entre as normas constitucionais que dispõem sobre direitos fundamentais. Existem normas que apenas exigem conduta omissiva do Estado ou, no máximo, que protejam o titular daquele direito da intervenção de terceiros. Não exige, portanto, aplicação direta de recursos financeiros, intelectuais ou políticos, como, por exemplo: direito ao voto, liberdade de credo e de expressão. Já o direito à saúde é considerado um direito fundamental prestacional, porque para sua concretização é necessário o dispêndio de verbas.

Sobre os direitos fundamentais existem, de maneira resumida, três entendimentos sobre sua eficácia: que apenas são exigíveis os direitos negativos; que os direitos prestacionais só podem ser exigidos até o limite da reserva do possível; e que deve haver eficácia ligada ao mínimo existencial. Ruy Barbosa (1915), inspirando na literatura americana, definia as normas constitucionais como autoexecutáveis e não autoexecutáveis. Aquelas seriam explícitas em direitos, obrigações e formas de realização, não deixando nada a ser regulado pelo legislador infraconstitucional e, então, deveriam ser cumpridas integralmente com possibilidade de litígio em caso contrário. Já as não autoexecutáveis, como os direitos não estavam suficientemente definidos pela Constituição, a única cobrança poderia ser feita ao legislador para que completasse sua atividade e possibilitasse a concretização do direito. Todavia, desde de então, Ruy Barbosa (1915, p. 170) já alertava que:

Não há, em uma constituição, cláusulas, a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos. Muitas, porém, não revestem dos meios de

ação essenciais ao seu exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos que impõem: estabelecem competência, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a legislatura, segundo o seu critério, os habilite a se exercerem.

A efetivação de direitos programáticos guarda relação com a famosa classificação de José Afonso da Silva sobre a eficácia das normas. Segundo o saudoso autor, existem normas de eficácia plena, contida e eficácia limitada, a saber:

A lição clássica de José Afonso da Silva classifica as normas constitucionais, de acordo com sua eficácia, em três categorias: (i) normas de eficácia plena (aquelas que estão aptas para a produção de seus efeitos desde a sua entrada em vigor); (ii) normas de eficácia contida (capazes de produzir seus efeitos de imediato, mas sujeitas à possibilidade de restrições por parte do legislador infraconstitucional); (iii) normas de eficácia limitada (possuem aplicabilidade indireta e reduzida, pois não gozam da normatividade necessária para a produção de seus efeitos principais – as normas dessa categoria demandam, necessariamente, uma mediação do legislador infraconstitucional) (PIVETTA, 2014, p. 125).

Nessa crítica, é importante a primeira teoria de que os direitos prestacionais não são exigíveis e apenas determinam uma atitude ótima do Estado, mesmo que não seja suficiente a materialização do direito. Tal entendimento está atrelado à questão da escassez de recursos e às decisões trágicas que os Poderes Eleitos têm que tomar quando montam seu orçamento e quando decidem onde alocarão recursos. Assim, diante da finitude de recursos das inúmeras prestações exigidas pelo povo, cabe a este, por meio de seus representantes eleitos, dizer em que será aplicado, como será gasto, enfim, o que é prioridade. Disto decorre que, segundo essa crítica, quando um juiz interfere nessa lógica, fere a separação dos poderes e, no momento em que fere um direito individual, da preferência sobre o outro: o princípio da igualdade.

O modelo que temos de controle individual leva a uma exacerbação da questão individual do autor e certa invisibilidade para as questões, também individuais, daqueles que possam ser privado dos recursos que, necessário para a satisfação de suas pretensões, serão consumidos para atender as do autor. O exemplo mais breve que se pode dar seria o de uma decisão judicial que determinando o atendimento imediato de paciente para fins de transplante, preterindo outros que poderia ter preferência pelos critérios oficiais. Ao passo que o autor tem nome, sobrenome, CPF e rosto, os 'não-atendidos'

são desconhecidos nos autos, estão escondidos atrás de ‘tapumes’ pouco atraentes como ‘Estado’, ‘orçamento’, ‘finanças públicas’ (AMARAL, 2013, p. 136).

O que resta claro é que a grande questão que há de ser debatida, levando em conta os direitos prestacionais, as escolhas alocativas e a escassez é que a justiciabilidade dos direitos fundamentais, isto é, a possibilidade de buscar sua efetivação em juízo, possibilita aos preteridos, pelos atos da administração pública, por meio do judiciário, pleitear tutela de seus direitos, mesmo que os magistrados não tenham legitimidade democrática, atribuições constitucionais e nem formação técnica para tal (WANG, 2008)

Segundo Cittadino (2013), citando José Carlos Vieira de Andrade (1983), aos direitos sociais não é garantido eficácia porque são normas diretivas pendentes de especificação e determinação pelo legislador infraconstitucional, afinal as normas constitucionais que preveem os direitos sociais, ainda que fundamentais, são normas impositivas de legislação, o que não impõe cumprimento ao estado e nem possibilidade seus titulares de exigir efetivação. Na verdade, esse tipo de norma apenas indicariam ou imporiam ao legislador que tome medidas para “[...] uma maior satisfação ou realização concreta dos bens protegidos [...]” Entretanto, isto não significa que normas programáticas sejam completamente vazias de efetividade porque obrigam o legislador a atuar e dar aplicabilidade. “É-lhe proibido o ‘non facere’ [...]” (CITTADINO, 2013, p. 21).

Além disto, o que a Constituição assegura é que todos tenham, em princípio, as mesmas condições de acesso ao sistema público de saúde, mas não que qualquer pessoa, em qualquer circunstância, tenha um direito subjetivo definitivo a qualquer prestação oferecida pelo Estado ou mesmo a qualquer prestação que envolva a proteção de sua saúde (SARLET et al., 2013).

Lenir Santos (2010 apud FURLANETO, 2011, p. 407) é contraria a essa linha de pensamento e aduz que

[...] o direito insculpido na segunda parte do art. 196 (acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação) e explicitado no art. 198 é de eficácia plena, imediata, não podendo o Estado postergá-lo nem condicioná-lo à futura implementação de programas sociais e econômicos.

Claro que, nesse momento, não se discute especificamente a questão de custos ou escassez – isto será feito nos tópicos sobre desorganização e reserva do possível –, aqui é discutido a eficácia da norma prescritora de direitos prestacionais. Segundo Clevè (2006,), existem na doutrina pátria autores que sustentam que os direitos sociais não são direitos, mas simples programas de ação governamental, porque essas normas não apontam responsável específico pela sua efetivação, não definem com exatidão a prestação devida, nem apontam as ferramentas de solução, sendo necessária, pois, a atuação dos poderes eleitos, para, em princípio, conseguir sua definição. Em julgamento paradigmático STF sobre o fornecimento de medicamento aos soropositivos o STF decidiu sobre o tema de forma a afastar o caráter meramente programático das normas constitucionais que efetivam o direito à saúde:

O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência 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 censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF (BRASIL, 2000, s.p.).

Também não deve ser permitido que novas interpretações das normas constitucionais retirem direitos dos cidadãos sob pena de violação do princípio da vedação do retrocesso, que, apesar de não retirar a liberdade dos poderes eleitos,

impede que venham a mitigar a efetividade da norma constitucional já consagrada, em especial as normas prescritoras de direitos fundamentais.

#### 4.4. DESORGANIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os poderes eleitos, além de criarem normas para efetivação dos direitos constitucionais, têm como dever e responsabilidade prever e programar sua atuação materializada pela criação e atendimento das peças orçamentais (PPA, LDO, LO) e suas alterações. Assim, devem se preocupar em conseguir as verbas necessárias para seu justo cumprimento e que essas peças estejam em sintonia com a vontade do cidadão. Além disto, há o respeito aos protocolos, às licitações, à ordem de preferência, ao mínimo de aplicação em áreas do programa de governo, aos protocolos de saúde, às normas para contratação de pessoal, aos princípios constitucionais conflitantes, às verbas de aplicação vinculada, à fiscalização externa e a outras situações que demandarem extremo planejamento.

Ocorre que a intensa proliferação de processos judiciais e, até mesmo, procedimentos administrativos, com força para constranger o Estado à satisfação de prestação requerida pelo Ministério Público, podem ocasionar, segundo essa crítica, a desorganização do governo na gestão dos direitos prestacionais. Existem muitos exemplos dessa massificação de querelas: em 2007, o Rio Grande do Sul tinha quase oito mil processos judiciais na área da saúde e São Paulo tinha mais vinte cinco mil ações ajuizadas (MEDICI, 2010). O Conselho Nacional de Justiça, em matéria de 10 de março de 2017, estima, com base em dados do Ministério da Saúde, que desde 2010 as ações judiciais para obtenção de medicamentos, pagamento de tratamentos, cirurgias, custas processuais, entre outros, aumentaram em 727% (CIEGLINSKI, 2017). Outro exemplo de desorganização seria o caso de uma sentença determinando atendimento de emergência de um paciente em detrimento de outro que tinha preferência por critérios definidos na política pública do Estado. Assim sendo,

A crescente ocorrência de demandas judiciais visando a obtenção de produtos e serviços de saúde, contra os entes da federação, principalmente tendo no polo passivo o ente municipal, vem causando sérios entraves para a gestão pública com o comprometimento de recursos orçamentários e a desestruturação

das políticas de atendimento à saúde da população (SOUZA; SANTOS; UETA, 2010, p. 163).

Esse volume imenso de decisões judiciais, que determinam a realocação de recursos e medidas urgentes e não previstas pela Administração Pública acabam por desorganizar a atividade estatal, privando a administração do seu planejamento e comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Efetivamente, as decisões judiciais que determinam o fornecimento de medicamento ou tratamento – ou a materialização de qualquer outro direito prestacional – causam um imenso número de embaraços ao planejamento governamental. Nesse aspecto, terá que ser levado em conta se o medicamento, por exemplo, está, ou deveria estar, incluso nas políticas de atendimento.

Toda atuação do estado é precedida de diversos elementos que lhe possibilitam a existência. Em primeiro lugar, devem ser definidas as prioridades, os programas e as políticas que o governo pretende realizar por meio da aprovação das leis orçamentárias: plano plurianual (PPA), lei de diretrizes orçamentárias e lei do orçamento. PPA é um planejamento para os próximos quatro anos de governo. Devem ser feitas licitações, aprovadas leis ordinárias, realizadas audiências públicas, respeitados os direitos preferenciais, protocolos de gestão e outras ferramentas na construção das políticas públicas. Nesse mesmo sentido,

Lembrando-se que, na definição das políticas públicas que comporão os planos e visto que os recursos disponíveis para aplicação na saúde são escassos, os gestores devem levar em conta critérios epidemiológicos, técnicos e científicos, bem como avaliações de custo efetividade, para determinar, em razão das características da população a que destinam as políticas e dos objetivos pretendidos, quais os tratamentos, os medicamentos, as ações e os serviços que terão prioridade no fornecimento (DINIZ, 2013, p. 477).

Por conseguinte, se deveriam fazer parte e a administração pública se omitiu na realização, essa desorganização foi criada por eles mesmos, diferentemente da determinação judicial de fornecimento estranho aos quadros governamentais. Neste caso em específico, essa desorganização é criada pelo judiciário. Assim, ficam as perguntas: “Estará o juiz autorizado a manejar, ainda que indiretamente, por meio de decisão judicial, realocar os recursos da peça orçamentária? Não estaria o juiz, em semelhante circunstância, a administrar, a exercer função assinada ao Executivo pela Constituição?” (CLEVE, 2006, p. 244).

Existem outras facetas dessa desorganização causada pela judicialização, como, por exemplo, a medicalização excessiva decorrente de prescrições médicas exageradas ou mal intencionadas por estímulo da indústria farmacêutica, que resulta por prejudicar tanto a saúde individual quanto coletiva, porque, em detrimento da universalização do direito à saúde que nele está inserido, o acesso aos medicamentos possibilita que sejam pleiteados remédios não constantes nos programas do governo, acima das dosagens, para combate de doenças que não constam na bula do remédio ou fora da conceituação de doença que está inserida nos protocolos públicos. Muitas vezes, segundo essa crítica, a judicialização se aproveita do mito da urgência e do desconhecimento médico da população e do judiciário para afirmar que os pacientes não hospitalizados terão prejuízos irreparáveis se não for concedida a prestação liminarmente. Já os hospitalizados, se não tiverem o medicamento recebido em vinte quatro horas, ainda assim, terão os cuidados hospitalares necessários até uma correta avaliação do pedido (BARATA; MENDES, 2010).

Destarte, quando esses pedidos são deferidos, provocam a realocação dos recursos destinados a ações e serviços que assegurariam o básico à população em risco e que podem deixar de ser prestados. Toda ação e serviço de saúde possui um preço de maneira que as sentenças que deferem os pedidos na área da saúde comprometem o orçamento destinado à prestação de outro serviço. Em certa medida, implicam a transferência de recursos destinados à satisfação da necessidade de muitos – usualmente os indivíduos com maior vulnerabilidade social – para o atendimento do interesse de poucos – os de menor índice de vulnerabilidade social [...] Assim, o deferimento de prestações de saúde pelo Judiciário realiza o direito à saúde para o indivíduo, contudo, pode colocar em risco a possibilidade de realização dessa mesma prestação para a coletividade. De modo geral, a judicialização da saúde compromete o ideal da universalidade, da igualdade de atendimento e da equidade, já que, notadamente, privilegia aqueles que podem recorrer ao sistema judicial; beneficia, portanto, os grupos com maior poder de reivindicação (DINIZ, 2013, p. 478).

Ainda segundo essa crítica, a judicialização frustra a atuação das agências reguladoras e deturpa as listas oficiais de medicamentos dos entes da federação. No primeiro caso, é a Anvisa que dispõe sobre o registro de medicamentos no Brasil e quais são seus usos permitidos. Dentre esses medicamentos, os entes da federação, dentro suas competências discricionária, criam uma *farmácia básica*, uma lista de remédios que farão parte de suas políticas, sendo que, normalmente, quanto

mais caro ele é ou mais grave é a doença, mais influente é o ente responsável. Quando uma sentença, baseada na liberdade médica de prescrição de medicamentos e tratamento, coloca em cheque as decisões da ANVISA, determinando que o Estado disponibilize medicamento inexistente nesses protocolos e, por vezes, indicando o ente de federação que não seria o primeiro responsável sobre ele, desorganiza a administração, força a realocação de verbas, compras sem licitação e dispêndio de forças para justificação, junto a fiscalização exercida pelos Tribunais de Contas, pela aquisição de medicamento com inobservância das normas pertinentes.

Outro exemplo disto é o descumprimento da porta de entrada, que se refere à cobertura pelo Estado de prestação de saúde, apenas se este fizer o diagnóstico e prescrever tratamento ou medicamento. Assim, seria ideal para o sistema que apenas atendessem suas próprias prescrições, de acordo com os protocolos, práticas e listas oficiais, não permitindo que outros interesses fundamentassem a decisão do médico, que não seja a proteção ao direito à vida dignidade da pessoa humana e, nesse caso específico, o direito ao tratamento isonômico. Isto ocorre, por vezes, quando médicos de planos de saúde determinam tratamento e se negam a dar cobertura, sendo que essas situações deságuam no sistema público de saúde, que, às vezes, não disponibiliza cobertura específica para aquela doença, mas será obrigado a fazê-lo por decisão judicial.

Aliás, John F. Kilner (1990 apud AMARAL, 2010, p. 25-160) demonstra preocupação na falta de limite da liberdade e como ela pode impactar nas políticas públicas no ambiente público que encontra fortes barreiras orçamentarias, financeiras, legais e políticas. Ele aponta o exemplo de uma sentença judicial em que o menor impúbere assolado por distrofia muscular progressiva de Duchenne ganhou liminar contra o estado de São Paulo, que teria de pagar um tratamento de mais de 170 mil reais com fundamento no direito à vida, dignidade da pessoa humana e saúde. Contudo, na sentença, essa liminar foi derrubada com base nos critérios de conveniência e oportunidade, interesse de toda coletividade de maneira universal e igualitária. Ele também menciona uma notícia do jornal Valor Econômico em que 50% de todo orçamento destinado a saúde no Rio Grande do Sul se presta ao pagamento de decisões judiciais e maioria desse recurso é para compra de medicamentos que não fazem parte da lista oficial de tratamentos oncológicos,

ultimando por retirar essa verba realocada judicialmente das demais prioridades do Estado.

Obviamente, essa crítica não é apta a desculpar ausências estatais. Em primeiro lugar, muitos dos processos judiciais se tratam de prestações que o Estado deve entregar e não o faz, como, por exemplo, os medicamentos constantes nas listas oficiais ou cirurgias ortopédicas. Os pedidos não constantes na lista oficial devem ser analisados pormenorizadamente, caso a caso, para que seja observado até mesmo a possibilidade de que, em virtude de existência de processos corriqueiros sobre o mesmo tema, transforme-se em prestação existente dos programas oficiais. Ainda, deve fazer parte do planejamento das contas do Estado a previsão sobre os custos dessas ações judiciais a fim de evitar ser surpreendido.

#### 4.5 CRÍTICA QUANTO À CAPACIDADE INSTITUCIONAL E AOS EFEITOS SISTÊMICOS.

A crítica quanto à capacidade institucional e o perigo dos efeitos sistêmicos se inicia na ideia de que o legislador é o detentor de capacidade institucional para ditar política pública com qualidade superior à do poder judiciário, pois é capaz de melhor avaliar os custos das decisões. Não apenas o custo financeiro, mas também a geração de externalidades negativas (SARMENTO, 2016). A sociedade descobre o judiciário como promotor do seu direito à saúde – entre outros direitos que eram negados pelos outros poderes eleitos –, mas quando tem que decidir sobre o tema não tem experiência acumulada e precisara aprender sobre as especificidades dos temas a ser julgado e os efeitos da sua decisão, especialmente quando ela se envolver em questões normalmente afeita a discricionariedade da atuação estatal.

