

**JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO: AS DISTORÇÕES DECORRENTES
DA EXCESSIVA CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DA ASSISTÊNCIA
TERAPÊUTICA**

**JUDICIALIZATION AND ACTIVISM: THE DISTORTION
ARISING FROM EXCESSIVE IMPLEMENTATION OF JUDICIAL
ASSISTANCE THERAPY**

Angela Araujo da Silveira Espindola¹

Amanda de Moraes Weidlich²

RESUMO

O texto aborda os modelos de jurisdição presente nas diversas formas de organização do Estado, com vistas a apontar as diferenças entre o fenômeno político-social da judicialização e o ativismo de juízes e tribunais, concluindo-se com análise de casos práticos exemplificativos da atuação arbitrária e desmedida do Poder Judiciário no tratamento das demandas ligadas à assistência terapêutica.

Palavras-chave: Judicialização. Ativismo. Políticas públicas de saúde. Assistência terapêutica.

ABSTRACT

The text addresses the present jurisdiction of models in various forms of state organization, in order to point out the differences between the socio-political phenomenon of legalization and activism of judges and courts, concluding with an analysis of exemplary case studies of arbitrary action and excessive of the judiciary in handling the demands linked to therapeutic care.

Keywords: Judicialization. Public health policies. Pharmaceutical assistance

¹ Doutora e Mestre em Direito pela UNISINOS. Professora do Programa de Pós-Graduação da UFSM e do Programa de Pós-Graduação da IMED. Vice-presidente da Associação Brasileira do Ensino do Direito – ABEDi. Membro fundadora da Rede Brasileira de Direito e Literatura – RDL. Advogada. E-mail: ange.espindola@gmail.com

²Mestre em Direito pelo PPGD/IMED. Especialista em Direito Civil pela Faculdade Meridional/IMED. Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: amanda_weidlich@hotmail.com

1 A DEMOCRACIA INESPERADA E AS PROMESSAS NÃO CUMPRIDAS: A OUTRA FACE DA JUDICIALIZAÇÃO

O Estado de Direito, como sabemos, emergiu a partir de disputas políticas durante as revoluções liberais³. A noção de Estado Democrático de Direito, por sua vez, está indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais, na medida em que representa um *plus* em relação ao Estado Liberal e ao Estado Social, a impor o “resgate das promessas da modernidade, tais como a igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais e sociais” (STRECK, 2013, p. 150). O

Embora a modernidade tenha findado para boa parte da elite brasileira, que, movida por ideais neoliberais, reclama um crescente encolhimento do Estado, é forçoso reconhecer que a minimização do papel do Estado em países como o Brasil, onde não houve um Estado Social efetivo, pode implicar consequências nefastas àqueles que dependem de políticas públicas para a implementação dos mais mezinhos direitos fundamentais (STRECK, 2009, p. 21-23).

E é exatamente num contexto de insatisfação entre o que somos e o que desejamos ser que instalou-se a hipertrofia das expectativas salvacionistas de cada novo governo e o sentimento de viver em uma sociedade cada vez mais aquém dos nossos desejos, nas palavras de Bernardo Sorj (2004, p. 98), com reflexos inevitáveis no papel e perfil do Poder Judiciário, forjando uma democracia inesperada (SORJ, 2004), resultado das promessas não cumpridas.

A modernidade no Brasil não passou de um simulacro, evidenciado pela manifesta e reiterada negligência estatal em relação às questões sociais, razão pela qual as promessas de liberdade, de igualdade, de bem-estar social, etc., ainda não foram alcançadas – ao contrário do que apregoa o discurso neoliberal – exigindo, destarte, um fortalecimento do Estado para minimizar as diferenças e assegurar a implementação dos direitos fundamentais (STRECK, 2009, p. 24-25).

E é justamente neste cenário que emerge o principal papel da Constituição, sobretudo em países de “modernidade tardia”⁴ como o Brasil, qual seja: garantir os direitos do

³ Neste sentido, recorrer a STRECK, Lenio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Ciência política e teoria do estado. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

⁴ Expressão empregada por Lênio Streck para denominar aqueles sistemas jurídicos nos quais os avanços da modernidade foram pouco implementados: “No Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. O que houve (há) é um *simulacro de modernidade* [...] OU seja, em nosso país as promessas da modernidade ainda não se realizaram. E, já que tais promessas não se realizaram, a solução que o *establishment* apresenta, por paradoxal que possa parecer, é o retorno ao Estado (neo)liberal. Daí que a pós-modernidade é vista como a visão

Revista Paradigma, Ribeirão Preto-SP, a. XX, V. 24, N. 1, p. 121-150. Jan./Jun. 2015 ISSN 2318-8650

cidadão contra maiorias eventuais e contra os excessos do Estado, bem como assegurar o compromisso de resgate das promessas da modernidade, consubstanciadas em prestações positivas – concretização dos direitos prestacionais – e em vinculações negativas – proibição de retrocesso social (STRECK, 2014, p. 86-87).

O conteúdo material da Constituição expõe seu caráter compromissório e dirigente, reclamando um redimensionamento das relações estabelecidas entre os Poderes, passando o Judiciário a integrar o âmbito político, justamente para assegurar a concretização dos objetivos e direitos previstos na Constituição. Isso porque não raramente são detectados pontos de conflito entre o princípio democrático, representado pela vontade da maioria, e os direitos fundamentais insculpidos na Constituição, forçando a intervenção do Poder Judiciário para restabelecer esse equilíbrio e, principalmente, para assegurar a preservação da dignidade da pessoa humana e os direitos que lhe são corolários (BARROSO, 2007).

Assim, diante de uma eventual oposição entre a vontade da maioria e os direitos fundamentais, isto é, entre democracia e constitucionalismo, o Poder Judiciário deve assumir seu papel com responsabilidade, sem deixar-se seduzir pelas armadilhas do decisionismo, pois exsurge como meio de salvaguarda das conquistas trazidas pela Constituição Federal e, em especial, dos direitos fundamentais nela insculpidos⁵. A justiça – ou melhor, o judiciário – torna-se, portanto, o lugar onde se exige a realização da democracia (GARAPON, 1996, p. 45).

Infelizmente, por vezes, esse argumento é distorcido e a hipertrofia do poder judiciário culmina em uma caricatura do protagonismo judicial, identificando-o como uma “corrente do pensamento jurídico-processual (não apenas brasileiro), segundo a qual ao juiz cabe um papel incisivo e, de certa forma, preponderante tanto na condução do processo quanto no seu ‘gerenciamento’ durante o desenrolar de suas fases” (STRECK; TOMAZ DE OLIVEIRA; TRINDADE, 2013, p. 17)⁶. É, assim, exercido mediante o controle jurídico dos

neoliberal. *Só que existe um imenso déficit social em nosso país, e, por isso, temos que defender as instituições da modernidade contra esse neoliberalismo pós-moderno*” (STRECK, 2009, p. 24-25) (grifos no original).

⁵ Cita-se, nesse aspecto, a doutrina de Jorge Reis Novais, inspirada nos ensinamentos de Ronald Dworkin, para quem os direitos fundamentais representam “trunfos” contra a vontade da maioria, cuidando-se de garantias jurídico-constitucionais, pois elevadas à natureza de normas constitucionais justamente para afirmar sua supremacia jurídica e formal e para vincular os poderes públicos constituídos. Essa concepção funda-se no reconhecimento a cada titular de direitos fundamentais de uma dignidade como pessoa, que impõe a delimitação de uma esfera de autonomia e liberdade que o Poder não pode intervir. Parte, portanto, da ideia de indisponibilidade dos direitos fundamentais, de limitação jurídica do poder político à observância desses direitos, mesmo quando o esse poder é legitimamente eleito (NOVAIS, 2012, p. 45).