Essa crítica ainda afirma que o judiciário não tem a vocação para decidir questões políticas e também, de forma mais pragmática, dispõe sobre falta de conhecimento técnico detalhado em muitas matérias que os juízes são obrigados a decidir. Assim, acaba fazendo com base nos autos e com auxílio de peritos ou *amicus curie*. O magistrado, agindo dessa maneira, pode ser levado ao erro no caso concreto ou não se ater aos efeitos futuros dessas decisões. Com relação ao tema, Mauro Cappelletti (1999, p. 87) destaca:

Efetivamente, para a criação do direito fazem-se necessários instrumentos que não estão à disposição dos tribunais e em muito ultrapassam o simples conhecimento do direito existente e como este se realiza. Os juízes, segundo esse entendimento, não têm possibilidade de desenvolver pessoalmente o tipo de investigações requeridas para uma obra criativa, que não podem se limitar às leis e aos precedentes, e envolvem problemas complexos e dados sociais, econômicos e políticos; não dispõem sequer dos recursos, inclusive financeiros, mediante os quais parlamentos, comissões legislativas e ministérios estão em condições de encarregar terceiros para efetuar pesquisas que, frequentemente, nem os legisladores e administradores saberiam desenvolver por si mesmos.

Vários aspectos definem essa crítica. O primeiro deles é a lógica individualista do judiciário que, normalmente, se atém a julgar relações entre duas partes e não relações entre toda a coletividade. Por isto, Marinho (2009,) disserta sobre a dificuldade que causa ao judiciário decidir sobre conflitos distributivos que têm natureza diferente dos individuais, pois os primeiros são coletivos e plurilaterais e o teor da decisão alocativa de recursos impacta toda sociedade, diferentemente dos processos individuais, em que a decisão é suportada por um réu ou um sucumbente processual definido.

Os direitos sociais demandam um tratamento diverso do raciocínio jurídico-formal' uma vez que envolvem a definição de políticas públicas mediante as quais se decide onde serão aplicados os escassos recursos públicos. Ademais, esses direitos possuem uma esfera coletiva que é desconsiderada pelo Judiciário quando os trata segundo o raciocínio jurídico-formal, ou seja, segundo a lógica dos direitos individuais. Nos conflitos envolvendo direitos individuais, o que está em jogo são conflitos retributivos ou bipolares (BORGES:UGA, 2009), em que uma parte ganha e outra parte perde algo. Nos conflitos de direitos sociais, entretanto, trata-se de conflitos distributivos em que não envolvem somente duas partes em que uma delas é sagrada vencedora, mas implicam ganho ou perda para a sociedade como um todo (DINIZ, 2013, p. 474).

A falta de responsividade é outro aspecto muito presente também na crítica sobre interferência nos poderes majoritários e se trata da irresponsabilidade das decisões perante a sociedade, considerando que seu cargo é vitalício e suas decisões, ainda que de acordo com as normas pertinentes, se não estiverem de acordo com o pensamento coletivo, não obtém reprimenda social efetiva.

Portanto, as decisões sobre políticas devem ser operadas através de algum processo político criado para oferecer uma expressão exata

dos diferentes interesses que devem ser levados em consideração. Pode ser que o sistema político da democracia representativa funcione com indiferença nesse aspecto, mas funciona melhor que um sistema que permite que juízes não eleitos, que não estão submetidos a lobistas, grupos de pressão ou a cobranças do eleitorado por correspondência, estabeleçam compromissos entre os interesses concorrentes em suas salas de audiências (DWORKIN, 2010, p. 133).

As realizações da administração pública são altamente especializadas e setorializadas. Cada pasta do governo deve ter um conhecimento específico e formas de agir para determinação de um resultado ótimo dentro da competência que está inserido. Nesse ponto, a censura feita é que os juízes tentam encaixar todos processos dentro do mesmo tipo de procedimento jurídico, não levando em conta as particularidades para materialização dos direitos então os magistrados “[...] ao invés de acomodar seus procedimentos para o tipo diferente de conflito que lhe é apresentado pode acabar adaptando o conflito ao procedimento que ele sabe operar e às soluções que esse procedimento consegue gerar.” (BADIN, 2013, p. 51).

Normalmente, o juiz aplica a lei ao caso concreto, à microjustiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo ou mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público (ITO, 2009). “É difícil para o juiz, formado à luz da ciência jurídica [...] raciocinar com a lógica do governo que o acusa de fazer justiça no varejo e produzir injustiça no atacado.” (NALINI, 2013, p. 201).

Um estudo feito por estudantes de direito da Faculdade de Direito de São Paulo, entre 1997 e 2004, mostrou que em 93% das decisões judiciais o direito à saúde foi considerado individual e que os juízes não se importam se existe ou não programa público coletivo que atenderia aquele caso concreto. Verificou-se, ainda, que em apenas 4,1% das decisões foi feita referência aos prejuízos à coletividade. Um exemplo disto é a doença de Gaucher, em que no Estado de São Paulo existem cerca de 100 portadores que recebem tratamento sem custos algum em virtude de decisões judiciais. Esse tratamento custa quase dez mil dólares por mês por paciente. O custo anual é de mais de dez milhões de dólares. Para o combate à fome endêmica, esse mesmo valor serviria a 250 mil pessoas por ano – mesmo sendo imoral colocar preço na vida dessas pessoas (AFONSO DA SILVA, 2008).

Vieira (2007 apud BLIACHERINE, 2010, p. 292) exemplifica com o caso da hepatite viral crônica C que, no Brasil, em 2006, estimava-se quase 190 mil portadores e se 25% desses casos fossem tratados com *interferon pegilado*, que só é obtido via judicial – o tratamento presente nas redes públicas é outro –, o custo seria de, aproximadamente, 25 bilhões de reais por ano, o que equivaleria a 64% do orçamento anual do Ministério da Saúde.

Nesses casos, os magistrados viam-se na difícil situação de se confrontarem com a possibilidade de negar remédios indispensáveis à sobrevivência não de 'alguém', mas de uma pessoa com nome, sobrenome, identidade e inscrição no cadastro das pessoas físicas. Do outro lado, encontrava-se o Poder Público, com recursos sabidamente mal-empregados e, algumas vezes, defendido em juízo com argumentos que soavam insignificantes ante uma vida humana determinada, como, por exemplo, tratar-se de matéria incluída na discricionariedade administrativa ou mesmo mais prosaicas, como depender a aquisição do medicamento vital para a sobrevivência do paciente do término de procedimento licitatório ainda em curso (AMARAL, 2010, p. 23).

Outro aspecto diz respeito à inércia do judiciário, que só pode agir se for provocado. Portanto, o indivíduo que busca essa prestação do Estado por via judicial, especialmente nos casos em que não há política pública sobre o tema, será beneficiado em detrimento da coletividade, porque ninguém mais terá aquela prestação. Exemplo comum é de uma querela requerendo um transplante. Se for deferida, esse particular terá um tratamento preferencial perante outras pessoas com a mesma condição de saúde. Todavia, deveria existir uma política pública de transplantes, ou pode ser que exista e o judiciário tenha apenas furado a fila do transplante, sem se preocupar com os protocolos de ordem de preferência, permitindo que uma pessoa em pior condição e com necessidade mais urgente desse transplante seja preterida, realizando, assim, uma microjustiça individualista, esquecendo da macrojustiça que é coletiva (BORGES; UGÁ, 2009).

Sarmiento (2016) inclui nesse prisma uma crítica sobre a eficiência, afirmando que se os juízes não têm capacidade técnica para influir em políticas públicas complexas e são incapazes de mensurar os efeitos de suas decisões sobre a coletividade, mesmo que suas decisões sejam lícitas, legítimas e bem-intencionadas, podem prejudicar terceiros não envolvidos na lide. Apenas o uso de pareceristas e especialistas ou, até mesmo, a figura do *amicus curiae*, pode não ser

suficiente para orientar a melhor decisão alocativa. Na área da saúde existem muitas regras e normas e muitos regulamentos, acordos, convênios, consórcios e protocolos e também não parece ser o melhor local para a discussão de incorporação de tecnologias de tratamento de saúde que deveriam ser tomadas pelos setores especializados (BORGES; UGÁ, 2009). Um exemplo simplório disto é a dificuldade de se compreender termos técnicos que, dentro de cada especialidade, tem significados diferentes.

Existe uma diferença entre o que pretendido pelo princípio da integralidade no SUS e o que o Judiciário entende desse princípio. Enquanto no SUS integralidade significa 'empregar os meios necessários para a efetivação do cuidado' e 'dispor tipos diferentes desses meios segundo o grau de complexidade da atenção à saúde' para o Judiciário esse princípio significa deferir todas as demandas individuais a despeito da existência de políticas públicas (DINIZ, 2013, p. 477).

Alguns elementos são óbvios em relação a essa crítica: ela presume uma atuação mais acertada dos poderes eleitos – e mais efetiva também –, o que nem sempre corresponde à realidade. Perlingeiro (2013) aponta, como situação ideal, a criação de Lei que, no caso de busca de pretensão individual por um cidadão, este procedimento deveria ser enviado a um tribunal especializado que seria capaz de tomar uma decisão mais acertada, prevendo melhor seus resultados na coletividade, com menos agressão à organização do governo e, o mais importante, esse órgão tomaria uma decisão que geraria efeito *erga omnis*. Simplificando, se alguém ingressasse com ação requerendo medicamento – com pedido de cautelar em razão da urgência do tratamento – não existente nas listas oficiais, o magistrado poderia receber o processo, deferir a liminar e, ato contínuo, suspendê-lo e encaminhá-lo ao órgão especializado para o trato dessas ações. A decisão desta “justiça especializada” teria efeito geral, aplicando-se a todos os casos sobre o mesmo pedido. (PERLINGUEIRO, 2013). Esse também é o entendimento de José Reinaldo de Lima Lopes (1994, p. 24) quando leciona que a

[...] adjudicação em um caso pode ter consequência em muitos semelhantes, podendo ser pôr em dúvida se haveria necessidade de um processo judicial completo para cada caso, ou se bastaria uma decisão seguida de reconhecimento dos casos individuais como participantes da mesma classe [...].

Além disso, o judiciário tem buscado criar metodologias que lhe aproximem da solução ótima. Um exemplo disso é a Resolução 45/2003 do Conselho Nacional de Justiça, que recomenda a criação, pelos tribunais de justiça, de varas especializadas – com peritos próprios de várias especialidades, bioquímicos, farmacêuticos, médicos, enfermeiros e especialistas em gestão pública – para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde pública, o que conseguiria mitigar os efeitos dessa crítica.

#### 4.6. RESERVA DO POSSÍVEL

Os direitos fundamentais podem ser grosseiramente divididos em, de um lado, os direitos de proteção e liberdade e, de outro, os direitos de prestação. Resumidamente, aqueles exigem uma conduta omissiva do Estado, bastando que não se intrometa na sua fruição e protegendo seu titular de terceiros. O problema são os direitos fundamentais sociais que exigem prestação do Estado, porque essa atividade exige cobertura de custos, alocação de recursos, planejamento, existência de leis autorizativas. Assim,

[...] o problema que se coloca ante a efetivação desses direitos é que a implementação deles depende de recursos financeiros. [...] direito à saúde, direito a um meio ambiente sadio, direito à alimentação, direito à educação [...] não se concretizam sem ações afirmativas por parte do estado e da sociedade civil [...] dependem de recursos orçamentários (VAZ, 2009, p. 130).

A Reserva do Possível reflete a capacidade – institucional, legal e orçamentária – do Estado de prover essas prestações, especialmente se referindo aos direitos fundamentais em que se discute a relação entre a imprescindibilidade da materialização do direito fundamental e a possibilidade do estado efetivá-la e, mais, de efetivá-la para todos naquela situação. Ela resta caracterizada se forem cumpridos os seguintes requisitos: disponibilidade real de recursos para realização do direito fundamental, a possibilidade jurídica de realização – leis orçamentárias, licitações, questões tributárias, etc. – e a prestação deve ser proporcional e razoabilidade da prestação (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 12).

Esse conceito teve sua origem na Alemanha em um famoso julgamento de 1973, denominado *Numerus Clausus*, em que estudantes que não obtiveram, por

prova, sua aceitação nas universidades de Munique e Hamburgo no curso de medicina buscaram o judiciário para pleitear vagas nessas universidades com base no disposto no art. 12 da Constituição Alemã: “[...] todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação.” (AUTOR, ano, p. xx). A corte analisou se a efetividade dos direitos sociais que exigiam prestações positivas do Estado estaria sujeita aos limites da possibilidade de realização pelo governo. Assim, segundo o entendimento constitucional alemão, as prestações que exigem dispêndio dos cofres públicos estão restringidas a real capacidade de aporte financeiro do Estado, consideradas aquelas definidas pelo orçamento público e discricionariamente pelo parlamento e pelo executivo.

Assim, a Suprema Corte Alemã entendeu:

[...] que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. [...] mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 12).

No mesmo sentido, esclarecem Souza, Matsuda e Pereira (2011, p. 5):

No precedente alcunhado de *numerus clausus I*, a Corte Constitucional Alemã decidiu que aquelas leis que adotavam esse critério eram compatíveis com o texto constitucional, pois não seria possível garantir acesso universal ao ensino superior, diante da escassez dos recursos orçamentários. Recusou, dessa forma, a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas, para atender a todos os candidatos. Decidiu, outrossim, que o direito à liberdade de escolha da profissão, assegurado pelo texto constitucional alemão, não abrangia o direito irrestrito do cidadão de exigir vaga para o curso que escolhesse. Não seria razoável assegurar esse direito caso isso demandasse do Estado esforços tão intensos que implicassem em prejuízo para outros programas sociais ou políticas públicas.

Em virtude disso, segundo Canotillho (2000), os governos aderiram a tese da reserva do possível para justificar que só existem direitos sociais se existir dinheiro, configurando uma verdadeira reserva dos cofres cheios, o que acabaria por esvaziar o conceito de direito social exigível ou de um mínimo existencial.

O contraponto específico a Reserva do possível é o mínimo existencial considerado como expressão do princípio da dignidade da pessoa humana que se

presta a nortear se o indivíduo se encontra em uma condição de dignidade, não permitindo que este limite seja ultrapassado pela reserva do possível. Este conceito delimita quais direitos devem ser resguardados e que são pleiteáveis em juízo, mesmo que force aos poderes eleitos atitudes que não tomaram por si próprios, não se configurando, então, como invasão de competência. Do contrário, seria o mesmo que admitir a possibilidade de admissão que o ser humano, que teve esse mínimo violado, continue vivendo em estado de indignidade (WATANABE, 2011). Logo:

O mínimo existencial – compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável e a vinculação com o direito à saúde, tomado aqui em seu sentido mais amplo, é proposital e será retomada no último segmento!) – tem sido identificado – por alguns – como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade (SARLET; FIGUEIREDO, 2008).

Segundo Daniel Sarment., em que pese aos estudiosos normalmente localizarem a origem do conceito de mínimo existencial no direito alemão, o mestre Pontes de Miranda (1933 apud SARMENTO, 2016, p. 191), já referiu-se à existência de um direito público subjetivo à subsistência que compreenderia um mínimo vital. Continuando a lição, o saudoso mestre aponta:

Como direito público subjetivo, a subsistência realiza, no terreno da alimentação, das vestes e da habitação, o *standard of living* segundo três números, variáveis para maior indefinidamente e para menor até o limite, limite que é dado, respectivamente, pelo indispensável à vida quanto à nutrição, ao resguardo do corpo e à instalação. É o mínimo vital absoluto. Sempre, porém, que nos referirmos ao mínimo vital, deve-se entender o mínimo vital relativo, aquele que, atentando-se às circunstâncias de lugar e de tempo, se fixou para cada zona em determinado período [...]. O mínimo vital relativo tem de ser igual ou maior que o absoluto. O direito à subsistência torna sem razão de ser a caridade, a esmola, a humilhação do homem ante o homem. [...] Não se peça a outrem, porque falte; exija-se do Estado, porque êste deve. Em vez da súplica, o direito (SARMENTO, 2016, p. 191).

Portanto, a presente crítica afirma que a judicialização e o ativismo judicial não respeitam o limite da reserva do possível e alargam o conceito de mínimo existencial, obrigando o Estado a parcelas acima de sua capacidade financeira, técnica e jurídica, que chegam a impactar no princípio da igualdade. Ainda, essa

crítica aponta que o judiciário passa a tomar decisões que são de competência discricionária dos poderes eleitos, o que fere o princípio da separação dos poderes.

Modernamente, essa crítica veio a substituir ou complementar as razões da negativa do Estado no cumprimento de seus deveres no lugar antes ocupado pelos argumentos das normas programáticas, da separação dos poderes e da discricionariedade dos atos estatais. Nos dizeres de Ana Paula Barcellos (2002 apud MANICA, 2011, p. 12). “[...] esta é a razão central para negativas do estado que na ausência de um estudo mais aprofundado, a reserva do possível funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais.”.