⁶ “Segundo os partidários dessa tese, quando decide, o juiz goza de um amplo espaço de conformação que não mais pode ser resumido na estrita subsunção da lei ao fato, mas que, agora, precisa captar os valores sociais de modo a temporalizar – no sentido de atualizar –, pela via da jurisprudência, o sentido de justiça que deve compor o Direito” (STRECK; TOMAZ DE OLIVEIRA; TRINDADE, 2013, p. 17).

poderes político e executivo e manifestado pela tarefa de dizer a última palavra sobre questões de validade quanto a comportamentos e interesses sociais (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 10-11), mas desde que necessário à tutela dos direitos fundamentais e exercido dentro dos parâmetros da argumentação jurídica, ou seja, mediante a prolação de decisões fundamentadas e redigidas em linguagem apropriada, conforme o discurso jurídico.

Por certo, que é possível, desejável e necessária a intervenção do Judiciário na esfera de atuação dos demais poderes sempre que detectada afronta a direito fundamental previsto na Constituição e na estrita medida do necessário para assegurar sua preservação. Isto é, “para que seja legítima, a atuação judicial não pode expressar um ato de vontade própria do órgão julgador” (BARROSO, 2007), mas, pelo contrário, deve fundar-se nos princípios e normas instituídos pela Constituição Federal, de modo a preservar os direitos e garantias nela inseridos e, assim, a ordem jurídico-constitucional vigente. Não há espaço, assim, para subjetivismos, para solipsismos, para ativismo. Clama-se por respeito a direitos e garantias fundamentais: clama-se por mais garantismos no processo.

A judicialização de questões políticas e sociais é fenômeno político recorrente nas democracias contemporâneas e não deve depender de ato volitivo do Poder Judiciário, na medida em que decorre naturalmente da expansão da sociedade, do dirigismo constitucional⁷, da inflação legislativa e da crise da democracia⁸, cujos problemas exigem, para sua resolução, atos de jurisdição constitucional (TOMAZ DE OLIVEIRA; TASSINARI, 2014, p. 76-77).

Justamente por se tratar de um fenômeno político, a intensidade da judicialização da política tende a variar conforme aumenta ou diminui a conflituosidade da sociedade, o cumprimento dos direitos fundamentais ou ainda o número de regulamentações existentes (Leis, Decretos, Medidas Provisórias, etc.) existentes (TOMAZ DE OLIVEIRA; TASSINARI, 2014, p. 76). Isso certamente explica o elevado grau de judicialização da política no Brasil, especialmente das políticas públicas de saúde, pois, conforme asseverado alhures, trata-se de sociedade marcada pelos conflitos decorrentes da implementação insatisfatória das promessas da modernidade e onde, portanto, o Estado Social não passou de um simulacro.

⁷ Para J.J. Gomes Canotilho, o “Constitucionalismo Dirigente” designa o papel estratégico desempenhado pelas Constituições, seja no sentido de instituir uma “forma racionalizada de política”, ou ainda de constituir um “meio de direção social” (CANOTILHO, 2001, p. 27). Cuida-se, entretanto, de teoria aparentemente abandonada pelo autor, haja vista as ponderações lançadas na obra posterior “Brançosos' e interconstitucionalidade”: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional (2. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 31-37).

⁸ Clarissa Tassinari refere que (2013, p. 49-53) a ascensão do Poder Judiciário decorreu, dentre outros fatores, de um ambiente de tensão entre os demais poderes, Executivo e Legislativo, conduzindo a uma crise da democracia, que pode vir a transmutar-se em “juristocracia”, haja vista a posição de relevo assumida por juízes e Tribunais no constitucionalismo do pós-guerra.

Não bastasse, a Constituição Federal de 1988 almejou constituir elemento de transformação social, tanto que se propõe a estabelecer diretrizes, objetivos e fins a serem alcançados pelo Estado, impondo aos gestores públicos a implementação de políticas públicas que atendam às suas finalidades precípua. Como consequência desse manifesto dirigismo constitucional, tem-se o acúmulo de funções do Poder Judiciário, que, além de solucionar conflitos individuais ou coletivos, passa a exercer o controle de constitucionalidade das normas e a proferir a última palavra em questões afetas à interpretação constitucional (TOMAZ DE OLIVEIRA; TASSINARI, 2014, p. 81-82).

Por outro lado, a inflação legislativa, que abrange, além de leis em sentido estrito, também atos normativos editados pelos demais poderes, acaba por contribuir para o incremento do fenômeno da judicialização, na medida em que conduz o Poder Judiciário ao centro do sistema jurídico-político, incumbindo-lhe as tarefas de interpretar, colmatar lacunas e integrar a complexa plêiade de normas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro.

Mas não é só. O descrédito dos Poderes Legislativo e Executivo também contribui para o incremento da judicialização e, conseqüentemente, para uma postura proeminente do Judiciário, pois faz com que juízes e Tribunais sejam “o último refúgio da virtude e do desinteresse” em uma República abandonada e saqueada por seus representantes e, portanto, “naturalizado por uma antropologia que aparece em socorro de uma teoria do direito incapaz de fundamentar a sua legitimidade” (GARAPON, 1996, p. 53 e 259).

Embora possa apresentar aspectos positivos, ligados à efetividade das normas constitucionais e, mais precisamente, à implementação dos direitos fundamentais nela contemplados, esse fenômeno da judicialização acaba conduzindo a um novo modo de governo, ao subverter a ordem tornando regra o que deveria ser exceção: “A jurisdição é, doravante, um modo normal de governo. A exceção torna-se a regra, e o processo de resolução de um conflito torna-se o modo comum de gestão de setores inteiros [...]” (GARAPON, 1996, p. 47).

Ao contrário de outros países, no Brasil o Poder Judiciário é assim levado ao exercício do controle sobre a vontade do soberano em decorrência do modelo de controle abstrato da constitucionalidade das leis, pois realizado com a intermediação de uma “comunidade de intérpretes”⁹ e “não com a assunção de novos papéis por parte de antigas

⁹“No Brasil, o legislador constituinte confiou ao Supremo Tribunal Federal (STF) o controle abstrato da constitucionalidade das leis, mediante a provocação da chamada comunidade de intérpretes da Constituição. E tal importante inovação não pode ser creditada, quer a uma expressão de vontade da sociedade civil organizada, antes, bem mais do que agora, alheia às possibilidades democráticas da intervenção do Judiciário na arena pública, quer a uma proposta amadurecida no interior do Poder Judiciário. Contudo, apesar de as ações diretas de

Revista Paradigma, Ribeirão Preto-SP, a. XX, V. 24, N. 1, p. 121-150. Jan./Jun. 2015 ISSN 2318-8650

instituições” (VIANNA et al., 1999, p. 47).

Ou seja, o Supremo Tribunal Federal, assim como os demais órgãos integrantes do Poder Judiciário, migraram, “silenciosamente, de uma posição de coadjuvante na produção legislativa do poder soberano, [...] para uma de ativo guardião da Carta Constitucional e dos direitos fundamentais da pessoa humana” (VIANNA et al., 1999, p. 53).

Ocorre que a intensa judicialização da vida, aliada à retração do Poder Legislativo e à redação vaga e imprecisa da legislação, vem levando o Judiciário a adotar uma postura cada vez mais ativa na concretização das normas constitucionais, invadindo, não raras vezes, a esfera de atuação dos demais poderes (BARROSO, 2014).

Consequência direta da autonomia adquirida pelo direito no Estado Democrático de Direito tem sido o crescimento do controle de constitucionalidade das leis e, por conseguinte, a ampliação do espaço da jurisdição (STRECK, 2009, p. 331), resultando no agigantamento do Poder Judiciário, em detrimento das demais funções estatais.

Da mesma forma, a redação legal, normalmente vaga e imprecisa, confere ao seu intérprete, ou seja, ao magistrado, amplo espaço para a criatividade e a discricionariedade (CAPPELLETTI, 1993, p. 42), convertida, não raro, em arbitrariedade, dada a extrapolação dos tênues limites de sua atuação legal e a manifesta ausência de neutralidade do Poder Judiciário. Tal fato é reconhecido pela própria magistratura, ao admitir que “o magistrado deve interpretar a lei no sentido de aproximá-la dos processos sociais substantivos e, assim, influir na mudança social” (VIANNA et al., 1997, p. 259).