A atuação do judiciário, para materialização de direitos prestacionais que envolvem custos e escolhas, deveria estar limitada à reserva do possível, não havendo possibilidade de os magistrados concederem benesses que a extrapolassem as possibilidades do Estado gestor. Contudo, toda vez que algo fosse pleiteado em juízo, bastaria ao executivo alegar falta de recursos para se esquivar de cumprir suas atribuições recebidas pelo voto popular, o que não encontra respaldo na Constituição Federal. Em uma ordem constitucional justa, esse conceito não pode ser usado para mitigar realizações que possam promover justiça social, nem se ater a garantia de um mínimo no combate das mazelas sociais. Assim, o Estado não pode se restringir a busca de condições de mera sobrevivência física, mas também deve abarcar a materialização de um mínimo sociocultural, configurado por prestações que, apesar de não parecerem, em princípio, indispensáveis à sobrevivência física, são elementares a uma vida digna, como o direito à educação:

Nesse sentido, não parece aceitável a alegação de reserva do financeiramente possível como limite à efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Muito menos por parte do Poder Judiciário, que não tem legitimidade para dar interpretação restritiva à efetivação de direitos humanos. Se existem crianças fora da escola, por exemplo, e o Estado alega ausência de recursos financeiros suficientes para efetivar o direito à educação, é porque o Estado desrespeitou, além dos direitos humanos, regras de planejamento orçamentário educacional de curto, médio e longo prazo. Não pode, agora, valer-se de sua própria torpeza para furta-se à obrigação de efetivar esse direito social. [...] Se o Estado alega falta de recursos para a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais a agressão aos direitos humanos é dupla: uma comissiva, caracterizada pela má gestão dos recursos públicos e que acaba por gerar uma lesão omissiva, explicitada pela inércia na efetivação dos direitos humanos (VAZ, 2009, p. 125).

Em sintonia com Daniel Sarmento, não há que se falar que a judicialização fomenta a extrapolação do mínimo existencial, esvaziando a reserva do possível, nem que configura invasão de competência própria dos poderes eleitos, porque o judiciário detém legitimidade para garantir esse mínimo, ainda que envolva escolhas alocativas e desalocativas de recursos, desde que estas não coadunem com as prioridades constitucionais. Lógico que o ideal seria que as decisões do judiciário que interferem na lógica majoritária fossem flexíveis e baseadas no diálogo, possibilitando a adequação da atuação do Estado aos princípios constitucionais e suas prioridades decorrentes da interpretação judicial deles (SARMENTO, 2016).

Nessa linha de raciocínio, Watanabe (2011) afirma urgir uma conscientização do judiciário que na lúdima atuação com fins à concretização dos direitos fundamentais sociais insculpidos na carta magna, haja cuidado e responsabilidade para que no momento que concederem ou negarem prestação social ou ainda, quando declararem nulidade de algum ato, estejam atentos aos princípios democráticos e à separação dos poderes, com intuito de não causar prejuízos ao jogo democrático, nem atrasos ou inconvenientes desnecessários na atuação majoritária.

Assim, pode-se afirmar que o Estado deve garantir um mínimo existencial em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida. Esse mínimo deve ser progressivamente dilatado, tornando-se o máximo possível. A definição do mínimo existencial é praticamente feita apenas na casuística, não existindo concordância doutrinária sobre o tema. Mesmo considerando que os direitos fundamentais como não sendo direitos absolutos, o que encontra limites também na casuística e no choque de princípios, deve ser reconhecida a legitimidade do judiciário como arena para discussão na ponderação de direitos fundamentais que colidem entre si, como, por exemplo, o direito a um medicamento extremamente caro para uma única pessoa e o direito à igualdade (CLEVE, 2006).

#### 4.7 ABUSO E INTERESSES ESCUSOS

O abuso na judicialização da saúde pode ser caracterizado por pedidos considerados desarrazoados, absurdos ou fruto de superstição. São exemplos disto casos em que a administração pública é condenada a fornecer produtos como iogurtes, requeijão cremoso, queijo fresco, biscoitos, adoçante, leite desnatado,

remédio para disfunção erétil, mel, xampu (BARRADAS, 2007) e, até mesmo, cogumelo do sol, que é um produto de terapia alternativa e de eficácia discutível (BARROSO, 2008). Outro exemplo são os processos que exigem medicamentos de marca, quando há genérico ou similar no sistema público.

Todavia, esses são os casos mais simples de se verificar o abuso diante do direito à saúde e sua busca judicial. São mais graves os casos em que as doenças têm tratamento disponível nos programas estatais, mas os profissionais de saúde prescrevem outros que são caros e não são fornecidos pelo Estado, como no caso de falsa demanda ou necessidade criada por médicos ou laboratórios, que prestigiam determinados medicamentos ou práticas dispendiosas, direcionando o paciente para esses tratamentos ou os fazendo consumir remédios mais caros e nem sempre mais eficazes (NALINI, 2013).

Deve-se ter em mente que tratamentos caros, de alta complexidade, não conseguem ser arcados pela maioria das pessoas comuns. Então, para ser viável economicamente, ele deve ter por clientes o Estado ou os planos de saúde. Porém, se não faz partes das listas oficiais – públicas ou privadas –, a indústria buscará diversas formas de obrigar a inclusão por via judicial.

Em primeiro lugar, existem tratamentos alternativos ao estatal que tem registro nos órgãos responsáveis ou, pelo menos, já tem seus efeitos comprovados em outros países. Aqui o problema é o custo – normalmente superior – e ausência do medicamento/procedimento nos programas governamentais e o tratamento diferenciado que será ofertado ao paciente que obter êxito judicial, mas que poderia ter tratamento dentro dos programas governamentais. Também existem os casos em que a indústria farmacêutica, por meio de marketing e benesses (ANGELL, 2014), induz os profissionais de saúde a prescreverem tratamentos experimentais, possibilitando que pessoas no limiar do desespero busquem no judiciário o “direito de ser cobaia” e de forçar o ingresso desses novos tratamentos no mercado brasileiro, isto é, transformando a garantia constitucional de saúde no direito de ser cobaia humana autorizada e financiada pelo Estado.

Esses pacientes julgaram que decidir sobre a aceitabilidade dos riscos assumidos era uma questão de direitos humanos. No entanto, esse episódio – em que pacientes redefiniram os termos permissíveis da experimentação – pode ser uma exceção na história da experimentação humana. É mais comum que os atores políticos, os interesses econômicos, as práticas científicas e a lei – e não os

pacientes – renegociem a linha divisória entre o que é experimental e o que é não experimental (rotineiro, aceitável) (Marks, H., 2002), reformulando assim os termos pelos quais os direitos de sujeitos humanos são reconhecidos, protegidos ou violados (PETRYNA, 2011, p. 134).

[...] o autor da demanda, em alguns casos, pode estar servindo como mera cobaia, o que, no limite, poderá implicar até mesmo violação da própria dignidade da pessoa humana, que, em situações mais extremas, importa até mesmo no dever de proteção da pessoa contra si mesma por parte do Estado e de terceiros (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 22).

Como esses medicamentos que não fazem parte do programa estatal, e para ingressar no mercado é realizado um lobby das indústrias farmacêuticas fomentando a crença na eficiência e avanço tecnológicos desse novo medicamento em relação aos já usados, inclusive acusando o Estado de não fornecimento em razão, meramente, de custo financeiro do medicamento dito inovador e eficaz.

Esse comportamento parece corroborar a estratégia para a introdução de uma 'inovação'. Inicialmente o produto é apresentado em eventos científicos, de preferência por meio de palestras ou conferências de um profissional de prestígio na especialidade. Em seguida, alguns médicos passam a prescrevê-lo. Os pacientes orientados pelos próprios médicos ou por associações de portadores da patologia, frequentemente subsidiadas pelas indústrias farmacêuticas, procuram a via judicial para obter a garantia de acesso. O processo se repete ampliando progressivamente o número de demandantes. [...] Grande parte da demanda judicial solicita medicamentos não incorporados pelo SUS, isto é, que não têm sua distribuição prevista por algum dos programas de assistência farmacêutica (CHIEFFI et al., 2010, p. 428).

Dessa forma, a indústria farmacêutica tem uma relação de ganho/ganho, afinal consegue que o judiciário determine a compra e o fornecimento do medicamento, sem comprovação de eficácia e, por vias difusas, insere seu medicamento no mercado. Ademais, acaba conseguindo que o Estado legitime e financie sua pesquisa, pois paga o tratamento e permite o ensaio clínico por meio do acatamento da decisão judicial.

Segundo diversos autores, essas ações judiciais, que obrigam o Estado arcar com tratamentos de saúde sem registro na agência nacional de vigilância sanitária, são parte de uma estratégia da indústria para pressionar pela aprovação desses produtos pelas autoridades reguladoras (PEPE et al., 2010b), lançando novos medicamentos, antes mesmo de terem sua eficácia atestada, sempre com preços

maiores que os anteriores, sendo inacessíveis à população em geral que, para obtê-los, procuram a via judicial para obrigar o Estado a pagar por esse tratamento, resultando em lucros exorbitantes para indústria farmacêutica (MIRANDA, 2010). Há, ainda, os casos de estímulo e financiamento de grupos de pessoas ligadas a determinadas doenças que são levadas a crer que o novo medicamento é o único capaz de cura e, portanto, são estimuladas a exercer pressão no poder público ou buscar judicialmente esse provimento.

Nesse processo de estreitamento das relações da farmaíndústria com a população incluem-se, obviamente, as associações representativas de pacientes, de consumidores de medicamentos, na busca pela intervenção nas políticas de medicamentos e de saúde, no sentido de atender aos interesses comerciais do setor farmacêutico, como bem demonstraram, por exemplo, Ball, Tisocki e Herxkeimer (2006). Sweet (2009) citou uma campanha através da internet, dirigida pelo setor farmacêutico, em que foram obtidas mais de 80 mil assinaturas em apenas três semanas, em uma petição para influenciar as decisões sobre financiamento de vacinas contra papilomavirus. (SOARES et al., 2012, p. 318).

Ocorrem situações em que as indústrias farmacêuticas criam novas doenças ou parâmetros para considerar alguém doente, o que amplia a prescrição de tratamentos. Um exemplo disto foi o parâmetro para uso da estatina no tratamento da hipercolesterolemia. Assim, nos EUA, a população indicada a usar estatina passou de 13 para 36 milhões e o mais grave disto é que além do fato de que 2/3 dos profissionais, que fixaram esse novo parâmetro, receberem financiamento da indústria, eles não se importaram com os efeitos colaterais provocados pela substância quando aumentaram a possibilidade prescrição alterando o conceito de “doente”. Além disso, também existe a deturpação de dados experimentais para a consecução de dados favoráveis (LAVOR et al., 2010).

O provimento judicial desses tratamentos, na maioria caríssimos, em que o Estado ou planos de saúde são os únicos com condição de suportá-lo, tem impacto direto nas contas públicas. Prestações individuais – em um embate vida/morte – são deferidas por juízes por uma questão moral, não sendo levado em conta os direitos da coletividade, seja por dar tratamentos diversos para pacientes na mesma situação, seja pelos efeitos perniciosos nas contas públicas.

#### 4.8. LIMITAÇÃO DO DEBATE E ELITIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO

A crítica quanto à limitação do debate e elitização da prestação aponta que a judicialização de direitos fundamentais, no momento que desloca a competência das decisões das políticas públicas de saúde, resulta por levar as decisões da política majoritária para o judiciário e, também, das decisões coletivas para individuais, o que favoreceria uma elite intelectual e financeira que teria condições de reconhecer seus direitos e cobrá-los judicialmente por meio de advocacia paga, excluindo aqueles que não entendem e nem têm acesso ao ambiente forense.

Do mesmo modo, as políticas públicas devem buscar diminuição das desigualdades, mas se o judiciário se torna responsável pela implementação de políticas públicas, serão atendidas apenas as pessoas com acesso à justiça, normalmente pessoas com maior formação – sabedoras de seus direitos – ou poder financeiro para contratação de advogados, afinal “[...] os recursos são escassos e sua divisão e apropriação por alguns segmentos – mais politizados e articulados – pode ser feita em detrimento de outras áreas da saúde pública, politicamente menos organizadas e, por isto, com acesso mais difícil ao Poder Judiciário.” (TAVARES, 2002, p. 109). Nesse sentido, o Ministro Barroso afirma que

As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média (BARROSO, 2008, p. 27).

O que se deve perceber é que para que haja elitização dessa prestação, deveria haver incapacidade do cidadão, que deve ser analisada sobre uma multiplicidade de fatores, mas, também, a capacidade das instituições governamentais de igualar condições entre o hipossuficiente e o cidadão da elite. Portanto, o regime democrático se assenta na compreensão de que os cidadãos devem ter igual oportunidade de participar do processo de formação da vontade da comunidade política que integram. Assim, deve ser assegurado a todos condições

materiais básicas de vida, que possibilitem a instauração, na esfera pública, de relações simétricas entre cidadãos tratados como livre e iguais (SARMENTO, 2016).

Isto quer dizer que os cidadãos devem estar aptos intelectualmente para decidir e não devem sofrer pressões de terceiros. O problema é que a judicialização leva essa discussão da política para o judiciário, onde apenas atores qualificados ou representados por atores qualificados conseguem agir, podendo, por exemplo, realocar recursos que tiveram destinação determinada por conselhos comunitários.

Sob o prisma do controle social o prejuízo à democracia não se resume a problemas de transparência e avaliação, mas, sobretudo, de participação. Se a gestão dos recursos financeiros está nas mãos do juiz, não está nas de quem deveria estar, a exemplo dos Conselhos Municipais de Saúde, no caso da judicialização da saúde. [...] Portanto, essa impermeabilidade da jurisdição à cidadania traz consigo problemas elementares para a democracia. A primeira consequência drástica da judicialização é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem têm acesso aos *locus* de discussão jurídica. A judicialização tende a mudar o foco da discussão pública, que passa de um ambiente onde as razões podem ser postas de maneira aberta e abrangente para um outro altamente técnico e formal, tendo por objeto textos e ideias acerca de interpretação (GODOIS, 2016, p. 13).

Diniz alerta que conceder direitos judiciais, que são pleiteados apenas por pessoas com condições privilegiadas de acesso, finda por alocar recursos individualmente, retirando-os das políticas públicas que atenderiam a coletividade, muitas vezes retirando a proteção social dos mais necessitados, e cita a crítica de Salomão Filho (2012 apud DINIZ, 2013, p. 474) que afirma que

[...] o Judiciário, na proteção dos direitos econômicos e sociais, garante maior proteção aos já privilegiados e descuida dos menos favorecidos, mantendo, assim, a desigualdade social e garantindo sobrevida às estruturas de concentração do poder e do domínio econômico. Por fim, chama esse fenômeno de direitos sociais contra os pobres.

Essa crítica foi a propulsora desse trabalho, porque foi verificado que existem vários estudos contraditórios sobre o tema que apontam conclusões frontalmente contrárias. A seguir, aponta-se alguns exemplos disto:

Em pesquisa realizada no Município de São Paulo, em 2005, referente ao fornecimento de medicamento, esperava-se que houvessem mais processos sendo

impetrados por defensores públicos, mas, na realidade, 54% foram impetrados por advogados particulares. Os autores dessa pesquisa sustentam que isto leva a crer que os autores desses processos têm condições financeiras para custear esses advogados (VIEIRA; ZUCCHI, 2007, p. 12).

Outra pesquisa de Lopes et al. (2010) feita em São Paulo, nos anos de 2006 e 2007, demonstra que mais de 50% dos processos judiciais e 40 % dos procedimentos administrativos para obtenção de medicamentos antineoplásicos vem do setor privado o que, segundo os autores, acaba “[...] privilegiando segmentos de usuários com mais recursos financeiros para pagar advogados, ou mais acesso à informação, em detrimento daqueles mais necessitados.” (LOPES et al., 2010, p. 622).

Em recente estudo do Conselho Nacional de Justiça, é possível verificar a preocupação dos personagens envolvidos com a judicialização, entre outros municípios, em Lages/SC:

A experiência de Lages possui estratégias formais e informais de efetivação do direito à saúde. Mesmo com os Consórcios e com o Núcleo, observa-se a existência de ações judiciais no município, apesar de reduzidas drasticamente conforme foram sendo desenvolvidas as estratégias extrajudiciais. Existe nas falas o reconhecimento de que a judicialização da saúde pode ter certa seletividade. Afirma-se que nem todos conhecem seus direitos e muitos outros não têm conhecimento da existência da Defensoria Pública ou possuem recursos para pagar os advogados privados. Os relatos apontam que o perfil do litigante em matéria de saúde pode ser ‘colonizado’ pela classe média, que tem condições mais favoráveis à litigação que as demais. Nesse sentido, em Lages buscou-se compensar a seletividade do processo judicial com uma postura proativa e preventiva do Judiciário (ASENSI et al., 2015, p. 97).

Outro estudo realizado no Ceará, entre 1998 e 2012, em que foram utilizados dados disponíveis no sítio oficial do Tribunal de Justiça, também aponta que maioria (68,4%) dos autores em processo requerendo medicamentos foram requeridos por meio de advogados particulares e, além disto, demonstra que existem advogados particulares especialistas nessa área que acumulam considerável quantia de processos (25,7%). Nunes et al. (2016) conclui que as características técnicas do direito à saúde e ausência do Estado na resolução dos problemas de saúde ligados a vulnerabilidade social indicam que a esteira em que caminha a judicialização não

favorece os cidadãos mais pobres, sendo, em muitos casos, utilizada para requerer novidades terapêuticas, o que é sabido apenas por classes mais elitizadas. O autor adverte, contudo, que seu estudo não é suficiente para cravar que a judicialização amplia as desigualdades (NUNES et al., 2016).

O ministério Público, a defensoria pública, a defensoria dativa – realizada por advogados particulares, mas paga, caso a caso, pelo estado – e a atuação de ONGs tendem a equilibrar essa hipossuficiência:

Prova ademais o argumento de que o reconhecimento dos direitos sociais fundamentais em prol de um indivíduo privilegia aqueles que podem conhecer seus direitos e enfrentar os custos de ações judiciais. Em nosso ordenamento jurídico, mesmo os mais pobres e desvalidos podem ter acesso gratuito à justiça, através dos órgãos de assistência judiciária e das defensorias públicas. Quanto a conhecerem seus direitos, também mesmo os mais pobres e desvalidos têm acesso aos meios de comunicação, que frequentemente noticiam casos semelhantes (BORGES, 2014, p. 29).

Penalva, Diniz e Machado (2014) contrariam essa tese com amplo estudo feito no Distrito Federal, em que analisaram 87% processos sobre saúde que ocorreram entre 2005 a 2010, e afirmam não existir relação entre judicialização e elitização da prestação, sendo que 95% dos processos pesquisados tiveram a defensoria como representante dos atores. Dessa forma, a “[...] judicialização da saúde apresenta um aspecto positivo, indicando maior participação da população por meio da exigência de cumprimento de seus direitos, ou, nos dizeres de Sílvia Marques, representa o “exercício efetivo de cidadania.” (DINIZ, 2013, p. 474).

Pesquisa realizada no Tribunal de justiça do Rio de Janeiro, em 2007 e 2008, com os processos individuais requerendo medicamentos, demonstrou que uma grande parcela da população acessou à justiça pelo benefício da gratuidade de justiça, pela advocacia dativa, ou por defensores públicos estatais – características que comprovam o acesso dos mais pobres à saúde por meio do judiciário (VENTURA, 2010). O autor arremata que o Estado Democrático de Direito pressupõe que seja assim mesmo: acesso universal à justiça para reparar lesão aos seus direitos, sendo que gratuidade e a existência de formas de representação gratuita são exigências de viabilidade e demonstração de conquista do acesso da população ao judiciário (VENTURA, 2010).

Além das defensorias públicas e dos advogados dativos, a atuação do ministério público é uma forma de igualar condições de acesso entre essa elite e os cidadãos hipossuficientes em relação ao acesso ao judiciário e o próprio conhecimento do direito e formas de requerê-lo. Segundo Arantes (1999, p. 89-90), “[...] o movimento de judicialização/politização tem fortes traços de voluntarismo político. Refiro-me aos integrantes do Ministério Público.”. O autor induz, ainda, que seus membros têm se dedicado arduamente para a construção de cidadania, não cruzando os braços diante das ausências normativas causadas pela inércia do legislativo ou pelas omissões do executivo, em relação às normas programáticas que, antes, só poderiam ser cobradas no campo político e, agora, podem ser levadas por todos, individual ou coletivamente, ao judiciário por meio da atuação dos promotores (ARANTES, 1999).

## 5 USUÁRIO-LITIGANTE NA COMARCA DE MATELÂNDIA

No presente trabalho o aporte teórico colacionado se prestará, com os dados já dessorados, a formar uma compreensão de como o fenômeno da judicialização da saúde impacta nesse direito fundamental, na Comarca de Matelândia. Essa conexão entre a teoria e o perfil é importante para ter uma avaliação se o atendimento de saúde pelos municípios integrantes das comarcas é potencializado, universalizado, tem seu caráter de integralidade expandido ou se, ao contrário, é prejudicado pela judicialização.

Dados como *origem do processo* servem a compressão da crítica sobre elitização, por exemplo. *Listas oficiais* valem para avaliação sobre os impactos na esfera organizacional e financeira do estado. Enfim, avaliada a existência de pesquisas com resultados conflitantes e, até mesmo, antagônicos em outras amostras, será determinada a influência, positiva ou não, da massificação da via judicial para atendimento desse direito fundamental.

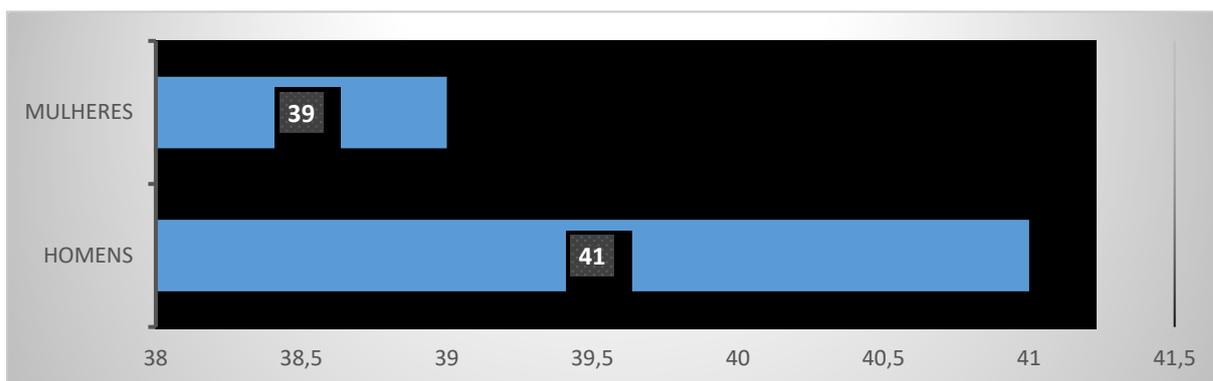
Conforme exposto na introdução, foram fornecidos pelo Ministério Público da Comarca de Matelândia, estado do Paraná, todos os processos judiciais e procedimentos administrativos feitos no período apontado, que versassem sobre prestações na área de saúde.

De início, foi possível perceber que quanto ao gênero não há nenhuma diferença entre os usuários-litigantes, sendo que cada gênero pleiteou metade dos processos e procedimentos.

**Gráfico 1 - Gênero nos processos**

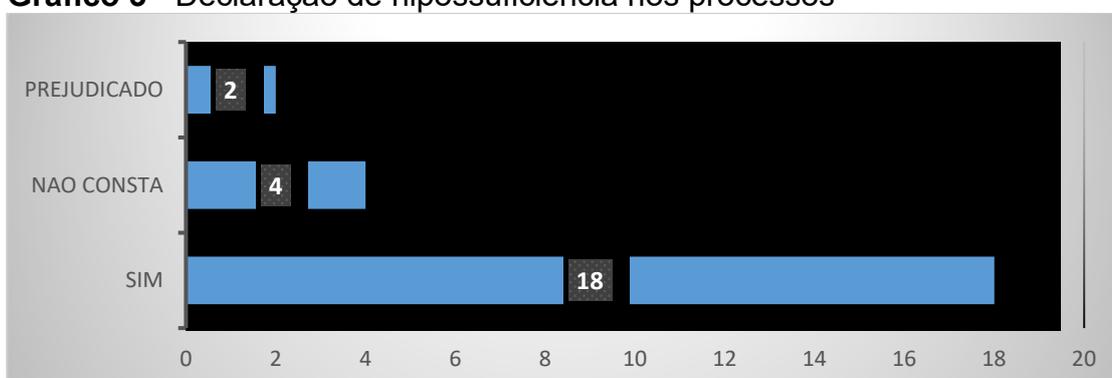


Fonte: Dados da pesquisa, 2017.

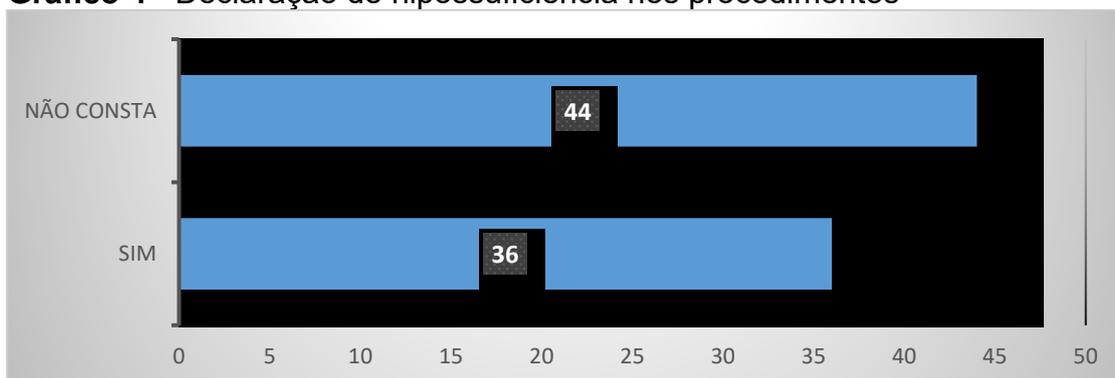
**Gráfico 2 - Gênero nos procedimentos**

Fonte: Dados da pesquisa, 2017.

O dado *declaração de hipossuficiência* demonstra que nos processos judiciais constou, ainda que indiretamente, a indicação de hipossuficiência em relação ao processo ou a compra do medicamento/tratamento, isto é, o usuário-litigante afirmou que não poderia arcar com remédio ou com o processo sem prejuízo de seu sustento e de sua família. Nos procedimentos, houve equilíbrio entre quem apontava essa necessidade e quem não faz. Isto é causado, principalmente, pela universalidade do direito à saúde que não distingue classe social em relação à saúde. Conforme se verá adiante, as defesas feitas nos processos não argumentam nessa direção, e o Estado Democrático de Direito pressupõe que seja assim mesmo: acesso universal à justiça para reparar lesão aos seus direitos, sendo que gratuidade e a existência de formas de representação gratuita são exigências de viabilidade e demonstração de conquista do acesso da população ao judiciário (VENTURA, 2010).

**Gráfico 3 - Declaração de hipossuficiência nos processos**

Fonte: Dados da pesquisa, 2017.

**Gráfico 4 - Declaração de hipossuficiência nos procedimentos**

Fonte: Dados da pesquisa, 2017.

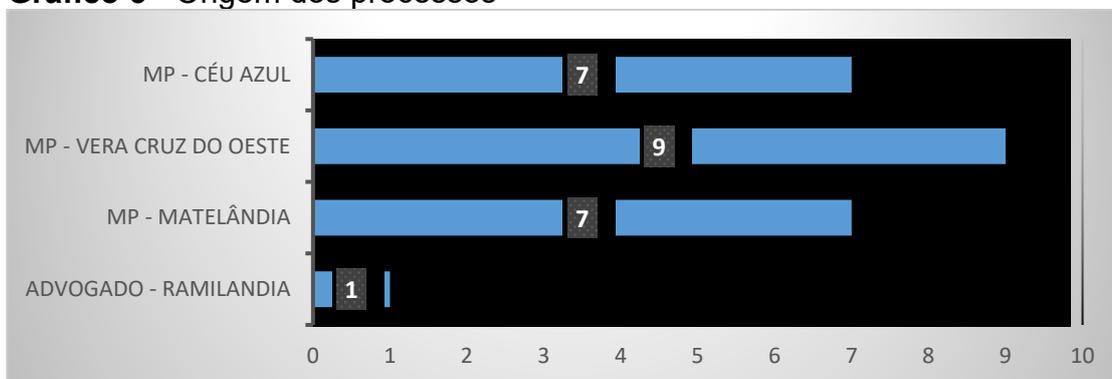
Quanto à *origem* do processo, foi verificado que apenas um processo foi iniciado por advogado particular e, nesse caso, feito por advocacia dativa, isto é, sem cobrança de honorários. Isto, de início, conjugado com os dados anteriores, pelo menos no recorte deste trabalho, contraria a tese de elitização. Não há nenhum processo ou procedimento iniciado pelo Ministério Público oriundo do Município de Ramilândia. Tal fato permite afirmar que o recorte aponta não ser verdadeira a crítica relacionada à elitização da prestação, que seria criada para pessoas mais capacitadas – intelectual e financeiramente – terem mais acesso à saúde pela via judicial.

Ramiro Sant’ana (2013) demonstra que a intervenção judicial é caminho *legítimo e eficaz* para concretização do direito à saúde, sendo o judiciário o guardião da eficácia da saúde, mesmo em casos que não haja política pública específica que atenda o caso concreto, servindo para superar, inclusive, limitações indevidas de leis e normas infraconstitucionais. Sant’ana (2013, p. 205) embasa suas conclusões, entre outros argumentos, no fato de que a atuação do Ministério Público e das Defensorias Públicas “[...] permitiu que a inclusão gerada pela intervenção judicial tanto a classe média/alta quanto a população de baixa renda, que no SUS a única esperança de atendimento [...]”, seria o caminho adequado para realização do direito à saúde, o que revela um caráter democratizante da judicialização da saúde. Convergindo, Delduque e Marques (2009, p. 103) apontam que:

No Distrito Federal, o acesso à justiça para a obtenção de medicamentos, é permeado pela forte atuação da Defensoria Pública, que representa um ator fundamental para que a discussão sobre a judicialização da saúde se trave no DF de forma satisfatória. Esse dado sugere que a demanda de medicamentos em face do Estado é feita pelas classes média e baixa da população do Distrito

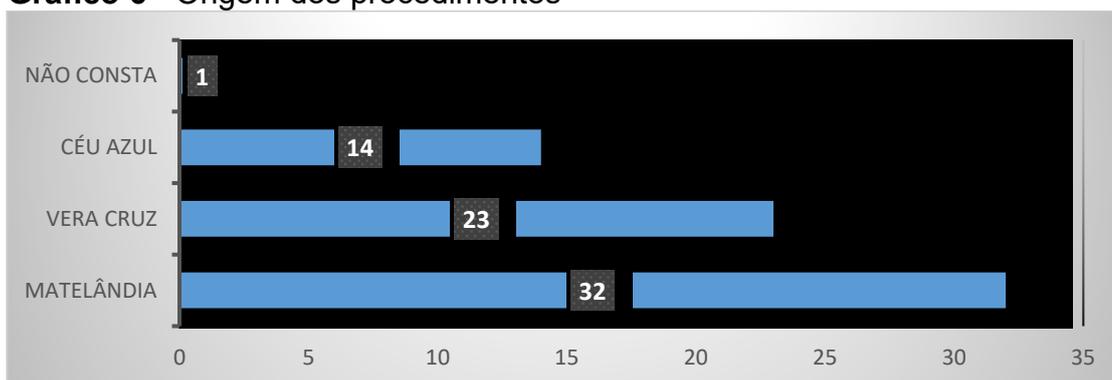
Federal. Isso se deve ao fato de que, para ser representado pela Defensoria Pública, o cidadão deve demonstrar que não possui recursos suficientes para contratar um advogado, sem prejuízos para a sua própria subsistência.

**Gráfico 5 - Origem dos processos**



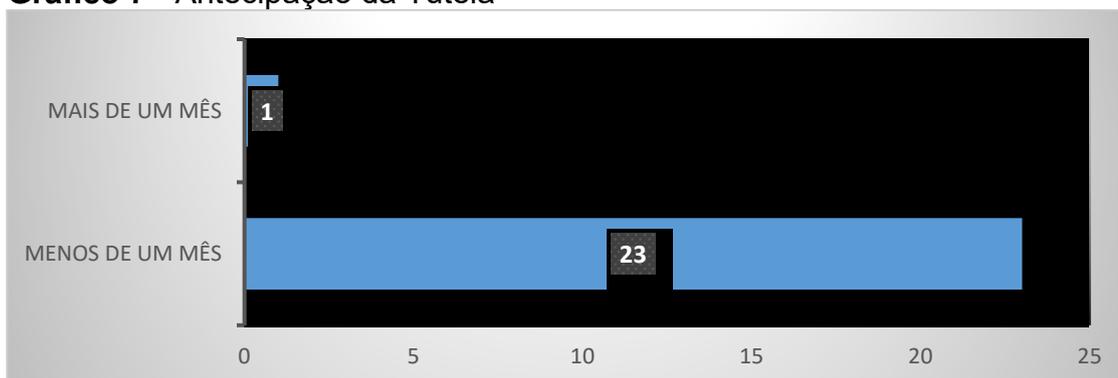
Fonte: Dados da pesquisa, 2017.

**Gráfico 6 - Origem dos procedimentos**



Fonte: Dados da pesquisa, 2017.

Foi verificado nos processos judiciais que em todos os casos foram deferidas antecipação da tutela sem oitiva do Estado e, normalmente, muito rapidamente. Em apenas um caso, em que foram requeridas informações médicas, demorou mais de um mês para concessão da prestação. Quanto ao trato dado ao princípio da igualdade, há a noção de que todas as pessoas na mesma condição tiveram acesso. Adiante, será pesado se o valor das prestações e sua inexistência nos programas e listas oficiais causam prejuízos para os valores democráticos.

**Gráfico 7 - Antecipação da Tutela**

Fonte: Dados da pesquisa, 2017.

Foi medido o *êxito* nos processos pelo deferimento das prestações requeridas em processos, seja em sede de antecipação de tutela, seja em sentença definitiva. Houve casos em que os autores faltaram em audiências, não compareceram ao Ministério Público, deixaram de fornecer documentos e, então, não obtiveram êxito nos processos. Infelizmente, em um processo houve tanta demora que o autor findou a falecer antes da conclusão do processo. Na maioria dos casos, a prestação foi obtida antes de sentença.

Nos procedimentos, houve casos de negativa – endossada pelo Ministério Público – por falta de comprovação científica do medicamento, como o *diston 1500 mg* e *glucosamina 1500 mg* para coxartrose. Em outros casos, foi deferida a prestação adequada as listas e programas oficiais como, por exemplo, o requerimento de *Januvia 50 mg* e *Citador 10 mg* para tratamento de diabetes tipo 2. Contudo, há medicamentos que, segundo os protocolos clínicos, *Metformina 850 mg* e *glibenclamida 5 mg*, entregam mesmo grau de eficácia e fazem parte das listas oficiais, portanto, o MP determinou o fornecimento destes. Tais decisões demonstram a preocupação do judiciário com a organização das atividades estatais e o respeito às listas e aos programas oficiais. Isto mostra que, na amostra, fornecer prestação estranha aos padrões são exceções justificadas.