Disso resulta o que se denominará aqui de ativismo judiciário, revelado em diversas situações, que, em comum, expressam um ato de vontade do órgão julgante: “O ativismo (sic) começa quando, entre várias soluções possíveis, a escolha do juiz é dependente do desejo de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de a travar” (GARAPON, 1996, p. 54). Assim, enquanto o termo judicialização designa um fenômeno político-social, ligado à conjuntura da sociedade e, portanto, desvinculada da vontade dos juízes e Tribunais, o ativismo expressa um ato volitivo, fundado no paradigma da subjetividade (STRECK; TOMAZ DE OLIVEIRA; TRINDADE, 2013, p. 19) e voltado à satisfação da vontade do intérprete no momento da concretização do direito¹⁰.

inconstitucionalidade (Adins) terem caído como um raio em dia de céu azul no cenário institucional brasileiro, desde logo elas foram reconhecidas como um instrumento de significativa importância, não só para a defesa de direitos da cidadania, como também para a racionalização da administração pública” (VIANNA et al., 1999, p. 47).

¹⁰ Em que pese a definição ora adotada, segundo Gisele Cittadino (2003, p. 18), muitos autores identificam o “ativismo” como um processo de “judicialização da política”.

Ou seja, o ativismo judicial é um problema exclusivamente jurídico, criado pelo Direito sem qualquer interferência de ordem social, uma vez que decorre do modo pelo qual o Poder Judiciário assume, voluntariamente, seu papel na tomada de decisões (TASSINARI, 2013, p. 56). Cuida-se, portanto, do emprego, pelo Poder Judiciário, de estratégias de reivindicação de competências, que não lhes seriam de plano reconhecidas (SILVA et al., 2010, p. 20). Com efeito, em sua origem, a supremacia do Poder Judiciário foi concebida como instrumento de salvaguarda da democracia, a partir da tarefa de proteção da Constituição, contudo, em nome desse valor, as cortes pátrias, em especial o STF, passaram a reivindicar, em seu favor, “um salvo conduto ao desenvolvimento do ativismo, que se combina com ferramentas de verticalização e vinculatividade das decisões judiciais”, que elas mesmas constroem (SILVA et al., 2010, p. 30).

2. LEGITIMAR A JUDICIALIZAÇÃO DE QUESTÕES POLÍTICAS E SOCIAIS NÃO AUTORIZA A INTERFERÊNCIA EM QUESTÕES POLÍTICAS

Não obstante a expressão “ativismo judicial” careça de determinação precisa¹¹ e, portanto, frequentemente seja utilizada indiscriminadamente, tanto para denominar a atividade de concretização dos direitos fundamentais como a intervenção do Poder Judiciário na esfera de atuação dos demais poderes, será aqui empregada como sinônimo de interferência do juiz na vida política, seja diretamente, por meio de uma decisão judicial, seja indiretamente, por meio da corporação a qual pertence (GARAPON, 1996, p. 54), ou ainda como a “configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente” (TASSINARI, 2013, p. 36).

Embora não se olvide da importância da judicialização à concretização dos direitos fundamentais e, portanto, à tutela dos valores inerentes à dignidade da pessoa humana

¹¹ Nesse aspecto, reputa-se relevante salientar que a postura do Poder Judiciário contribui para essa imprecisão conceitual do “ativismo judicial”, pois, ao analisar as decisões proferidas pelos Tribunais brasileiros, Clarissa Tassinari concluiu que “a) os termos ‘ativismo judicial’ e seus correlatos figuram poucas vezes nas decisões judiciais; b) por outro lado, quando aparecem, em sua maioria, são apenas referidos, sem que exista um aprofundamento sobre o tema que ao menos cogite o significado deste termo ou que contextualize sua utilização; c) quando presente algum esclarecimento doutrinário, ele se dá em termos de menção à escola instrumentalista do processo (em especial, Cândido José Dinamarco); d) usualmente, o ativismo é concebido como sinônimo de um papel mais atuante na condução do processo civil, em especial o que diz respeito à realização da instrução probatória por parte do magistrado; e) em apenas um dos acórdãos, foi possível verificar um posicionamento no sentido de que não se faz necessária a defesa de um ativismo judicial para concretizar direitos, que é o caso da decisão sobre direito ambiental proferida no Superior Tribunal de Justiça; e f) os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, mais alta Corte do país, demonstram como a compreensão do ativismo ainda se mantém vinculado a uma boa atuação do Judiciário, isto é, como consequência natural da intervenção do Judiciário para além de suas atribuições” (2013, p. 127).

e à própria consolidação do Estado Democrático de Direito, a crítica se faz, contudo, ao excesso de judicialização das questões políticas e da intervenção desmedida do Judiciário – aqui designada de ativismo – nas atividades intrínsecas aos demais Poderes, levando-o a uma perniciosa hipertrofia.

Ou seja, o problema surge quando, ao assumir essa postura proativa, o Judiciário extrapola sua atividade criativa e invade potencialmente as demais funções estatais, em contraste com o princípio democrático e com a separação dos poderes, preconizados, respectivamente, nos arts. 1º e 2º da Constituição Federal, consubstanciando verdadeiros “juízes-legisladores” e “juízes-gestores” públicos.

Não se questiona a legitimidade do Poder Judiciário de criar o direito, mas “o fato de ser inexorável interpretar para se fazer direito não pode autorizar decisões arbitrárias por parte do intérprete” (TOMAZ DE OLIVEIRA, 2013, p. 124), razão pela qual é preciso estabelecer limites substanciais a essa atividade criativa, de modo a evitar que sua discricionariedade se transmude em arbitrariedade. As críticas ao ativismo judicial residem justamente “[...] nos riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário” (BARROSO, 2014).

Como bem refere Lenio Streck: “essa nova postura da jurisdição constitucional (concebida como judicialização da política) não pode representar uma perda ou ruptura na legitimidade no âmbito das relações entre os poderes do Estado. Entre ‘substâncias’ e ‘procedimentos’, em nenhum momento o Judiciário pode vir a se assenhorar do espaço reservado à produção democrática do direito, na defesa do ativismo judicial. E qual é o limite desse espaço? A Constituição e a força normativa de seu texto”(STRECK, 2013, p. 178).

No Brasil, esse ativismo judiciário é particularmente constatado na atuação do Supremo Tribunal Federal que, após superar fases de “ressaca” e de “constitucionalização”, nas quais se deparou, respectivamente, com a dificuldade em compreender o novo paradigma do Estado Democrático de Direito trazido pela Constituição Federal de 1988 e com a necessidade de uma ampla filtragem constitucional das normas vigentes, atualmente encontra-se em um momento ativista, marcado pela expansão da atividade jurisdicional e não com a criação do Direito (TRINDADE; MORAIS, 2011).

Essa “expansão da atividade jurisdicional” veio, no Brasil, travestida de discricionariedade, resultando numa “justiça lotérica”, marcada pela imprevisibilidade (TRINDADE; MORAIS, 2011), que confere “carta branca” ao Poder Judiciário para a resolução de conflitos, para a concretização de direitos fundamentais e, especialmente, para a

judicialização de questões eminentemente políticas.

Entretanto, essa “judicialização da política”, isto é, a tarefa atribuída ao Poder Judiciário de concretização dos direitos fundamentais, muitas vezes conduzindo-o à verdadeira execução de políticas públicas e, portanto, à invasão da esfera de atribuição dos demais poderes, deve ser limitada a partir do próprio texto constitucional, sob pena de afronta do princípio democrático.

Há que se diferenciar, portanto, o protagonismo judiciário, essencial à concretização dos direitos fundamentais e, assim, à consolidação do Estado Democrático de Direito, do ativismo judicial, na medida em que a hipertrofia desenfreada do Poder Judiciário, marcada, como visto, pela discricionariedade e pela imprevisibilidade, em nada contribui para afirmação do Direito, mas, pelo contrário, acentua a insegurança jurídica e o descrédito às instituições estatais. Antoine Garapon critica duramente o ativismo judicial, justamente por entender que a invasão da sociedade pelo Judiciário resulta no enfraquecimento do princípio democrático. Para Garapon “o caráter ‘intocável’ do juiz não deixa de ser preocupante. O juiz faz a democracia correr um risco de ativismo, criando um direito pretoriano, ou, pelo contrário, um risco de imobilismo, impedindo certas reformas pretendidas pela maioria. Em ambos os casos, prejudica a virtude principal de qualquer sistema de direito, que é a segurança jurídica.” A lógica do ativismo considera o juiz como aquele investido de uma missão redentora em relação à democracia, colocando-o em uma posição de destaque, inacessível à crítica popular. Alimenta-se do descrédito do Estado, da decepção em relação ao político. O ativismo culminaria, assim, na despolitização da democracia” (GARAPON, 1996, p. 74-75).

De fato, “a ampliação do raio de ação do Poder Judiciário não pode, no entanto, representar qualquer incompatibilidade com um regime político democrático”, incumbindo a Juízes e a Tribunais expandir sua atuação sem violar os direitos dos cidadãos ou a soberania popular e, portanto, sem comprometer o equilíbrio do sistema político (CITTADINO, 2003, p. 34).

Especificamente em matéria de saúde pública e assistência terapêutica, o ativismo judiciário tem conduzido a uma “discricionariedade judicial”, em substituição à “discricionariedade do administrador” ou mesmo à “discricionariedade do legislador”, na medida em que as medidas materiais são concedidas no contexto individualizado de um determinado processo judicial (SCAFF, 2013, p. 142).

Em sendo assim, ainda que alguns considerem positivo o ativismo judiciário, por entendê-lo abarcado pela competência interpretativa conferida ao Poder Judiciário pela Constituição Federal (TAVARES, 2011), há que se delimitar as fronteiras da atividade

jurisdicional, de modo a adequá-la à esfera de atuação dos demais poderes, resguardando, por conseguinte, o regime democrático.

Nesse contexto, o Poder Judiciário não pode assistir impassível aos problemas da sociedade, pelo contrário, deve transcender as funções *checks and balances* e assegurar que os direitos estabelecidos constitucionalmente prevaleçam sobre o princípio da maioria. Contudo, essa nova postura não significa romper com a democracia representativa e, portanto, com o princípio da separação dos poderes, mas (re)definir o papel do Judiciário na concretização de direitos, evitando que as decisões sejam proferidas com fundamento exclusivo na vontade do órgão julgador.

Em outras palavras, o Judiciário não pode substituir o legislador ou mesmo o gestor público¹², mas com o reconhecimento da Constituição como norma suprema, a qual todas as demais encontram-se subordinadas, altera-se o papel da ciência jurídica e também da relação entre política e direito, com a sujeição daquela a este.

É inegável a importância do jurista e do Poder Judiciário para a concretização os direitos fundamentais previstos na Constituição, pois mais que assegurar o acesso ao processo democrático de participação política, há que contemplar, ao menos em termos de mínimo existencial, as inúmeras prestações materiais que emergem da vigência (em tese) de um Estado Democrático de Direito.

Não se trata, a toda evidência, de legitimar o ativismo judicial desmedido, a discricionariedade, a “justiça lotérica”, ou mesmo a invasão do Poder Judiciário na esfera de atuação dos demais poderes, mas sim de assegurar a efetividade da Constituição contra o perigo de esvaziamento de sua força normativa e, principalmente, de implementar concretamente os direitos fundamentais nela consagrados.

Não é possível confundir a necessária intervenção judicial para a garantia da efetividade da Constituição com discricionariedade e decisionismo por parte de juízes e tribunais, pois “defender um certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode significar que os tribunais se assenhem da Constituição” (STRECK, 2014, p. 199).

A despeito dessas conclusões acerca do verdadeiro papel do Poder Judiciário

¹²Nesse aspecto, “É claro que não se deseja que o Judiciário exerça a administração do estado, muito menos legisle, mas devido à notória ineficiência dos outros poderes é o que vem ocorrendo no Brasil. Limitações impostas à administração pública que entende fazer por bem aquilo que politicamente lhe aprouver e a substituição da falta da elaboração de leis pelo Congresso Nacional pela emissão sem controle de medidas provisórias vem se demonstrando constantemente necessárias, sob pena de se assistir ao colapso total das instituições nacionais” (TAVARES, 2011, p. 108).

como assegurador do Estado Democrático de Direito, percebe-se hoje a prolação de decisões cada vez mais arbitrárias e dissociadas da realidade, que, ao extrapolar os limites traçados pela Constituição Federal à atuação de juízes e tribunais, consubstanciam verdadeiro ativismo judicial e ilustram a face mais perversa dessa distorção. A não diferenciação entre protagonismo e ativismo gera, inevitavelmente, distorções e grave lesão ao ordenamento jurídico.

3 DECISÕES JUDICIAIS SOBRE ASSISTÊNCIA TERAPEUTICA: EXPANSÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL OU CRIAÇÃO DO DIREITO

No século XXI, o judiciário passou a tratar de modo mais sistemático sobre o ato de julgar em saúde, fomentando cada vez mais o debate e a pesquisa. O avanço da judicialização e, não raramente, do ativismo judicial, é especialmente sentido nas questões afetas à concretização do direito à saúde e à assistência terapêutica, pois o Poder Judiciário brasileiro padece com o aumento constante e exponencial do número dessas demandas judiciais, que, longe de resolverem os problemas da saúde pública, consomem os escassos recursos materiais e humanos das estruturas administrativa e judiciária.

Esse significativo incremento do número de demandas postulando prestações materiais de assistência terapêutica não é eficaz no enfrentamento dos problemas afetos à saúde pública brasileira, em especial ao direito de acesso à saúde da camada mais carente da população, pois ao analisar os processos trazidos à sua apreciação, o Poder Judiciário limita-se a verificar as condições e peculiaridades daquele determinado caso concreto, sem atentar às consequências sociais e econômicas de suas decisões.

Por conseguinte, juízes e Tribunais acabam por proferir julgados dissociados da realidade, que, além de ameaçarem o equilíbrio financeiro e econômico do Estado, comprometendo a implementação de políticas públicas de saúde, também vão de encontro aos princípios mais mezinhos de direito administrativo, constitucional e processual civil.

Isso tanto é verdade que um levantamento inédito promovido pela Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo revelou que dois terços das ações judiciais contra o SUS naquele Estado são movidas por pessoas com convênios médicos ou que frequentam clínicas particulares. Ainda, que 65% das prescrições na origem dos processos partem de médicos particulares (FOLHA DE SÃO PAULO, 2014), evidenciando que a judicialização acaba

privilegiando quem possui condições econômicas e, conseqüentemente, possibilidade de acesso ao Poder Judiciário, em detrimento da população verdadeiramente carente.

Ou seja, além de não resolver os problemas afetos ao direito de acesso universal à assistência médica e terapêutica, a judicialização em matéria de saúde pública fomenta as desigualdades, ao consubstanciar uma espécie de “Robin Hood às avessas”, pois “tira dos mais pobres para dar a quem tem condições de pagar um bom advogado” (FOLHA DE SÃO PAULO, 2014).

São muitas, portanto, as distorções evidenciais a partir da judicialização em massa das prestações vinculadas à assistência terapêutica e, especialmente, de seu indiscriminado deferimento pelos Juízes e Tribunais Pátrios, razão pela qual a presente seção dedicar-se-á a demonstrá-las especificamente. Para tanto, serão trazidos a lume exemplos práticos da superficial análise realizada pelo Poder Judiciário em demandas sanitárias, que bem ilustram as nefastas conseqüências da excessiva judicialização (e, ainda, do ativismo judicial) do direito à saúde.