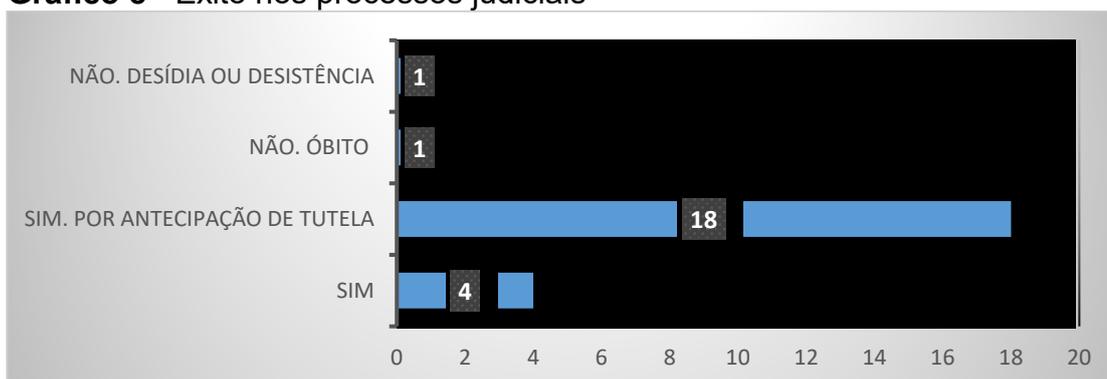
Vale lembrar que mesmo que existam programas oficiais, desde que seguidas cautelas para evitar abuso e malversação de verbas públicas causadoras de desequilíbrios e desigualdades, esse tipo de prestação deve ser efetivada, senão o caminho legítimo e constitucional é via judicial. O direito melhor se efetiva por meio de políticas públicas ou programas dos poderes majoritários detentores da *intenção pública*, mas isto não significa que a existência de programas e políticas públicas

sejam condições para exigibilidade de direitos fundamentais, caso contrário existiria uma situação teratológica em que a ausência da atividade estatal coibiria a exigência de atividade estatal (QUEIROZ, 2011). No mesmo sentido:

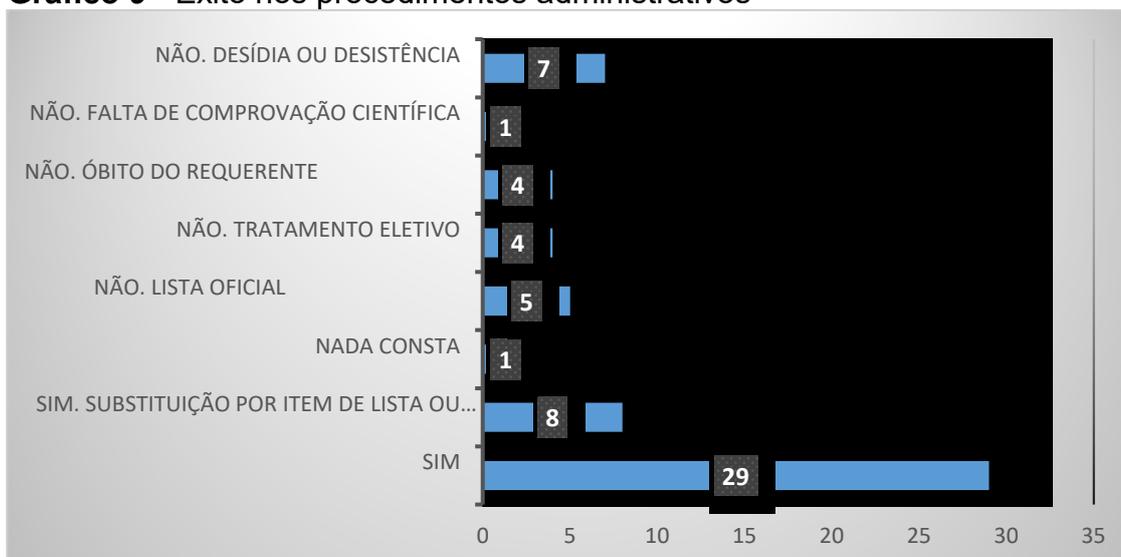
O direito à saúde (especialmente em relação a determinadas extensões mais evidentes). É claro que este foi regulamentado pelo legislador, razão pela qual, no âmbito do sistema unificado de saúde preconizado pela Constituição, em linhas gerais, estão definidas as ações de saúde a cargo da União, dos estados e dos municípios. Mas, ainda que não houvesse a definição legislativa, esse direito poderia ser reclamado perante o Judiciário. Daí a razão pela qual os cidadãos podem reivindicar, por exemplo, o acesso a um determinado medicamento, ou a um determinado tipo de tratamento, especialmente se eles foram devidamente recomendados pelas autoridades brasileiras (CLEVE, 2006, p. 247).

Um dos casos não constou o deslinde no procedimento, outros em que ocorreram óbito antes da prestação, como no exemplo de paciente esperando medicamento para câncer, e houve casos em que foi negada prestação por ser considerada eletiva, ou seja, o pedido deveria obrigatoriamente seguir uma fila de espera e não era considerado emergencial pelos protocolos clínicos – isto ocorre, normalmente, em cirurgias ortopédicas.

**Gráfico 8 - Êxito nos processos judiciais**

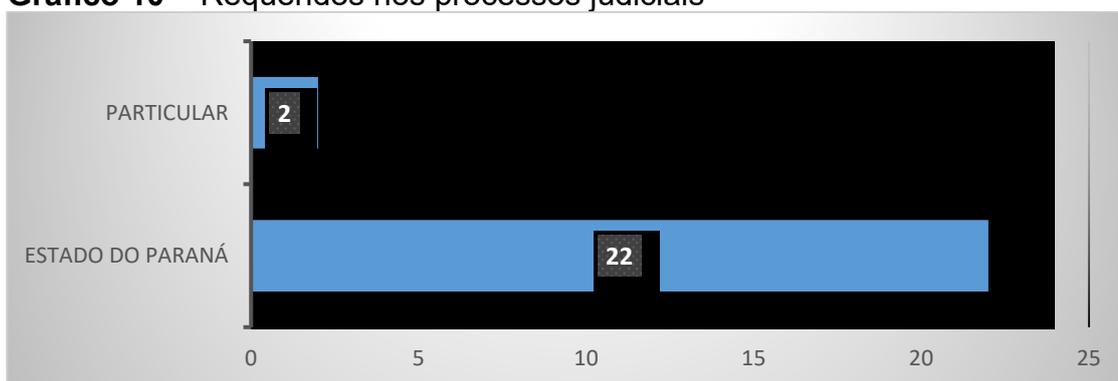


Fonte: Dados da pesquisa, 2017

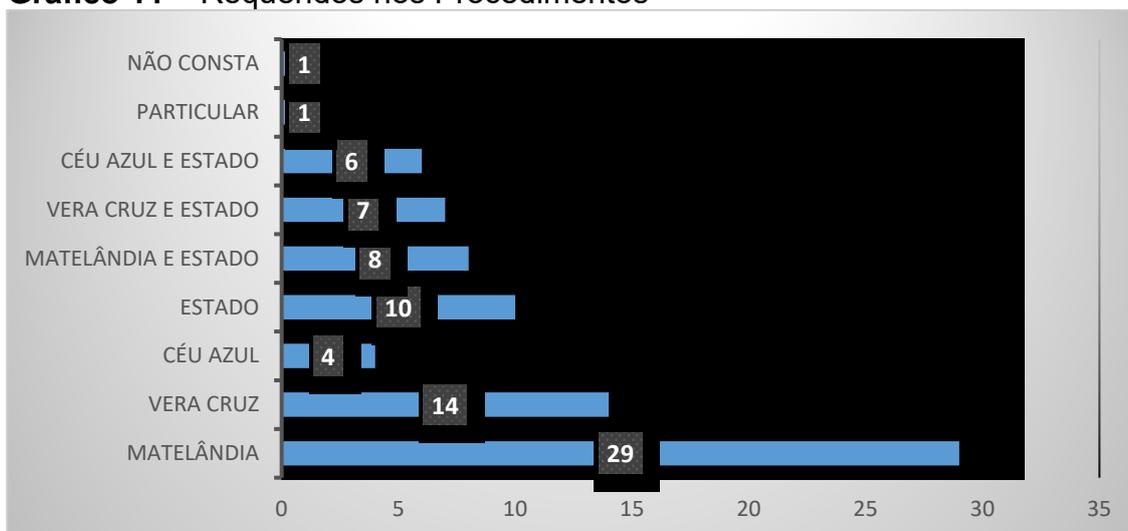
**Gráfico 9 - Êxito nos procedimentos administrativos**

Fonte: Dados da pesquisa, 2017

De posse dos processos e procedimentos administrativos instaurados pelo Ministério Público, também foram levantados quem foram os Réus. É importante esclarecer que os processos particulares foram casos em que se buscava internação compulsória de pessoas com hanseníase que não faziam o tratamento adequado e, desse modo, ofereciam risco à sociedade. Todavia, nenhuma delas chegou a ser internada, pois, após serem citadas, fizeram o tratamento corretamente.

**Gráfico 10 – Requeridos nos processos judiciais**

Fonte: Dados da pesquisa, 2017

**Gráfico 11 – Requeridos nos Procedimentos**

Fonte: Dados da pesquisa, 2017

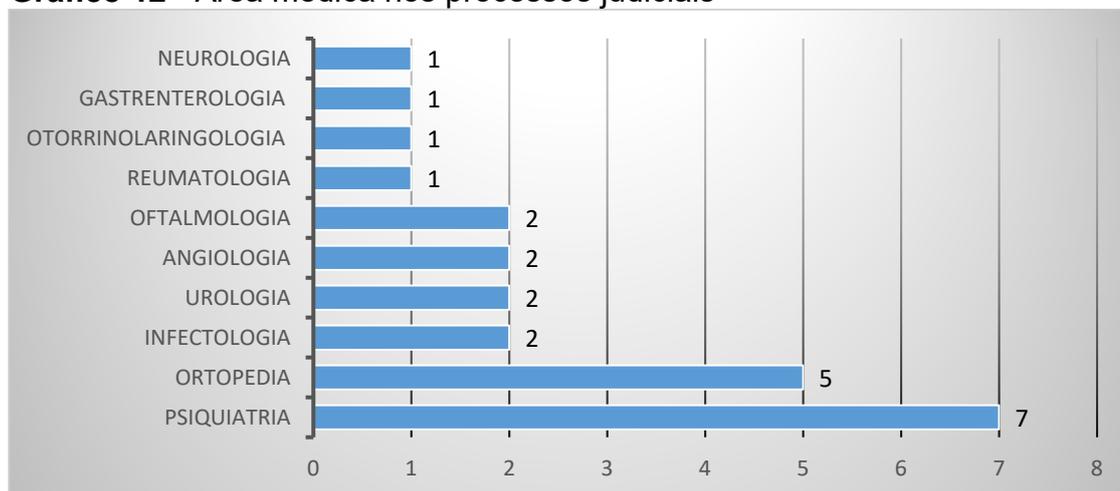
Ressalta-se que já é pacífico o entendimento sobre a solidariedade dos entes federados para responder as ações de saúde. Assim, qualquer uma das pessoas da federação pode ser nomeada a prestar providência de saúde, independentemente se entenda não ser de sua alçada aquela prestação, como é o caso dos medicamentos de alta complexidade, em que os municípios sempre se defendem afirmando ser atribuição da união. Dessa forma,

Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo. [AI 550.530 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 26-6-2012, 2ª T, DJE de 16-8-2012].

O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isso por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional. [RE 607.381 AgR, rel. min. Luiz Fux, j. 31-5-2011, 1ª T, DJE de 17-6-2011]= ARE 774.391 AgR, rel. min. Marco Aurélio, j. 18-2-2014, 1ª T, DJE de 19-3-2014 (STF, 2015, p. 1403)

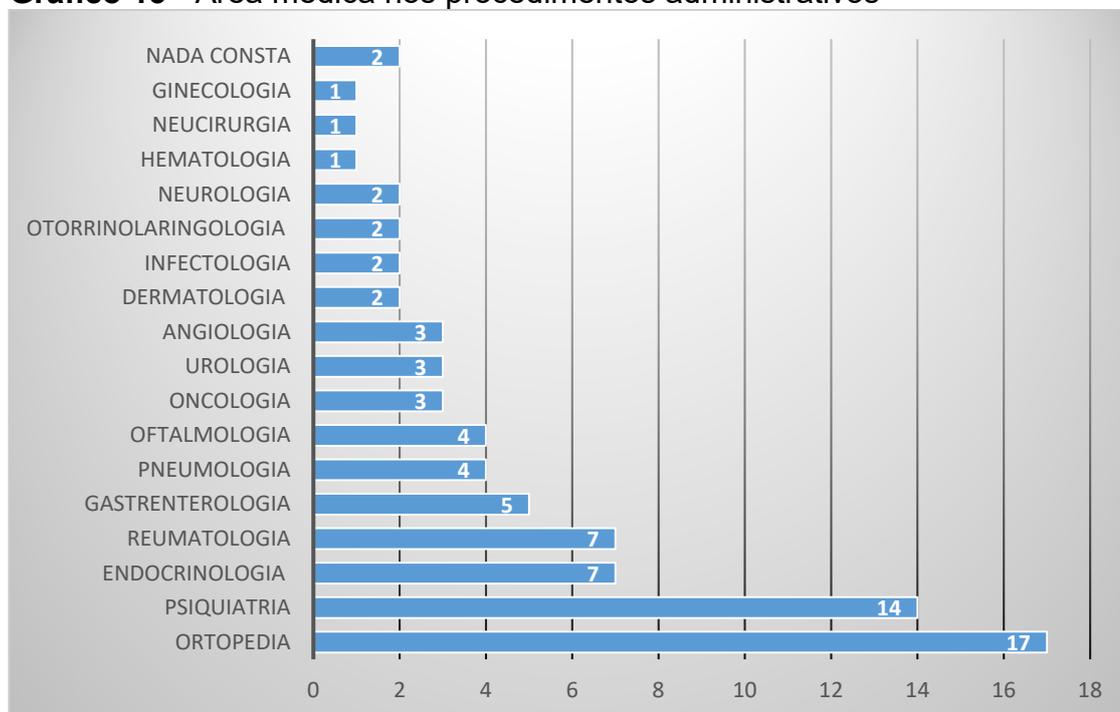
Os pedidos mais frequentes são feitos em ortopedia (cirurgias), seguidos por psiquiatria (medicamentos), e houve dois casos que foram relacionados à infectologia, por ter fator de interesse em saúde coletiva: AIDS e Hanseníase.

**Gráfico 12 - Área médica nos processos judiciais**



Fonte: Dados da pesquisa, 2017

**Gráfico 13 - Área médica nos procedimentos administrativos**

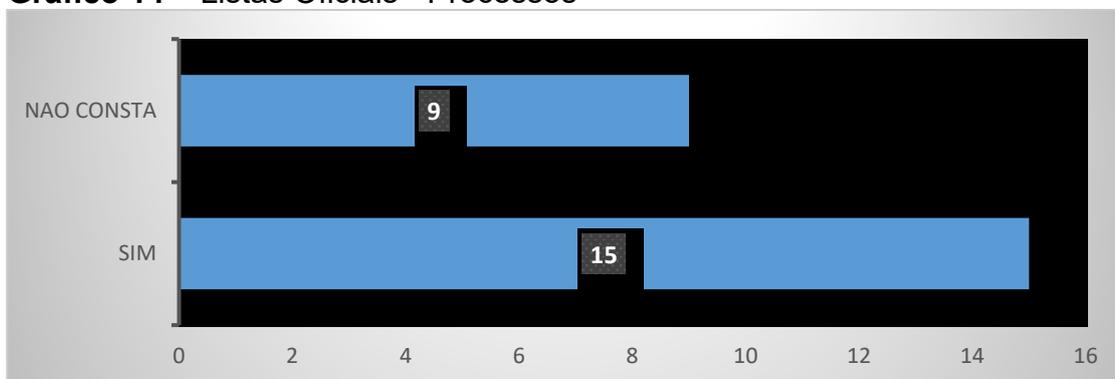


Fonte: Dados da pesquisa, 2017

Aferiu-se na amostra os números de processos e procedimentos em que foram pleiteados medicamentos ou outra prestação de saúde que não constasse nas

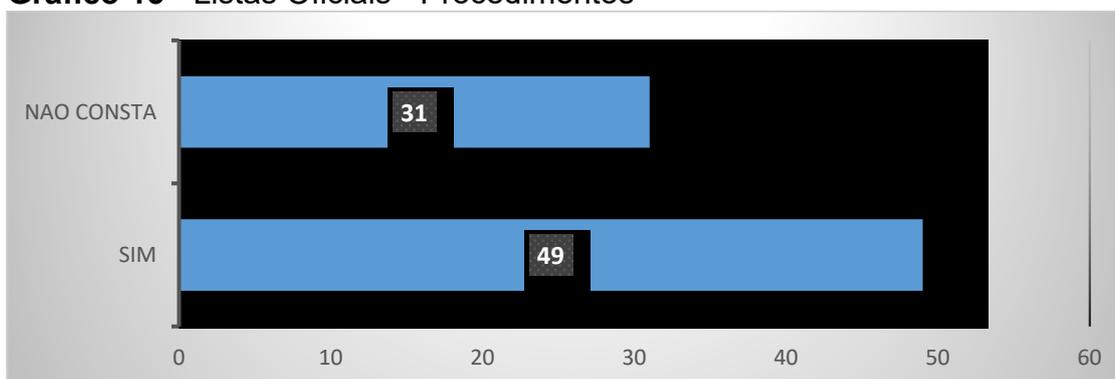
listas oficiais de medicamentos ou cirurgia e tratamento constantes das políticas públicas oficiais.