O primeiro caso envolve a postulação judicial do medicamento Lucentis (Ranibizumabe), fabricado pelo laboratório Novartis e recomendado ao tratamento de “lesões da retina (parte de trás do olho sensível a luz) causadas pelo vazamento e crescimento anormal dos vasos sanguíneos em doenças como a forma úmida da degeneração macular relacionada à idade (DMRI)” e também “para tratar o edema macular diabético (EMD) e o bloqueio das veias da retina (OVR)” (ANVISA, 2015).

Cuida-se de fármaco devidamente registrado na ANVISA e amplamente receitado por médicos oftalmologistas, razão pela qual pululam no Poder Judiciário diversas ações postulando seu fornecimento gratuito, haja vista o alto custo do medicamento, que gira em torno de R\$ 4.000,00 cada ampola de 10ml, tornando-o inacessível para uma grande parcela da população.

Ocorre que recentemente o órgão italiano multou os laboratórios farmacêuticos Roche (Roche Holding AG – ROG) e Novartis (Novartis AG – NOVN) em 182,5 milhões de euros, por conspirarem para promoverem o ingresso do medicamento Lucentis (Ranibizumabe) no mercado em substituição do similar Avastin (Bevacizumabe), produzido pela Roche, igualmente para o tratamento de doenças oftalmológicas ligadas à degeneração macular.

Conforme notícia veiculada pela agência Bloomberg (2014), Roche e Novartis bloquearam a distribuição do medicamento Avastin, em favor da droga mais cara, o Lucentis,

produzido pela Novartis. Afirmaram, ainda, que o Avastin era “mais perigoso” que o Lucentis e assim influenciaram médicos e serviços de saúde a receitarem esse último em detrimento do primeiro.

Ocorre que, enquanto o Avastin custa aproximadamente 81 euros, o preço do Lucentis gira em torno de 900 euros, o que representou um prejuízo superior a 45 milhões de euros ao sistema de saúde Italiano, apenas em 2012, podendo esse rombo chegar a 600 milhões de euros por ano (BLOOMBERG, 2014).

Em sua defesa, os laboratórios farmacêuticos asseveraram que a utilização do medicamento Avastin foi aprovada para o tratamento de câncer, ao passo que o Lucentis seria recomendado especificamente à degeneração macular neovascular (PORTAL NOVARTIS, 2014), inexistindo qualquer conluio entre as indústrias para favorecer a utilização do fármaco mais caro.

Entretanto, conforme o órgão regulamentador italiano, um medicamento pode ser receitado para tratamento de doença diversa daquela para qual foi aprovado. Cuida-se, na verdade, de prática comum, denominada uso *off-label*, ou seja, “fora da bula”, em tradução livre. Ademais, ambas as drogas provêm da mesma família e apresentam efeitos semelhantes, de modo a possibilitar a utilização segura do Avastin também para o tratamento da degeneração macular (BLOOMBERG, 2014).

A similitude dos efeitos terapêuticos das duas drogas também é atestada pelo Centro Cochrane do Brasil¹³, que, em parceria com a Federação das Unimeds do Estado de São Paulo (Fesp), criou a cartilha do Comitê de Apoio ao Judiciário (Caju), reunindo textos simplificados e claros sobre as melhores evidências e condutas médicas a serem tomadas em diversos temas importantes, objetivando oferecer aos magistrados “um material que o auxilie com informações científicas isentas e da mais alta qualidade, quando for tomar uma decisão que envolva a saúde” (UNIMED, 2013).

Segundo as conclusões do Centro Cochrane, lançadas na mencionada cartilha,

Existem evidências de que o ranibizumabe e o bevacizumabe são igualmente efetivos para o tratamento da degeneração macular relacionada à idade. Devido à diferença nos custos (aproximadamente 50 vezes) o bevacizumabe é mais custo-efetivo. Apesar de ainda não estar licenciado para esse uso o

¹³O Centro Cochrane do Brasil cuida-se de “organização não governamental, sem fins lucrativos e sem fontes de financiamento internacionais, que tem por objetivo contribuir para o aprimoramento da tomada de decisões em Saúde, com base nas melhores informações disponíveis” (COCHRANE, apud UNIMED, 2013). Para tanto, o Instituto, que é ligado à *Pós-graduação em Medicina Interna e Terapêutica* da Escola Paulista de Medicina - Universidade Federal de São Paulo (EPM-UNIFESP), mantém e divulga revisões sistemáticas de ensaios clínicos randomizados, que representam o melhor nível de evidência para as decisões em Saúde.

bevacizumabe é utilizado no mundo inteiro (off-label). Ou seja, com o dinheiro que se trata um paciente com o uso de ranibizumabe, podem ser tratados 50 pacientes com o bevacizumabe, com resultados semelhantes (UNIMED, 2013).

Diante da existência de evidências científicas concretas acerca da similitude dos medicamentos Bevacizumabe (Avastin) e Ranibizumabe (Lucentis), aliado à conduta dos laboratórios fabricantes, as autoridades italianas então reconheceram que houve atuação deliberada da indústria farmacêutica ao favorecer a utilização do medicamento mais caro, a fim de incrementar seu lucro, ação essa que causou prejuízo considerável aos cofres públicos e, por conseguinte, motivou a aplicação de penalidade pecuniária à Roche e à Novartis¹⁴.

A notícia foi veiculada em diversos órgãos de comunicação e repercutiu internacionalmente, conforme manchetes publicadas nas páginas eletrônicas dos jornais “The New York Times” (2014) e “El Mundo” (2014), além das conceituadas agências de notícias “Reuters” (2014) e “Bloomberg” (2014).

Esse é, pois, o panorama internacional da problemática envolvendo a utilização dos medicamentos Avastin e Lucentis no tratamento da degeneração macular. No Brasil, o prejuízo ainda não foi contabilizado, mas ele certamente existe, uma vez que tramitam na Justiça Comum Estadual Gaúcha inúmeras ações postulando – em face do Poder Público – o fornecimento gratuito do medicamento Lucentis.

As pretensões são invariavelmente acolhidas, inclusive (e normalmente) sem o deferimento de produção de provas, sob o argumento de que o médico que acompanha o paciente possuiu competência para determinar a urgência e especificar qual o tratamento correto e a forma de promovê-lo. Uma espécie de solipcismo médico!!

Isto é, a Corte Gaúcha vem acolhendo os pedidos de fornecimento do medicamento Lucentis, para o tratamento da degeneração macular, fundamentando seu entendimento na recomendação do médico assistente do paciente, sem atentar, porém, à possibilidade de sua substituição por fármaco semelhante e sensivelmente mais barato, no caso, o Avastin.

¹⁴A substituição de medicamentos já consagrados por novas fórmulas, com reduzida variação química efetiva, é expediente corriqueiro na indústria farmacêutica, empregado para incrementar os lucros dos laboratórios, na medida em que as novas drogas lançadas no mercado apresentam, invariavelmente, custo mais elevado. Salienta-se, nesse sentido, que, entre os anos de 1998 e 2002, a FDA – *Food and Drug Administration* – aprovou 415 novos medicamentos, dos quais apenas 133 (32%) eram novas entidades moleculares, sendo o restante variações de medicamentos já existentes. E desses 133, somente 58 eram drogas de inspeção prioritária, o que resulta em apenas 12 medicamentos inovadores por ano: “Não apenas essa produção é muito baixa, mas, ao longo desses cinco anos, ela foi piorando. Tanto em 2001 como em 2002 somente sete medicamentos inovadores foram aprovados em cada ano, em comparação com nove em 2000, 19 em 1999 e 16 em 1998” (ANGELL, 2010, p. 71-72).