**Gráfico 14 – Listas Oficiais - Processos**



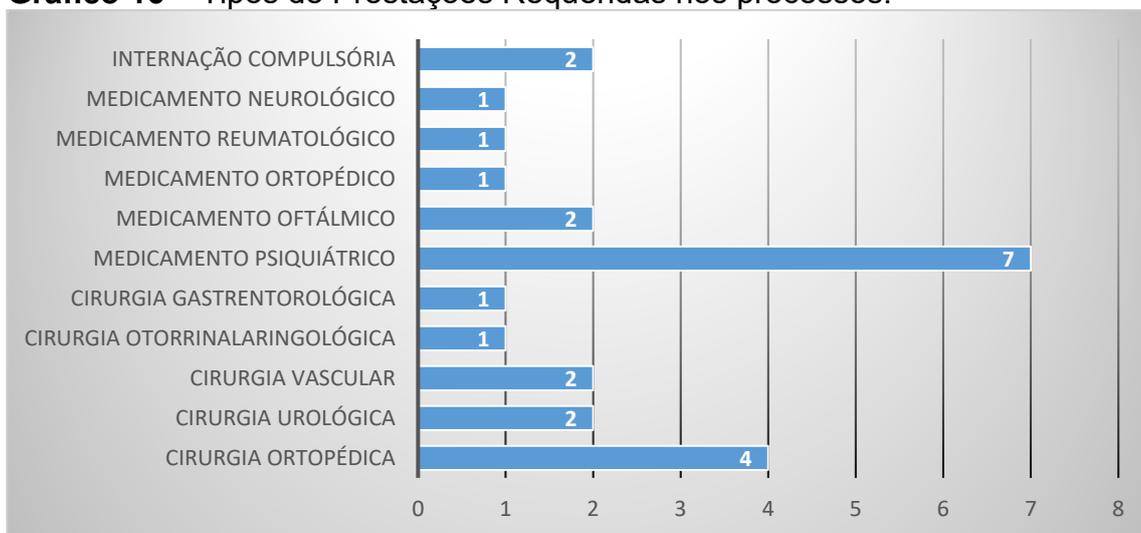
Fonte: Dados da pesquisa, 2017

**Gráfico 15 - Listas Oficiais - Procedimentos**

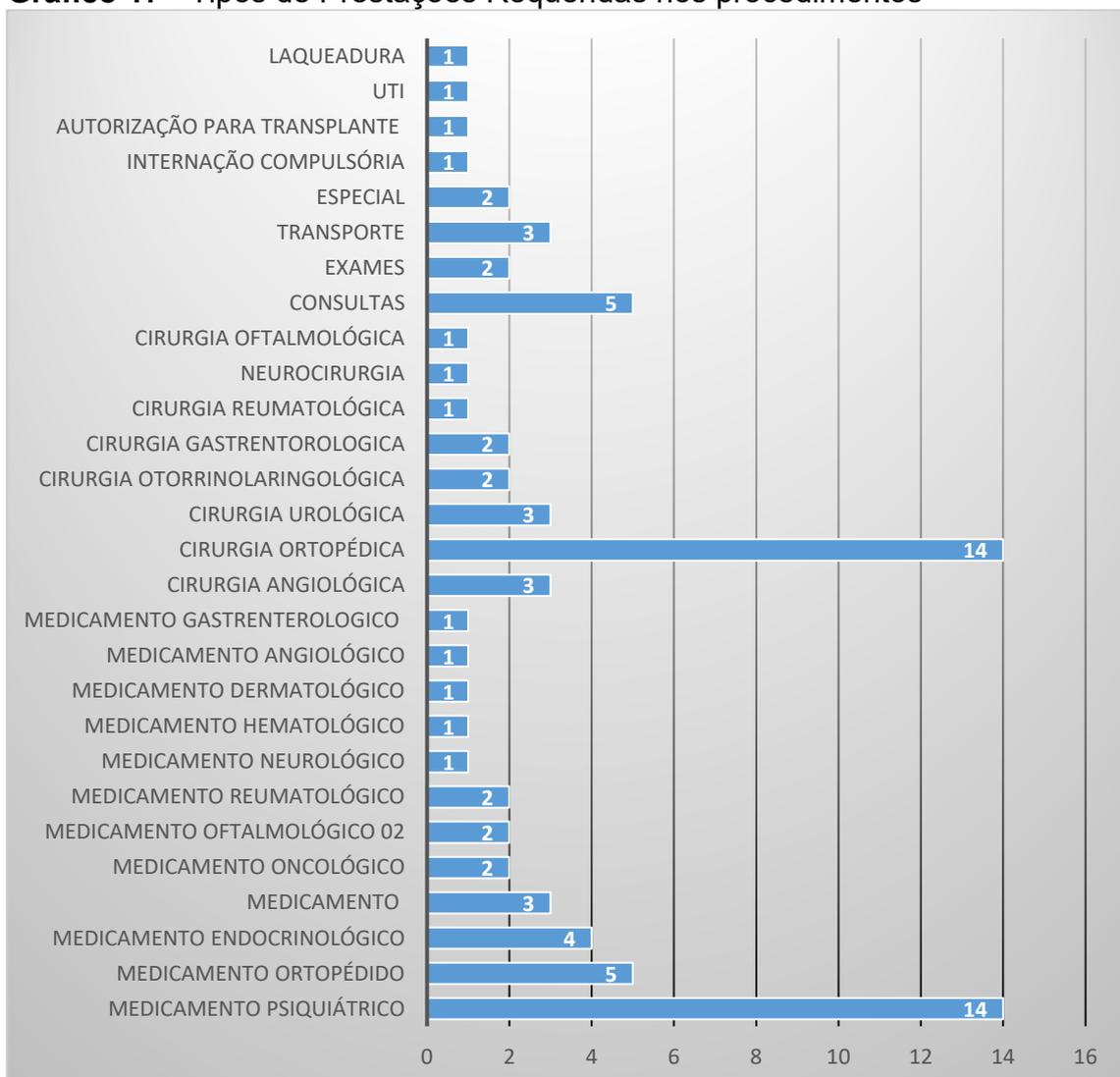


Fonte: Dados da pesquisa, 2017

Além da especialidade de saber se constam ou das listas ou programas oficiais, foi possível analisar quais os tipos de prestações foram mais requeridos. Apenas reforçando, os casos de internação compulsória, em que os autores são o Estado, são de hanseníase, em que os pacientes se negavam a realizar o tratamento. Quando ficaram cientes de que seriam internados se não o fizessem, passaram a comparecer ao posto de saúde para serem medicados corretamente, durante todo tratamento.

**Gráfico 16 – Tipos de Prestações Requeridas nos processos.**

Fonte: Dados da pesquisa, 2017

**Gráfico 17 - Tipos de Prestações Requeridas nos procedimentos**

Fonte: Dados da pesquisa, 2017

Quanto aos pedidos nos processos pesquisados, merece destaque que apenas dois eram particularmente caros e, concomitantemente, não constavam nas listas oficiais: O *Rituximabe* (tratamento de Lúpus), que custaria, de acordo com os autos, 14 mil reais por mês; e *Aubagio* (Doença de Pompe), que custaria 7 mil reais por mês. O *Avastin* foi requerido duas vezes para tratamento oftalmológico e remédios psiquiátricos para crianças foram requeridos em 04 oportunidades (*Ritalina* e *Sertralina*).

Nos procedimentos, considerando que existia menção ao valor em apenas 15 deles, apenas três processos são gritantes em virtude do valor: O *Rituximabe*, já citado anteriormente, 14 mil reais por mês, *Tocilizumabe*, para artrite reumatoide, 6,2 mil reais mensais, *Avastin*, para degeneração ocular, 6,8 mil reais; *Teriparatide*, para osteoporose, 1,6 mil reais mensais; *Donezepina* e *Risperidona*, para problemas psiquiátricos, 1 mil reais mensais; *Aristab*, para TDAH, 700 reais mensais, *Venvase*, para TDAH, 600 reais mensais; e *Difor* e *Reuquinol*, para fibromialgia, 600 reais mensais. Todos esses medicamentos não constam nas listas oficiais. Na verdade, a *Ritalina* faz partes das listas, mas não a *Ritalina* LA, que, segundo as argumentações dos municípios, é apenas um tipo de medicamento de liberação mais lenta, portanto poderia ser tomado em doses mais distantes um da outra.

Em relação a esse exemplo da *Ritalina*, que segundo os dados recolhidos não parece ser imprescindível, mas mera comodidade que não deveria ser paga por verba tão parca, fica claro que não houve, no recorte, significativo número de pedidos caros a ponto de causar a desorganização das atividades do Estado, nem provocou desigualdade de atendimento, porque os processos se preocupam em se instruí da necessidade do medicamento, da existência de outro com mesmo resultado e de sua imprescindibilidade. Assim,

A implementação de políticas públicas por determinação judicial não representa invasão de poderes nem ofensa à Constituição Federal, pois realizada de acordo com as peculiaridades do caso concreto e lastreada na dignidade da pessoa humana, ou seja, na necessidade de preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, em que se inserem os chamados direitos de subsistência [...]É preciso reconhecer que a atividade implementadora do Poder judiciário não lhe autoriza a criar políticas públicas, mas apenas implementar as já existentes (GANDINI; BARIONE; SOUZA, 2010, p. 77).

Dos 24 processos pesquisados, em 09 foi alegado a ilegitimidade do ente da federação requerido – essa foi a crítica mais recorrente; em 08, foi apresentado como argumento contrário à concessão que a via judicial não é local de materialização da prestação de saúde; o desrespeito ao princípio da igualdade; e em 08, o Estado alegou que a concessão de prestação de saúde pela via judicial atinge a separação dos poderes. Esclarecendo que foram usadas mais de uma justificativa em cada processo.

Em 06 processos foi apontada que se houvesse decisão favorável aos requerentes acarretaria a desorganização da atividade governamental; igualmente, em 06, foi arguido que os pedidos não fazem parte das listas ou programas oficiais do governo, o que também violaria a isonomia; e em 03, foi pedido pelo requerido a inclusão de outro ente da federação para ser responsabilizada pela prestação.

Em apenas 02 processos da amostra recolhida foi arguido o ferimento a porta de entrada de maneira expressa e em apenas 02 casos foi alegado que a prestação era de alto custo o que, na amostra, desmistifica o preconceito de que a judicialização presta apenas à aquisição de medicamentos caríssimos que desequilibram as finanças do Estado.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, buscou-se demonstrar as origens históricas do ativismo judicial e da judicialização fundada no nascimento do constitucionalismo moderno, no controle de constitucionalidade, no reconhecimento dos direitos fundamentais, na possibilidade de requerê-los em juízo e também em uma conduta proativa do judiciário que, como tudo aponta, tem sua definição mais simples e brilhante em Garapon (2001, p. 56): “O ativismo evidencia-se quando, entre muitas soluções possíveis, a escolha do juiz é alimentada pela vontade de acelerar a transformação social ou, ao contrário, de travá-la.”. Inclusive, isto pode ser visto quando foi tratado do ativismo judicial que ocorreu na época do *new deal*, em vista de um caráter mais elitista e conservador do judiciário da época.

Intentou-se apontar a distinção entre ativismo judicial e utilização, ligando o primeiro ao protagonismo do judiciário e à judicialização da política – a judicialização, agora, em sentido mais estrito ao deslocamento de competência de realização dos direitos fundamentais e da materialização das políticas públicas. Ainda, pode-se distinguir os dois levando em conta que no ativismo é o judiciário que atrai para si, que retira da sociedade a matéria, e na judicialização é a sociedade – inclusos os poderes majoritários, instituições, associações, lobistas, etc. – que leva ao judiciário.

Especificamente sobre a judicialização de saúde, é importante atentar a crítica feita por Cristóvão Buarque (1999, s.p) em matéria intitulada *A Lógica da Vergonha*, em que diz que o “Brasil não é apenas injusto, ele é também injustificável.” porque os males, que são exclusividade das classes mais pobres – desnutrição, por exemplo –, não encontram tratamento eficaz em quantidade suficiente, enquanto nas doenças que afligem todas as classes indistintamente o Brasil goza de níveis de atuação e resolução de primeiro mundo, como no caso da poliomielite ou AIDS. O acesso à justiça vem para atingir esse nervo.

Tem-se uma impressão, de acordo com os dados da Comarca de Matelândia, que as alegações contrárias à via judicial para a resolução dos problemas da área de saúde são meras desculpas para não cumprimento.

Então, foi necessário se pensar em uma conceituação do direito à saúde exigível em juízo que findou muito ligado aos recentes votos do STF dos processos RE 566471 e RE 657718 sobre judicialização da saúde, em que o direito à saúde

que pode ser requerido em juízo se refere ao direito a um tratamento eficaz para cada moléstia, sendo preferencialmente previsto nos programas de saúde e, apenas não existindo terapêutica oficial, apenas não existindo outro diverso, o que deverá seguir uma ordem de possibilidade de êxito no processo, devendo iniciar pelos tratamentos homologados pelas agências reguladoras e apenas em último caso, na inexistência de tratamento presente nas políticas públicas e na inexistência de tratamento autorizado pela ANVISA, poderá, por via judicial, ser concedido. Há que esclarecer dois pontos: esse tratamento deverá, preferencialmente, ser indicado por profissional da rede pública – o que atestaria a inexistência de outra medida viável nesse meio – e em segundo, não cabe ao paciente escolher entre um tratamento público e um privado quando o primeiro for eficaz.

Exemplificando, é digno de nota que cabe ao Estado atender todos os cidadãos, mesmo aqueles que suas moléstias não tenham tratamento oficial. Nos arremates desse trabalho, uma matéria divulgada no site da UOL, de autoria de Marcele de Souza (2017), ajuda a entender definição de saúde de forma pensada por esse trabalho. A matéria trata dos dez remédios mais requeridos na área médica perante o Estado por via judicial, usando como exemplo o *Procysby*, que é o único medicamento eficaz contra cistinose (rara doença degenerativa), mas que custa 50 mil reais por mês. Ainda, aduz que oito desses dez remédios não encontram similar no sistema público, sendo a via judicial a opção à morte. Outro caso que será usado como exemplo do conceito do direito à saúde judicializável é o encontrado na pesquisa feita na comarca de Matelândia/PR, que mostra o deferimento de *Ritalina LA*, mesmo quando já tenha a *Ritalina* comum nas listas oficiais.

No primeiro caso, o Estado que é promotor da dignidade da pessoa humana não pode se negar a oferecer tratamento a doenças raras, ainda que seja dispendioso. Caso se negue a fazer, é justo que essa ofensa seja dirimida no judiciário, que é o guardião da Constituição, portanto do direito à saúde, vida e dignidade que, nesse caso, só é obtido com esse medicamento. Inclusive, seria ideal que se um medicamento ou tratamento fosse requerido por diversas vezes judicialmente, não havendo outro e o Estado perdendo seguidamente esses processos, que ele observasse a necessidade de criar política pública para atendimento dessas doenças e não impusesse a pessoas com dores, físicas e psíquicas, a mais este sofrer. Alguns autores, como Saulo Lindorfer Pivetta (2014), apontam a necessidade de hipossuficiência do paciente em relação ao valor do

medicamento. Este trabalho, com a devida vênia, não concorda com essa exigência, em vista do caráter universal do direito à saúde. Além disto, em nenhuma das defesas feitas nos processos judiciais alegou algo sobre essa relação, o que demonstra o reconhecimento do próprio Estado dessa universalidade.

Se existe política pública, lista oficial, ou seja, conduta ofertada pelo Estado e ele mesmo deixe de cumprir, é lógico que tal é defensável por via judicial. Caso diferente, é a judicialização de prestação que interfere em política pública existente e que esteja funcionando, porque é nesse espaço que as críticas agem com razão. No município de Matelândia, pode ser extraído dos processos e procedimentos em obrigam fornecimento de *Ritalina*. Contudo, alguns médicos prescreveram o uso de *Ritalina LA* para o tratamento de transtorno de déficit de atenção e hiperatividade. A diferença entre os dois tipos é a liberação mais longa do princípio ativo no caso da LA, permitindo maior espaço de tempo entre as doses. Em rápida pesquisa, porém, ao buscar o preço no mesmo sítio eletrônico do medicamento, feito pelo mesmo laboratório, verifica-se que a *Ritalina LA* é quase oito vezes mais cara<sup>8</sup>, mesmo levando em conta que esse medicamento é ministrado, segundo sua própria bula<sup>9</sup>, apenas a metade da dose da *Ritalina* normal. Ainda assim, é bem mais caro. Logo, em um universo de escassez, não faz sentido que seja deferida essa prestação diferente da fornecida pelo Estado, mais cara, individualizada por mera comodidade.

Assim, se o judiciário seguir uma lógica de autocontenção e também alguns requisitos para atuação judicial da materialização dos direitos fundamentais, especificamente da saúde, como, por exemplo, os apontados no julgamento STF, como exemplo a porta de entrada, verificação de existência de tratamento oficial, entre outros, a judicialização será fator desencadeante de materialização de direito fundamental sem prejuízos estratégicos, burocráticos ou democráticos.

Ferrajoli (2015) afirma que para efetivação dos direitos fundamentais, são necessárias duas condições: a primeira, que o modelo garantista insculpido na Constituição Federal seja proposto como projeto político majoritário também, isto é, que a efetivação desses direitos seja vista como consequência lógica do constitucionalismo. A sociedade e as instituições políticas devem ter isso como ideal

---

<sup>8</sup> Uma busca feita no site da Ultrafarma (RITALINA, 2017, s.p.) resultou nos seguintes preços: *Ritalina*, 10 mg com 30 comprimidos: R\$ 31,79. *Ritalina LA* 30 mg com 30 comprimidos: R\$ 231,02.

<sup>9</sup> As cápsulas de *Ritalina*® LA tomadas uma vez por dia são comparáveis aos comprimidos de *Ritalina*® tomados duas vezes ao dia. O médico irá aconselhá-lo a tomar a cápsula de *Ritalina*® LA especialmente se você tomava anteriormente o comprimido de *Ritalina*® (RITALINA LA, 2017, p. 4).

a ser atingido e trabalhar realisticamente para cumprir esses objetivos. A segunda condição é o surgimento de uma energia vinda do renovado interesse, da paixão e do comprometimento com a política. O mesmo tipo de energia que surgiu na Europa após a Segunda Guerra Mundial. Somente essas duas condições farão surgir uma assunção desinteressada da ação política para materialização dos bens constitucionais, reabilitando os poderes eleitos.