Mesmo advertido da ausência de superioridade entre os medicamentos, permanece o TJRS determinando o fornecimento do Lucentis em detrimento do Avastin, conforme despacho proferido nos autos do agravo de instrumento n. 70070059168104:

Em parecer médico complementar, o médico assistente ainda destacou que ‘Com relação a troca do Lucentis (ranibizumabe) pelo Avastin (bevacizumabe) não é o ideal para a doença da autora, pois o Conselho Federal de Medicina (CFM) não aprova como prática este medicamento para este fim. O Lucentis foi desenvolvido especificamente para uso oftalmológico, enquanto que o Avastin foi para uso oncológico de Câncer de aparelho digestivo.’ (fl. 58). Dessa forma, a par das duas manifestações do DMJ, ambas sustentando a possibilidade de substituição do LUCENTIS pelo AVASTIN (fls. 46 e 75), nas circunstâncias, entendo pela prevalência do laudo do médico que assiste a paciente que é quem, de regra, tem condições de melhor apurar qual é a medicação a ser aplicada. [...] Com isso, deve ser alcançada à agravante/autora a medicação postulada (8 ampolas de LUCENTIS – ranibizumabe), prevalecendo a indicação feita pelo médico que assiste a paciente (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

Nesse processo, oriundo da Comarca de Soledade, Rio Grande do Sul, onde foi autuado sob o n. 036/1.14.0001149-2 (RIO GRANDE DO SUL, 2014), houve o indeferimento da tutela de urgência que objetivava o fornecimento gratuito do medicamento Lucentis, sob o argumento de que poderia ser substituído pelo similar Avastin sem qualquer prejuízo ao paciente:

Apresentada declaração complementar do médico assistente, e acostados exames, em se tratando de questão essencialmente técnica, determinei o encaminhamento da nova documentação ao DMJ, para o respectivo exame pelo médico oftalmologista. Com efeito, o médico oftalmologista do DMJ, após análise da declaração complementar do médico assistente e dos exames anexados, à fl. 59, ratificou o seu parecer anterior (fl. 31). Corroborou a indicação do medicamento Avastin para o caso, aduzindo que muitos estudos recentes demonstram a mesma eficácia e os mesmos tipos de complicações de curto e médio prazo com relação ao postulado fármaco Lucentis, este de custo muito superior (cerca de 10 vezes o valor do Avastin). Ainda, afirmou que a utilização de Avastin é prática usual e encontra amparo em longas séries de estudos clínicos que atestam sua eficácia e segurança. Deste modo, na esteira do parecer médico do DMJ, ora ratificado, mantenho a decisão que indeferiu a antecipação de tutela (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

Houve ainda manifestação dos peritos do próprio TJRS apontando a ausência de superioridade do medicamento Lucentis em relação ao similar Avastin:

[...] o medicamento Lucentis (ranibizumabe) pode ser substituído, sem prejuízos, pelo medicamento Avastin (bevacizumabe), cuja eficácia é semelhante e cujo custo é muito menor (com diferença de até dez vezes).

[...] Conforme o próprio médico assistente da autora reconhece, a utilização do Avastin é prática usual em meios acadêmicos e encontra amparo em longas séries de estudos clínicos multicêntricos que atestam a sua eficácia e segurança. O fato de não haver resolução específica do Conselho Federal de Medicina sobre o tema não implica dizer que seu uso não é seguro [...](RIO GRANDE DO SUL, 2014).

Porém, conforme visto, em que pese a ausência de superioridade clínica entre os medicamentos Ranibizumabe e Bevacizumabe, manifestada expressamente pelos peritos do Departamento Médico do TJRS, o relator do agravo de instrumento determinou o fornecimento gratuito, pelo RS, do medicamento substancialmente mais oneroso – Lucentis – em detrimento de tratamento igualmente eficaz e de custo inferior – Avastin.

Nesse contexto, uma pergunta se impõe: ao determinar à Fazenda Pública o fornecimento gratuito do medicamento Lucentis ao paciente portador de degeneração macular, são concretizados os direitos do demandante ou se está contemplando o interesse econômico dos laboratórios fabricantes do medicamento? A quem o ativismo judicial vem servindo?

A resposta parece clara, na medida em que, comprovadamente, ambos os medicamentos possuem efeitos semelhantes e podem ser utilizados, com segurança, no tratamento das doenças oftalmológicas ligadas à degeneração macular¹⁵, de modo que inexistente justificativa plausível para a preferência pelo tratamento mais caro.

Ou seja, ainda que sob o argumento de contemplar os direitos fundamentais do paciente que postula judicialmente a tutela da saúde, a atividade jurisdicional é desvirtuada para satisfazer o interesse econômico das gigantes farmacêuticas, com enorme prejuízo aos cofres públicos e, portanto, em detrimento da coletividade.

Outro caso que chama atenção e ilustra o desvirtuamento da judicialização do direito à saúde diz respeito ao fornecimento da associação medicamentosa Sulfato de Glucosamina + Sulfato de Condroitina, comercializada sob as denominações “Artrolive”, “Condroflex”, “Ártico”, “Glucoreumin”, dentre outras¹⁶. Trata-se de medicamento amplamente receitado para o tratamento da Osteoartrite, mas cuja eficácia carece de comprovação científica, conforme inúmeros estudos médicos publicados no portal “Pubmed”,

¹⁵Nesse aspecto, salienta-se que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) está avaliando a regularização do uso da bevacizumabe para o tratamento da Degeneração Macular Relacionada à Idade, a fim de que sua utilização deixe de operar *off-label* (ANVISA, 2015).

¹⁶“Condroitina e glucosamina são dois componentes importantes das cartilagens. A suplementação dessas substâncias na forma de comprimidos diários (Condroflex®, Artrolive®, Artico®) tem sido indicada para ajudar a diminuir dores articulares de portadores de osteoartrite, a um custo aproximado de R\$ 200 mensais, uso contínuo” (UNIMED, 2013).

um dos mais importantes bancos de dados de literatura médica. Destaca-se, nesse aspecto, a conclusão de que:

[...] em comparação com o placebo, a glucosamina, a condroitina, e a sua combinação, não reduzem a dor articular ou têm um impacto no estreitamento do espaço das articulações. As autoridades de saúde e seguradoras de saúde não deve cobrir os custos dessas preparações, e novas receitas para os pacientes que não receberam o tratamento deve ser desencorajado (WANDEL et al., 2010).

No mesmo sentido, outros estudos também concluíram que “a glucosamina e o sulfato de condroitina isoladamente ou em combinação não reduzem a dor de forma eficaz no grupo total de pacientes com osteoartrite do joelho” (CLEGG, 2006), e ainda que, mesmo após dois anos de tratamento, não foram detectados benefícios superiores ao placebo (SAWITZKE, 2008).

A Cartilha de Apoio Médico e Científico ao Poder Judiciário, elaborada pelo Instituto Cochrane em parceria com a Federação das Unimeds do Estado de São Paulo também atestou a ausência de evidência científica de eficácia do medicamento no tratamento da osteoartrite, recomendando a desestimulação de seu consumo:

A nossa busca na literatura localizou inúmeras revisões sistemáticas, sendo a mais recente e de melhor qualidade publicada em 2010 no British Medical Journal (BMJ). Essa revisão incluiu dez estudos com 3.803 pacientes e demonstrou que a condroitina e a glucosamina, combinadas ou isoladamente não reduzem a dor articular ou apresentam qualquer efeito positivo na articulação. [...] A condroitina e a glucosamina não têm efetividade no tratamento da osteoartrite e seu uso deve ser desestimulado (UNIMED, 2013).

Atentos a essa realidade e em vista do considerável número de demandas judiciais ajuizadas no RS objetivando o fornecimento gratuito do medicamento Sulfato de Glucosamina + Sulfato de Condroitina, os peritos vinculados ao Departamento Médico Judiciário (DMJ) do Tribunal de Justiça do Estado firmaram parecer conjunto sobre a utilização do fármaco no tratamento da artrose, asseverando, igualmente, pela sua ineficácia:

O sulfato de glicosamina e condroitina, embora conhecido como um condroprotetor (protetor de cartilagem) foi analisado em estudos clínicos randomizados, comparativamente ao paracetamol e ibuprofeno, não demonstrando eficácia analgésica superior a essas drogas. Em outros estudos, também randomizados, em que foi analisada seriadamente a medida do espaço articular por método de imagem, não foi demonstrada eficácia em reduzir a progressão ou o dano estrutural determinado pela doença. As

únicas intervenções médicas que demonstram eficácia em interferir na progressão da Artrose são a prática de exercícios de fortalecimento muscular e a redução da sobrecarga articular DMJ, 2013).

E assim concluíram os peritos do DMJ:

Pelo exposto, consideramos que, do ponto de vista da medicina baseada em evidências, o benefício teórico a ser obtido com o uso da associação de sulfato de glicosamina e condroitina para pacientes com artrose não encontra suporte científico na literatura médica corrente (2013).

Porém, mesmo diante dos inúmeros estudos clínicos demonstrando a ausência de comprovação científica da utilização do Sulfato de Glucosamina + Sulfato de Condroitina no tratamento da artrose, inclusive atestada pelos peritos médicos do próprio TJRS, parte das Câmaras que integram a Corte Gaúcha¹⁷, assim como grande parcela de seus juízes de primeiro grau de jurisdição, permanecem condenando os Entes Públicos (Estado e Municípios) ao fornecimento gratuito do medicamento¹⁸.

Para tanto, fundamentam suas decisões na impossibilidade de prevalência do laudo técnico do DMJ sobre a opinião do médico que assiste a parte demandante, por considerarem que este possui melhores condições de aferir as necessidades do paciente¹⁹.

As decisões, todavia, parecem desconexas com a realidade, pois, conforme visto, negam a existência de estudos médico-científicos atestando a ineficácia do medicamento e, ademais, desconsideram a existência de política pública de saúde para o tratamento da artrite

¹⁷Salienta-se a existência de antecedentes pontuais, oriundos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, julgando improcedente a pretensão de fornecimento do complemento glucosamina+condroitina, por reconhecer sua ineficácia para o tratamento da artrite reumatoide. Como exemplo é possível citar a apelação cível n. 70062139035, de 26 de novembro de 2014, assim ementada: “APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO HUMANO À SAÚDE. MEDICAMENTOS. **SULFATO DE GLICOSAMINA E CONDROITINA. EFICÁCIA CONTROVERTIDA. LAUDO PERICIAL DO DMJ.** Em que pese a responsabilidade estatal (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) ao fornecimento de medicamento aos que dele necessitam – sem restrição às listas do SUS -, na forma do que dispõem os artigos 196 da Carta Magna e 241 da Constituição Estadual; demonstrada a ineficácia do tratamento prescrito pelo médico da autora, imperativa é a reforma da sentença de procedência. APELAÇÃO PROVIDA.”

¹⁸Nesse sentido, citam-se as apelações cíveis n. 70063282578, 70063473128 e 70063058184, julgadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

¹⁹É possível citar, nesse sentido, a apelação cível n. 70064135882, julgada em 31 de março de 2015, na qual a Desembargadora Relatora, Dra. Marilene Bonzanini, refere que “A declaração do médico da parte autora não pode sucumbir diante de afirmação em abstrato de ineficácia do tratamento, levando-se em conta o fato de o medicamento possuir indicação para a moléstia na bula e estar devidamente registrado na ANVISA. A orientação exarada pelo DMJ é genérica, sem a análise da situação individual do paciente, razão pela qual não pode prevalecer sobre o atestado elaborado pelo médico assistente da parte autora”.

reumatoide, constante da Portaria n. 710, de 27 de junho de 2013, do Ministério da Saúde (2013)²⁰.

Ou seja, não obstante a existência de tratamento disponibilizado pelo SUS, e a ausência de demonstração científica de eficácia do medicamento glucosamina+condroitina, diversas decisões judiciais, proferidas tanto por juízes de primeiro grau de jurisdição como pelo Tribunal de Justiça do Estado, compelem a Administração Pública ao fornecimento de tratamento assemelhado a placebo, com manifesta repercussão aos cofres públicos e comprometimento de seu equilíbrio financeiro.

O terceiro exemplo de distorção decorrente da tutela indiscriminada do direito à saúde vem do processo número 075/1130001530-0²¹ que tramita na Comarca de Três Passos, Estado do Rio Grande do Sul. Nele, o autor postulou, inclusive em sede liminar, o fornecimento gratuito de procedimento cirúrgico consistente na ocusão endovascular de vístula arteriovenosa encefálica intracraniana e embolização de má-formação arteriovenosa, com utilização de Onix, não abrangido pelo SUS, por ser portador de má formação arteriovenosa dos vasos cerebrais – CID Q 28.2 – e não possuir condições econômicas para custear o tratamento com recursos próprios.

A inicial foi instruída com um único orçamento, subscrito pelo médico assistente da parte autora, que estimou o procedimento em R\$ 160.725,80 (cento e sessenta mil, setecentos e vinte e cinco reais e oitenta centavos), dos quais R\$ 60.725,80 referiam-se aos materiais a serem utilizados e R\$ 100.000,00 aos honorários médicos.

A pretensão foi prontamente despachada pelo MM. Juízo, que concedeu a tutela de urgência determinando ao RS o fornecimento gratuito do procedimento, no prazo de quinze dias, sob pena de sequestro de valores nos cofres públicos para seu custeio. Também restou determinada, uma vez decorrido o prazo para cumprimento voluntário da medida, a intimação da parte autora para acostar ao processo outros dois orçamentos do procedimento cirúrgico postulado, a fim de possibilitar o bloqueio de valores pelo menor preço.

²⁰A Portaria n. 710/2013, do Ministério da Saúde e, portanto, de caráter nacional, estabelece o conceito geral da artrite reumatoide, seus critérios de diagnóstico, inclusão e exclusão, assim como o tratamento e os mecanismos de regulação, controle e avaliação, a serem utilizados pelas Secretarias de Saúde dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Em seus anexos, amparada por amplo estudo técnico-científico, a mencionada Portaria estabelece um tratamento escalonado da artrite reumatoide, composto por diversas classes e espécies de medicamentos, que, portanto, são disponibilizados pelo SUS. Todavia, mesmo após a ampla avaliação técnica da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS - CONITEC, do Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos - DAF/SCTIE/MS e do Departamento de Atenção Especializada - DAE/SAS/MS, o complemento glucosamina+condroitina não foi incorporado ao tratamento em questão.

²¹ Embora o mencionado processo não tramite sob sigilo de justiça, os nomes da parte demandante e de seu médico assistente serão omitidos no intuito de preservar o paciente e em atenção à questionável eticidade do proceder do profissional médico.

Citado, o RS contestou a pretensão asseverando que os materiais específicos solicitados pelo médico assistente não são contemplados pelo SUS, mas que o tratamento endovascular poderia ser realizado no Sistema, desde que utilizados os equipamentos disponibilizados pela rede pública. Também impugnou o único orçamento apresentado, pois exarado pelo médico que assiste a autora e, portanto, interessado na realização do procedimento cirúrgico e no conseqüente recebimento dos honorários respectivos.

O Ente Público Estadual sustentou, ainda, sua ilegitimidade passiva, arguindo a responsabilidade da União pelo fornecimento do procedimento, haja vista sua complexidade e encerrou sua defesa postulando autorização para encaminhar o paciente ao atendimento via SUS, com os materiais disponibilizados pela rede pública, assim como a intimação da parte adversa para providenciar a juntada aos autos de outros dois orçamentos do procedimento cirúrgico vindicado.

O paciente então novamente compareceu aos autos afirmando a impossibilidade de obtenção de outros orçamentos da cirurgia e reiterando a necessidade de imediato cumprimento da medida deferida em sede de antecipação de tutela, haja vista seu grave estado de saúde.

Após outras providências administrativas, em 19.12.2013 foi determinado o sequestro de R\$ 160.725,80 da conta única do RS e, dessa forma, realizado o procedimento cirúrgico postulado.

Entretanto, uma análise mais aprofundada do processo permite alguns apontamentos que demonstram a desproporcionalidade da medida judicialmente deferida e, portanto, a forma como a tutela do direito à saúde vem sendo tratada pelos juízes e tribunais pátrios.