Deve-se reconhecer o importante papel do Ministério Público na realização do direito à saúde, tanto na amostra dessa pesquisa, em que foi autor de quase todos os processos dos procedimentos, quanto em nível nacional, conforme apontam as pesquisas citadas e autores consagrados como Werneck Vianna (1999) e Rogério Bastos Arantes (1999, 2000, 2013).

O mais importante seria conseguir que a matéria judicializada encontrasse mecanismos para ser menos afeita às críticas que lhe são opostas. Em especial, que não sirva como forma de atendimento diferenciado entre pessoas na mesma situação e também que não provoque um desgaste maior que necessário aos poderes eleitos. Nesse sentido, cita-se os NATs, que visam dar suporte ao judiciário para sentenças mais acertadas, fornecem diálogo entre os poderes e pareceres especializados e buscam uma decisão mais eficiente; e a determinação do CNJ para criação de varas especializadas para essas causas que estariam aptas a um melhor julgamento. Ainda, há a possibilidade da atuação da figura do *amicus curiae* que, embora não vinculados ao judiciário, serviu para embasar decisões por meio do expertise específico, seja no conceito mais preciso em que são terceiros vinculados ao caso, seja na versão mais ampla em que se incluem as audiências públicas (LEAL, 2011).

Por derradeiro, Perlingueiro (1999) apresenta outro interessante modelo para impedir que o princípio da isonomia seja ferido, inclusive para obrigar o Estado de programar diante da realidade dos pedidos mais frequentes: quando um pedido de uma pretensão individual de saúde fosse recebido pelo judiciário, esse primeiro juiz até poderia liminarmente conceder o pedido, mas a decisão final deveria ser de uma corte superior especializada e sua decisão deveria ter efeito sobre todos casos análogos.

Luiz Moreira (2010), ferrenho crítico da judicialização e ativismo judicial, alerta que a judicialização, ancorada na noção de democracia de direitos, atingiu patamares alarmantes, interferindo em políticas públicas, discricionariedade

governamental e passou a se envolver em áreas tipicamente políticas causando a colonização do mundo da vida pelo jurídico. Portanto, o judiciário deveria agir em um padrão de inércia, de autocontenção, agindo apenas quando provocado e dentro de estritos limites constitucionais. Logo, fazer justiça é seguir um papel anteriormente definido, com respeito aos procedimentos determinados pelo ordenamento jurídico (MOREIRA, 2012).

Entretanto, as garantias constitucionais de separação dos poderes não podem se prestar a sustentar a ineficiência do Estado, nem a mitigação de outros princípios constitucionais, como o direito à vida e à dignidade da pessoa humana que fundamentam o direito à saúde. Em suma, cabe ao judiciário encontrar os limites de sua atuação em garantias constitucionais como a coisa julgada, o devido processo legal, a isonomia, a eficiência e outros elementos norteadores de suas decisões.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2016.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. O judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-602.

ALBUQUERQUE, Felipe Braga. **Direito e Política**. Pressupostos Para a Análise e Questões Políticas pelo Judiciário a Luz do Princípio Democrático. Florianópolis: Conceito, 2013.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. Direitos Humanos: Da Utopia à Realidade. 2003. **Revista dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, 2003, n. 132, jan./jun. 2003.

ARANTES, Rogerio Bastos. Cortes Constitucionais. In: AVRITZER, Leonardo et al. **Dimensões Políticas da Justiça**. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. xx-xx.

ARANTES, Rogerio Bastos. Direito e Política. O Ministério Público e a Defesa dos Direitos Coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 14, n. 39, p. 83-102, vol. 14, 1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n39/1723>>. Acesso em: 20 maio 2016.

ARANTES, Rogerio Bastos. **Judiciário e Política no Brasil**. São Paulo: Idesp/ Editora Sumaré/Fapesp/Educ, 1997.

ARANTES, Rogerio Bastos. **Ministério Público e Política no Brasil**. São Paulo: EDuc/Sumaré: Fapesp, 2002.

ARAUJO, Honácio Braga de. A Judicialização da Política no Brasil: Análise das Decisões do STF. In: SEMINÁRIO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DA UFPI, XXI., 2012, **Anais...** Piauí: UFPI, 2012. Disponível em: <<http://leg.ufpi.br/21sic/Documentos/RESUMOS/Modalidade/Humanas/Honacio%20Braga.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2016.

AUAD, Denise. Os direitos sociais na Constituição de Weimar como paradigma do modelo de proteção social da atual Constituição Federal Brasileira. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 103, p. 337-355, jan. 2008. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67809>>. Acesso em: 27 out. 2016.

AVRITZER, Leonardo. Revolução Americana e constitucionalismo. In: AVRITZER, Leonardo et al. **Dimensões Políticas da Justiça**. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 215-220.

BAIRD, Marcello Fragano. O lobby na regulação da publicidade de alimentos da - Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Revista Sociologia Política**, Curitiba, v. 24, n. 57, p. 67-91, março, 2016. Disponível em

<[www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782016000100067&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782016000100067&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 28 jun. 2016.

BARATA, Luiz Roberto Barradas. Uma Proposta de Política de Assistência Farmacêutica para o SUS. 2010. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Org.). **Direito à Vida e a Saúde**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 60-78.

BARBOSA, Ruy. Obras Completas de Rui Barbosa. v. 42, t. 1,. **Casa Rui Barbosa**, [S.l.], 1915. Disponível em: <<http://www.casaruibarbosa.gov.br/scripts/scripts/rui/mostrafrasesrui.idc?CodFrase=2512>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

BARROSO, Alberto. Revolução Inglesa e Constitucionalismo. In: AVRITZER, Leonardo et al. **Dimensões Políticas da Justiça**. 1. ed, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 159-158.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. [S.l.]: OAB, 2010. Disponível em: <[http://www.oab.org.br/editora/revista/revista\\_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf)>. Acesso em: 20 jun. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e legitimidade Democrática**. [S.l.]: OAB, 2012. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 23-50, mês ou meses, 2015. Disponível em <[http://www.fac.br/home/images/eadfac/curso8/modulo1/barroso\\_a\\_razao\\_sem\\_voto.pdf](http://www.fac.br/home/images/eadfac/curso8/modulo1/barroso_a_razao_sem_voto.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2016.

BIEHL, João. Antropologia no campo da saúde global. **Horizontes Antropológicas**, Porto Alegre, v. 17, n. 35, p. 227-256, junho, 2011. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-7183201100010009&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-7183201100010009&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 20 set. 2015.

BIGNOTTO, Newton. Revolução Francesa e Constitucionalismo. In: AVRITZER, Leonardo et al. **Dimensões Políticas da Justiça**. 1. ed, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 177-186.

BORGES, Danielle da Costa Leite; UGÁ, Maria Alicia Dominguez. As ações individuais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial. **Revista de Direito Sanitário**, Brasil, v. 10, n. 1, p. 13-38, julho, 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13144>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

BRANDÃO, Rodrigo. A Judicialização da Política: Teorias, Condições e o Caso Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, n. 263, p. 251-290, maio, 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10648/9641>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Paciente com HIV/AIDS - pessoa destituída de recursos financeiros - direito à vida e à saúde.... RE 271286 AgR. Relator: Ministro Celso de Mello. 12 set. 2000. **Acórdão eletrônico** dj 24-11-2000 pp-00101 ement vol-02013-07 pp-01409. [S.l.], nov. 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000103463&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo** [recurso eletrônico]. 5. ed. atual. até a EC 90/2015. Brasília, DF: STF, Secretaria de Documentação, 2016. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/a\\_constituicao\\_e\\_o\\_supremo\\_5a\\_edicao.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/a_constituicao_e_o_supremo_5a_edicao.pdf)>. Acesso em: 19 jun. 2017.

BUARQUE, Cristóvão. **A Lógica de Vergonha**. Folha de São Paulo, São Paulo, 22 dez. 1999. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2212199909.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; VIEIRA, José Ribas. **A estratégia institucional do juiz Sérgio Moro descrita por ele mesmo**. UOL. São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/estrategia-institucional-juiz-sergio-moro-descrita-por-ele-mesmo>> . Acesso em: 10 maio 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o Avanço do Ativismo Judicial Do Supremo Tribunal Federal. 2013. **RIDB**, Brasília, ano 2, n. 8, p. 7881-7961, 2013. Disponível em: <[http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/08/2013\\_08\\_07881\\_07961.pdf](http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/08/2013_08_07881_07961.pdf)>. Acesso em: 20 jan. 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, J.J Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. 11. Reimpressao. Coimbra, Portugal: Editora Almedina, 2000.

CARDOSO, Tiago Felipe Cardoso. O Novo Viés Constitucional do Poder Judiciário na Efetivação das Políticas Públicas: O Confronto Entre a Teoria da Separação dos Poderes, Reserva do Possível e o Mínimo Existencial. **Revista de Síntese de Direito Público**, São Paulo, 2015, n. 63, p. 21-43, maio/junho, 2015.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em Busca da Judicialização da Política no Brasil. **Rev. Sociol. Polít.**, Curitiba, n. 23, p. 115-126, nov. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

CHAER, Márcio. Supremo Constituinte Entrevista: José Celso de Mello Filho. **Revista Consultor Jurídico**, 15 mar. 2006. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes\\_papel\\_ativo\\_interpretacao\\_lei](http://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes_papel_ativo_interpretacao_lei)>. Acesso em: 10 fev. 2016.

CIEGLINSKI, Thaís. **CNJ promove oficina para qualificação das decisões judiciais da área da saúde**. Brasília, DF: Agência CNJ de Justiça, 10 mar. 2017.

Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84452-cnj-investe-na-qualificacao-das-decisoes-judiciais-da-area-da-saude>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação dos Poderes. In: WERNECK VIANNA, Luiz (Org.). **A Democracia e os Três Poderes**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. p. 17-42.

CLEVE, Clemerson MerlIn: A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). **Doutrinas Essenciais Direitos Humanos**. v. III. Direitos Civis e Políticos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CUNHA MELLO, Manuel Palacios. A Suprema Corte do Eua e a Judicilização da Política. Notas sobre um Itinerário Difícil. In: WERNECK VIANNA, Luiz (Org.). **A Democracia e os Três Poderes**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. p. 63-90.

DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Silvia Badim. A judicialização da política de assistência farmacêutica no Distrito Federal: diálogos entre política e o direito. **Rev. Eletrol. Tempus Actas Saúde Coletiva**. Brasília, v. 5, n. 4, p. 97-106, 2011.

DINIZ, Maria Gabriela Araújo. Direito Social em favor dos pobres: perspectivas da adoção de meios alternativos de solução de controvérsias nos conflitos de direito à saúde. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, v. 02 ou ano 2013, n. 02, p. 472-485, julho/dezembro, Disponível em: <<http://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/99>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

DOCUMENTOS indicam grampo ilegal e abusos de Moro na Lava-Jato. **Valor**, [S.l.], 03 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/4508772/documentos-indicam-grampo-ilegal-e-abusos-de-moro-na-lava-jato>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

DOMINGUES, José Mauricio. Constitucionalismo Latino Americano. In: AVRITZER, Leonardo et al. **Dimensões Políticas da Justiça**. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 187-194.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ENTENDA o Caso. **LAVAJATO**. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

FEREJOHN, John. Judicializando a Política, Politizando o Direito. In: MOREIRA, Luiz. (Org.). **Judicialização da Política**. 1. ed. São Paulo: 22 Editorial, 2012. p. 63-96.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Papel Político do Judiciário e suas implicações. **Systemas**, Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas, , ano 1, n. 2, 2009. Disponível em: <<http://www.revistasystemas.com.br/index.php/systemas/article/view/21>>. Acesso em: 10. ago. 2011.

FRANCO, Dilziane Endo da Cunha. Uma análise acerca da reforma do art. 5.º, § 3.º, da CF/1988 e sua aplicabilidade às normas da OIT. 2011. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). **Doutrinas Essenciais Direitos Humanos**. v. II. Direitos Cíveis e Políticos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FURLANETO, Felipe Carnellosi. Direito a Saúde e a Iniciativa Privada. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). **Doutrinas Essenciais Direitos Humanos**. v. III. Direitos Cíveis e Políticos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. A efetivação dos direitos sociais à saúde e à moradia por meio da atividade conciliadora do Poder Judiciário. In: SANTOS, Lenir (Org.). **Direito da Saúde no Brasil**. Campinas: Saberes Editora, 2010. p. 65-100.

GARAPON, Antonie. **O juiz e a Democracia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GRIFFIN, Stephen M. A Supremacia Judicial e Isonomia em um Democracia de Direitos. In: MOREIRA, Luiz (Org.). **Judicialização da Política**. 1. ed. São Paulo: 22 Editorial, 2012.

HIRSCHL, Ran. O Novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Belo Horizonte, n. 251, maio, 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/73846>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

HIRSCH, Ran. A Judicialização da Megapolítica e o Surgimento dos Tribunais Políticos. In: MOREIRA, Luiz (Org.). **Judicialização da Política**. 1. ed. São Paulo: 22 Editorial, 2012. p. 27-62.

ITO, Marina. Judicialização é fato, ativismo é atitude. **Revista Conjur**, [S.l.], 17 maio 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista>>. Acesso em: 04 fev. 2017.

JUIZ Sérgio Moro é aplaudido em restaurante; veja o vídeo. *Gazeta do Povo*. 08 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/celebridade-juiz-sergio-moro-e-aplaudido-em-restaurante-veja-o-video-6ye7bguk78acg0ucjhfcv4aoz>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

KERLINGER, Fred Nichols. **Metologia da Pesquisa em Ciências Sociais**. Um tratamento Conceitual. 8. reimp. São Paulo: EPU. 1980

KREIDE, Regina. Ambivalência da Judicialização. Sobre a Governança Legítima no contexto internacional. In: MOREIRA, Luiz (Org.). **Judicialização da Política**. 1. ed. São Paulo: 22 Editorial, 2012. p. 274-294.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003

LEAL, Monia Clarissa Henning Leal. A República de Weimar como Paradigma do Estado Moderno. **Revista de Síntese de Direito Público**, 2014, n. 60, p. 09-23, nov./dez. 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. Saraiva: São Paulo, 2009.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Discurso de posse do Ministro Ricardo Lewandowski na Presidência do Supremo Tribunal Federal**. [S.l.]: STF, 10 set. 2014. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoMinistroRL.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

LOPES, José Reinaldo Lopes. Judiciário e Justiça: A Virtude Confronta A Instituição. Dossiê Judiciário. **Revista USP**, São Paulo, n. 21, p. 22-33, 1994. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26932/28710>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

LOPES, Luciane Cruz et al. Uso racional de medicamentos antineoplásicos e ações judiciais no Estado de São Paulo. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 44, n. 4, p. 620-628, agosto, 2010. Disponível em:

<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89102010000400005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102010000400005&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 20 mar. 2017.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. **A cultura da litigância e o Poder Judiciário**: noções sobre as práticas demandistas a partir da justiça brasileira. Uberlândia, 2011. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=84117275be999ff5>>. Acesso em: 05 fev. 2016.

MARINHO, Carolina Martins. **Justiciabilidade dos direitos sociais**: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional. 2009. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MARONA, Marjori Corrêa. Defensorias Públicas. 2013. In: AVRITZER, Leonardo et al. **Dimensões Políticas da Justiça**. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 351-368.

MARRARA, Thiago. NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Reflexões Sobre o Controle das Políticas de Saúde e de Medicamentos. In: BLIACHERIENE, Ana Carla. SANTOS, José Sebastião dos (Org.) **Direito à Vida e a Saúde**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 79-96.

MEDICI, Andre. Breves Considerações sobre a relação entre Financiamento da Saúde e Direito Sanitário no Brasil. In: SANTOS, Lenir (Org.). **Direito da Saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010. p. 243-280.

MELO FILHO, Joao Aurino. **Modelos de controle de constitucionalidade no direito comparado**: Influências no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Cidade, 2008. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16322-16323-1-PB.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2016.

MENDES, Gilmar. **O Controle da Constitucionalidade no Brasil**. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda>

[\\_pt\\_br/anexo/Controle\\_de\\_Constitucionalidade\\_v\\_\\_Port1.pdf](#)>. Acesso em: 20 jun. 2016.

MENDONÇA, Ana Maria Avila. **Estado e Direitos sociais no Brasil**: entre a modernidade e o retrocesso. Maceió: Editora UFAL, 2009,

MESQUITA, Nuno Coimbra. Midia e Apoio Político à Democracia no Brasil. 2010. In: MOISÉS, José Álvaro. MENEGUELLO, Rachel. **A Desconfiança Política e os seus Impactos na Qualidade da Democracia**. São Paulo: Edusp, 2013. p. 147-174.

MICHALISZYN, M. S.; TOMASINI, R. **Pesquisa**: orientações e normas para elaboração de projetos, monografias e artigos científicos. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **Pesquisa Social**: Teoria, Método e Criatividade. 23. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **O Desafio do Conhecimento**. Pesquisa Qualitativa em Saúde. 14. ed. São Paulo: Hucitec Editora, 2014.

MOREIRA, Luiz (Org.). **Judicialização da Política**. 1. ed. São Paulo: 22 Editorial, 2012.

NALINI, José Renato. Desafios Éticos do Juiz Brasileiro. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 19, n. 7, p. 29-34, jul. 2007. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/60581/desafios\\_eticos\\_juiz\\_brasileiro.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/60581/desafios_eticos_juiz_brasileiro.pdf)>. Acesso em: 05 jun. 2016.

NALINI, José Renato. O Judiciário e a Ética na Saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e o Desafios da Efetivação do Direito à saúde**. 2. ed. Belo Horizonte, 2013. p. 199-206.

NASSIF, Luiz. A politização do Judiciário é uma ameaça à democracia, por Luiz Moreira. **Revista eletrônica GGN**, Belo Horizonte, 8 jun. 2015. Disponível em: <<http://jornalgggn.com.br/noticia/a-politizacao-do-judiciario-e-uma-ameaca-a-democracia-por-luiz-moreira>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

NEWELL, James L. Americanização e Judicialização da Política Americana. In: MOREIRA, Luiz (Org.). **Judicialização da Política**. 1. ed. São Paulo: 22 Editorial, 2012. p. 97-115.

NOBRE, Milton Augusto de Brito. Da Denominada “Judicialização da Saúde”: Pontos e Contrapontos. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e o Desafios da Efetivação do Direito à saúde**. 2. ed. Belo Horizonte, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz et al. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, X., 2010, Brasília: ABDCONST, 2010/2011. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>>. Acesso em: 06 fev. 2017.

- PEIXINHO, Manoel Messias. **Os direitos fundamentais russos, chineses e cubanos**: contribuição histórica para uma teoria dos direitos fundamentais. [S.l.: s.n.], 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=59186584039c1824>>. Acesso em: 11 dez. 2016.
- PERLINGEIRO, Ricardo. O Princípio da Isonomia na Tutela Judicial Individual e Coletiva e outros Meios de Solução de Conflitos, juntos ao SUS e aos Planos Privados de Saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e o Desafios da Efetivação do Direito à saúde**. 2. ed. Belo Horizonte, 2013. p. 451-462.
- PESSANHA, Charles. O Poder Executivo e o Processo Legislativo nas Constituição Brasileira. Teoria e Prática. In: WERNECK VIANNA, Luiz (Org.). **A Democracia e os Três Poderes**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. p. 141-194.
- PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos Fundamentais Sociais. Revista de informação legislativa, v. 43, n. 169, p. 101-126, jan./mar. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9014>>. Acesso em: 04 out. 2016.
- PINTO, Celi Regina Jardim. Teorias da Democracia: Diferenças e Identidades na Contemporaneidade. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.
- PIVETTA, Paulo Lindorfer. **O Direito Fundamental a Saúde**: Regime Jurídico, Políticas Públicas e controle Judicial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou Representação?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, Konrad Adenauer e Ed. Campus, 2012.
- QUEIROZ, Maria do Socorro Azevedo de. **Judicialização do Direitos Sociais Prestacionais e efetividade pela interdependência dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira**. Curitiba: Jurua, 2011.
- RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. Judicialização e Desjudicialização: Entre a Deficiência do Legislativo e a Insuficiência do Judiciário. **Revista de informação legislativa, v. 50, n. 199, p. 25-33, jul./set. 2013**. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/502916> >. Acesso em: 10 maio 2016.
- RITALINA LA: cloridato de metilfenidato. São Paulo: Novartis, 2017. Bula de remédio. Disponível em: <<https://portal.novartis.com.br/UPLOAD/lmgConteudos/2973.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2017.
- RITALINA Novartis. **Ultrafarma**. São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://busca.ultrafarma.com.br/search#w=ritalina%20novartis>>. Acesso em: 12 mar. 2016.
- ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A Reforma do Judiciário e os Tratados Internacionais. 2006. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). **Doutrinas**

**Essenciais Direitos Humanos**, Volume II. Direitos Civis e Políticos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: Mudanças e Reformas. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 79-101, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v18n51/a05v1851.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

SADEK, Maria Tereza A. Ativismo judiciário a pleno vapor. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 2008, 31 ago. 2008, p. J4. Disponível em: <<http://alias.estadao.com.br/noticias/geral,ativismo-judiciario-a-pleno-vapor,233898>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

SALES, Robson. Número de Processos em Tramitação é Assustador, diz ministra do STF. **Revista Valor Econômico**, [S.l.], 2015. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/4048192/em-umero-de-processo-em-tramitacao-e-assustador-diz-ministra-do-stf>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

SANT'ANA, Ramiro. Judicialização da Saúde: Oportunidade de Desenvolvimento do SUS. In: ASENSI, Felipe Dutra (Coord). **Direito e Saúde: Enfoque Intere-disciplinares**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 197-212.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. Revista e Ampliada. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Lenir. **Sistema Único de Saúde: Os Desafios da Gestão Interfederativa**. Campinas/SP: Saberes, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Considerações em Torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. 2007, n. 11, p. 02-17, set./out./nov. 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31953-37383-1-PB.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. Dignidade da Pessoa Humana. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SÉRGIO Moro é ovacionado por plateia durante show da banda Capital Inicial. **G1**, [S.l.], 26 jun. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/06/sérgio-moro-e-ovacionado-por-plateia-durante-show-da-banda-capital-inicial.html>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

SEVERINO, Antônio J. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SOARES, José Ribamar Barreiro. **Ativismo Judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política**. 2010. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Instituto de Estudos Sociais e Políticos, Rio de Janeiro 2010. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/5244>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

SOARES, Jussara Calmon Reis de Souza; DEPARA, Aline Scaramussa. Ligações perigosas: indústria farmacêutica, associações de pacientes e as batalhas judiciais por acesso a medicamentos. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 1, p. 311-329, Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-73312012000100017&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312012000100017&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 10 fev. 2017.

SOUZA, Hortis Aparecido de. SANTOS, José Sebastiao dos. UETA, Julieta. A influência da Gestão do Sistema de Saude da Utilização da Via Judicial para Acesso a Produtos e Serviços. In: BLIACHERIENE, Ana Carla. SANTOS, José Sebastião dos (Org.) **Direito à Vida e a Saúde**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 162-177.

SOUZA, Luciana Camila; PEREIRA, Helida Maria; MTSUDA, Juliana Tiemi M. **O Mínimo Existencial como Limite à Aplicação da Reserva do Possível aos Direitos Fundamentais Sociais**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/7306306>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

SOUZA, Marc. Juiz da Lava Jato é reconhecido em supermercado e recebe salva de palmas de clientes. **R7**, [S.l.], 01 maio 2015. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/brasil/juiz-da-lava-jato-e-reconhecido-em-supermercado-e-recebe-salva-de-palmas-de-clientes-02042015>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

SOUZA, Marcelle de. Gasto com 10 remédios mais pedidos na Justiça para o SUS é de quase R\$ 1 bi. **UOL**, [S.l.], 06 abr. 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2017/04/06/gasto-com-10-remedios-mais-pedidos-na-justica-para-o-sus-chega-a-r-1-bi.htm>>. Acesso em: 07 abr. 2017.

STF. Supremo Tribunals Federal. **Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial**. Brasília, DF, 28 set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Acesso em: 21 dez. 2016.

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Petrópolis, 2011.

VALLE, Vanice Regina Lirio de (Org.) **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal** - Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Jurua, 2009.

VAZ, Anderson Rosa. A cláusula da reserva do financeiramente possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais.. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). **Doutrinas Essenciais Direitos Humanos**. v. I. Direitos Cíveis e Políticos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

VERBICARO, Loiane Parado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil: **Revista de direito FGV**, São Paulo, 2008 .

Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322008\\_000200003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008_000200003&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 15 nov. 2015.

WANG, Daniel Lei Yang. Escassez de Recursos, Custos de Direitos e Reservado do Possível na Jurisprudência do STF. **Revista Direito Gv**, São Paulo, 2008.

Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a09v4n2.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: Mínimo Existencial e Demais Direitos Fundamentais Imediatamente Judicializáveis. **Revista de Processo**, v. 36, n. 193, p. 13-25, mar. 2011.

WERNECK VIANNA, Luiz (Org.). **A Democracia e os Três Poderes**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

WERNECK VIANNA, Luiz et. al. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo soc.**, São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 05 ago. 2014.

WERNECK VIANNA, Luiz. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

## APÊNDICE I - PARECER DO COMITÊ DE ÉTICA EM PESQUISA

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO  
OESTE DO PARANÁ/  
UNIOESTE - CENTRO DE



### PARECER CONSUBSTANCIADO DO CEP

#### DADOS DO PROJETO DE PESQUISA

**Título da Pesquisa:** Judicialização da saúde, Justiça e Resolutividade: Um Perfil do Usuário-Litigante na Comarca de Matelândia/PR

**Pesquisador:** rodrigo arthur dos santos

**Área Temática:**

**Versão:** 2

**CAAE:** 57029216.8.0000.0107

**Instituição Proponente:** UNIVERSIDADE ESTADUAL DO OESTE DO PARANA

**Patrocinador Principal:** Financiamento Próprio

#### DADOS DO PARECER

**Número do Parecer:** 1.836.174

#### Apresentação do Projeto:

Projeto apresentado em segunda versão que visa observar se a judicialização é uma forma democratização do acesso à justiça, cidadania e empoderamento da população ou se elitiza o acesso.

#### Objetivo da Pesquisa:

Traçar o perfil do usuário de saúde que judicializar a matéria determinando elementos que seja capazes de demonstrar sua condição socioeconômica e se isso promove ampliação de acesso a saúde. Determinar se na Comarca de Matelândia o ingresso a justiça se dá por advocacia paga ou dativa, Defensoria ou Ministério Público. Aferir se a judicialização afeta e de que forma afeta a democracia e a administração pública, seja pela crítica das decisões contramajoritárias, reserva do possível ou desorganização da administração. Verificar se a judicialização conseguem ser efetiva forma de justiça aplicadas indistintamente ou se é instrumento da elitização da prestação de saúde por via judicial.

#### Avaliação dos Riscos e Benefícios:

projeto de risco baixo por trabalhar com dados secundários, mas considera que ainda podem ocorrer perda e vazamento de dados.

**Endereço:** UNIVERSITARIA

**Bairro:** UNIVERSITARIO

**UF:** PR

**Telefone:** (45)3220-3272

**Município:** CASCAVEL

**CEP:** 85.819-110

**E-mail:** cep.prppg@unioeste.br

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO  
OESTE DO PARANÁ/  
UNIOESTE - CENTRO DE



Continuação do Parecer: 1.836.174

**Comentários e Considerações sobre a Pesquisa:**

Pesquisador atendeu às solicitações do parecer 1 de CEP de 5 de julho de 2016 para o projeto.

**Considerações sobre os Termos de apresentação obrigatória:**

Todos os termos de apresentação obrigatória estão presentes.

**Recomendações:**

Aprovação

**Conclusões ou Pendências e Lista de Inadequações:**

Aprovação

**Considerações Finais a critério do CEP:**

**Este parecer foi elaborado baseado nos documentos abaixo relacionados:**

Tipo Documento	Arquivo	Postagem	Autor	Situação
Informações Básicas do Projeto	PB_INFORMAÇÕES_BÁSICAS_DO_PROJETO_728698.pdf	06/09/2016 16:05:39		Aceito
Outros	OficioMP.pdf	06/09/2016 15:39:19	rodrigo arthur dos santos	Aceito
Cronograma	cronograma.pdf	06/09/2016 15:37:25	rodrigo arthur dos santos	Aceito
Projeto Detalhado / Brochura Investigador	resumodoprojeto.pdf	31/05/2016 17:16:35	rodrigo arthur dos santos	Aceito
TCLE / Termos de Assentimento / Justificativa de Ausência	TERMODECOMPROMISSO.pdf	31/05/2016 17:15:16	rodrigo arthur dos santos	Aceito
TCLE / Termos de Assentimento / Justificativa de Ausência	TERMODECIENCIA.pdf	31/05/2016 17:15:06	rodrigo arthur dos santos	Aceito
Declaração de Pesquisadores	DECLARACAO.pdf	31/05/2016 17:14:40	rodrigo arthur dos santos	Aceito
Folha de Rosto	FOLHADEROSTO.pdf	31/05/2016 17:10:49	rodrigo arthur dos santos	Aceito

**Situação do Parecer:**

Aprovado

**Necessita Apreciação da CONEP:**

Não

**Endereço:** UNIVERSITARIA

**Bairro:** UNIVERSITARIO

**CEP:** 85.819-110

**UF:** PR **Município:** CASCAVEL

**Telefone:** (45)3220-3272

**E-mail:** cep.prppg@unioeste.br

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO  
OESTE DO PARANÁ/  
UNIOESTE - CENTRO DE



Continuação do Parecer: 1.836.174

CASCADEL, 25 de Novembro de 2016

---

**Assinado por:**  
**Fausto José da Fonseca Zamboni**  
**(Coordenador)**

**Endereço:** UNIVERSITARIA

**Bairro:** UNIVERSITARIO

**CEP:** 85.819-110

**UF:** PR      **Município:** CASCADEL

**Telefone:** (45)3220-3272

**E-mail:** cep.prppg@unioeste.br

## APÊNDICE II – NÚMERO DOS PROCESSOS E PROCEDIMENTOS

São os processos: 2015.465-12.2015.8.16.0115, 2016.610-34.2016.8.16.0115, 2015.617-60.2015.8.16.0115, 2016.916-03.2016.8.16.0115, 2015.1132-5.2015.8.16.0115, 2014.1194-2.2014.8.16.0015, 2015.1495-2.2015.8.16.0115, 2015.1682-0.2015.8.16.0115, 2015.1684-0.2015.8.16.0115, 2015.1912-5.2015.8.16.0115, 2015.1966-8.2015.8.16.0115, 2015.2438-2.2015.8.16.0115, 2015.2753-0.2015.8.16.0115, 2014.2812-2.2014.8.16.0115, 2014.3548-7.2014.8.16.0115, 2014.3549-5.2014.8.16.0115, 2014.3551-5.2014.8.16.0115, 2014.4113-4.2014.8.16.0115, 2014.1250-8.2014.8.16.0115, 2014.0326-4.2014.8.16.0115, 2014.2628-6.2014.8.16.0115, 2014.3507-6.2014.8.16.0115, 2014.4102-5.2014.8.16.0115, 2015.4339-5.2015.8.16.0115.

Os procedimentos são: 2014.MPPR 0089.14.000294-4, 2015.MPPR 0089.15.000032-4, 2014.MPPR 0089.14.000246-3, 2015.MPPR 0089.15.000199-1, 2014.MPPR 0089.14.000157-2, 2015.MPPR 0089.15.000034-0, 2015.MPPR 0089.15.000193-4, 2014.MPPR 0089.14.000255-4, 2014.MPPR 0089.14.000340-4, 2014.MPPR 0089.14.000344-6, 2015.MPPR 0089.15.000200-7, 2014.MPPR 0089.14.000346-1, 2014.MPPR 0089.14.000293-5, 2014.MPPR 0089.14.000227-3, 2014.MPPR 0089.14.000299-2, 2014.MPPR 0089.14.000341-2, 2014.MPPR 0089.14.000088-9, 2014.MPPR 0089.14.000039-2, 2014.MPPR 0089.14.000252-1, 2014.MPPR 0089.14.000294-3, 2016.MPPR 0089.16.000084-3, 2014.MPPR 0089.14.000114-3, 2014.MPPR 0089.14.000010-3, 2014.MPPR 0089.14.000233-1, 2016.MPPR 0089.16.000034-8, 2014.MPPR 0089.14.000251-3, 2015.MPPR 0089.15.000212-2, 2015.MPPR 0089.15.000356-7, 2015.MPPR 0089.15.000508-6, 2015.MPPR 0089.15.000365-1, 2014.MPPR 0089.14.000274-5, 2014.MPPR 0089.14.000113-5, 2014.MPPR 0089.14.000089-7, 2014.MPPR 0089.14.000366-9, 2015.MPPR 0089.15.000410-2, 2014.MPPR 0089.14.000228-1, 2014.MPPR 0089.14.000226-5, 2015.MPPR 0089.15.000198-3, 2014.MPPR 0089.14.000225-7, 2015.MPPR 0089.15.000031-6, 2015.MPPR 0089.15.000038-1, 2015.MPPR 0089.15.000033-2, 2014.MPPR 0089.14.000343-8, 2016.MPPR 0089.16.000116-3, 2015.MPPR 0089.15.000272-6, 2014.MPPR 0089.14.000291-9, 2015.MPPR 0089.15.000052-2, 2014.MPPR 0089.14.000292-7, 2014.MPPR 0089.14.000217-4, 2016.MPPR 0089.16.000037-1, 2014.MPPR 0089.14.000298-3, 2015.MPPR 0089.15.000018-3, 2015.MPPR 0089.15.000043-1, 2014.MPPR 0089.14.000253-9, 2014.MPPR 0089.14.000077-2, 2016.MPPR 0089.16.000120-5, 2015.MPPR 0089.15.000355-9, 2014.MPPR 0089.14.000296-8, 2015.MPPR 0089.15.000409-4, 2016.MPPR 0089.16.000035-5, 2016.MPPR 0089.16.000061-1, 2015.MPPR 0089.15.000239-5, 2016.MPPR 0089.16.000031-4, 2014.MPPR 0089.14.000103-6, 2016.MPPR 0089.16.000096-7, 2015.MPPR 0089.15.000197-5, 2014.MPPR 0089.14.000295-0, 2014.MPPR 0089.14.000345-3, 2015.MPPR 0089.15.000065-4, 2016.MPPR 0089.16.000030-6, 2016.MPPR 0089.16.000083-5, 2016.MPPR 0089.16.000032-2, 2014.MPPR 0089.14.000250-5, 2016.MPPR 0089.16.000008-2, 2016.MPPR 0089.16.000039-7, 2014.MPPR 0089.14.000107-7, 2016.MPPR 0089.16.000028-0, 2014.MPPR 0089.14.000011-1, OFÍCIO Nº 581 E 591/2015, 2016.MPPR-0089.16.000033-0.