Inicialmente chama atenção o fato de o médico assistente – credenciado ao SUS – formular vultosa proposta particular de honorários (R\$ 100.000,00), a qual foi acolhida pelo MM. Juízo sem maior indagação sobre a razoabilidade do montante solicitado.

Para ilustrar a excessividade e, portanto, a abusividade da proposta de honorários profissionais, salienta-se que, de acordo com a Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos – CBHPM²² – que serve como parâmetro remuneratório dos

²²A Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM) é o resultado do trabalho conjunto da Associação Médica Brasileira (AMB), de suas Sociedades de Especialidades e do Conselho Federal de Medicina, na elaboração de uma lista hierarquizada e ética de procedimentos, contemplando todas as especialidades médicas e remunerando dignamente os serviços profissionais (AMB, 2014). De acordo com a AMB, portanto, “a CBHPM serve como referência para estabelecer faixas de valoração dos atos médicos pelos seus portes, fixando, assim, os patamares mínimos de remuneração do profissional médico: A pontuação dos Revista Paradigma, Ribeirão Preto-SP, a. XX, V. 24, N. 1, p. 121-150. Jan./Jun. 2015 ISSN 2318-8650

procedimentos médicos, a cirurgia em questão – embolização de aneurisma cerebral – é orçada, ainda que em parâmetros mínimos, em R\$ 1.315,30 (AMB, 2014)²³, do que se extrai a manifesta desproporcionalidade dos honorários médicos adimplidos nos autos do processo em estudo.

Ainda que a CBHPM estabeleça os patamares mínimos de remuneração do profissional médico, sendo comum uma variação de 20% para mais ou para menos e admitida a livre negociação entre as partes, a notória discrepância entre os valores fixados pela AMB (R\$ 1.315,30) e o montante dos honorários solicitados pelo médico assistente (R\$ 100.000,00) permite concluir pela onerosidade excessiva do procedimento, em manifesto prejuízo do Erário Estadual.

Não bastasse, no curso do processo, antes do deferimento do sequestro de valores nos cofres públicos, sobreveio manifestação subscrita pela Secretaria Municipal de Saúde informando que o paciente foi orientado, pelo próprio médico assistente, *que inclusive se dispôs a providenciar advogado*, a buscar judicialmente a realização do procedimento cirúrgico, haja vista seu vultoso custo.

Ademais, a Secretaria Municipal também relatou que a Coordenadoria Regional de Saúde providenciou administrativamente a internação hospitalar do paciente, em 18 de novembro de 2013, para a realização do procedimento cirúrgico via Sistema Único de Saúde, com o próprio médico assistente, pois credenciado à rede pública. Todavia, referiu que, ao perceber que não se tratava da liberação judicial e sim do encaminhamento administrativo, o médico assistente deu alta ao paciente sem realizar o procedimento cirúrgico.

Ou seja, os elementos coligidos ao processo evidenciam que o Poder Público demandado buscou atender administrativamente à pretensão de saúde, sendo obstado pela conduta do médico assistente que, embora credenciado ao Sistema Único de Saúde, recusou-

procedimentos médicos, que foi realizada por representantes das Sociedades Brasileiras de Especialidades com assessoria da FIPE – Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas, está agrupada em 14 portes e três subportes (A, B e C). Os portes anestésicos (AN) permanecem em número de oito e mantêm correspondência com os demais portes. Os portes de atos médicos laboratoriais seguem os mesmos critérios dos portes dos procedimentos, mas correspondem a frações do menor porte (1A). Quanto aos custos, estabeleceu-se a unidade de custo operacional (UCO), que incorpora depreciação de equipamentos, manutenção, mobiliário, imóvel, aluguéis, folha de pagamento e outras despesas comprovadamente associadas aos procedimentos médicos. Este custo foi calculado para os procedimentos de SADT de cada Especialidade. Custos operacionais referentes a acessórios e descartáveis serão ajustados diretamente e de comum acordo entre as partes. A valoração dos portes e da UCO ficará sujeita a alteração sempre que modificadas as condições que nortearam suas fixações, sendo admitida banda de até 20%, para mais ou para menos como valores referenciais mínimos, em respeito à regionalização e a partir destes, os valores deverão ser acordados por livre negociação entre as partes” (AMB, 2014).

²³Nesse aspecto, salienta-se que a Unidade de Custo Operacional (UCO) válida a partir de outubro de 2015 é de R\$ 15,15, atribuindo-se ao procedimento de embolização de aneurisma cerebral (porte 11B) o valor de R\$ 1.315,40, conforme comunicado oficial da CBHPM (CBHPM, 2015).

se a atender o paciente pela rede pública, o que veio a fazer somente após depositados os vultosos honorários profissionais de R\$ 100.000,00.

Em seu favor, o médico assistente relatou que a cirurgia restou inviabilizada em virtude da indisponibilidade, pelo SUS, dos materiais específicos solicitados (“Onix”), olvidando-se, contudo, que a Resolução n. 1.956/2010 do Conselho Federal de Medicina (CFM, 2010) veda expressamente a exigência de fornecedor ou marca comercial exclusiva de materiais especiais implantáveis²⁴.

Questiona-se, ainda, acerca da real necessidade e da urgência do procedimento cirúrgico postulado, na medida em que inexistem estudos científicos de boa qualidade metodológica atestando a superioridade da utilização de micromolas na intervenção percutânea para malformações arteriovenosas sobre a cirurgia convencional “aberta” (UNIMED, 2013). Além disso, os orçamentos que instruíram a inicial datavam de junho de 2013, ao passo que a cirurgia foi realizada somente em 28 de fevereiro de 2014, cerca de oito meses após o diagnóstico, sem que fossem relatados prejuízos ao tratamento do paciente.

Em síntese, portanto, o processo n. 075/1130001530-0 representou um prejuízo superior a R\$ 160.000,00 aos cofres públicos estaduais, que certamente poderia ter sido evitado ou reduzido se indagados e investigados o valor dos honorários solicitados pelo médico assistente, a necessidade do procedimento e, em especial, dos materiais específicos requeridos, e, ainda, a urgência de sua realização.

²⁴A Resolução n. 1.956/2010, do Conselho Federal de Medicina disciplina a prescrição de materiais implantáveis, órteses e próteses e determina a arbitragem de especialista quando houver conflito, salientando-se, haja vista a abordagem deste estudo, as prescrições e vedações constantes dos artigos 1º a 6º: “Art. 1º Cabe ao médico assistente determinar as características (tipo, matéria-prima, dimensões) das órteses, próteses e materiais especiais implantáveis, bem como o instrumental compatível, necessário e adequado à execução do procedimento. Art. 2º O médico assistente requisitante deve justificar clinicamente a sua indicação, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e as legislações vigentes no país. Art. 3º É vedado ao médico assistente requisitante exigir fornecedor ou marca comercial exclusivos. Art. 4º As autorizações ou negativas devem ser acompanhadas de parecer identificado com o nome e número de inscrição no Conselho Regional de Medicina do médico responsável pelo mesmo. Art. 5º O médico assistente requisitante pode, quando julgar inadequado ou deficiente o material implantável, bem como o instrumental disponibilizado, recusá-los e oferecer à operadora ou instituição pública pelo menos três marcas de produtos de fabricantes diferentes, quando disponíveis, regularizados juntos à Anvisa e que atendam às características previamente especificadas. Parágrafo único. Nesta circunstância, a recusa deve ser documentada e se o motivo for a deficiência ou o defeito material a documentação deve ser encaminhada pelo médico assistente ou pelo diretor técnico da instituição hospitalar diretamente à Anvisa, ou por meio da câmara técnica de implantes da AMB (implantes@amb.org.br), para as providências cabíveis. Art. 6º Caso persista a divergência entre o médico assistente requisitante e a operadora ou instituição pública, deverá, de comum acordo, ser escolhido um médico especialista na área, para a decisão. § 1º Esta decisão não deverá ultrapassar o prazo de cinco dias úteis, contados a partir do conhecimento do responsável pela arbitragem. § 2º Cabe arbitragem mesmo nas situações de emergências, quando não for possível pré-autorização e tenha sido usado o material implantável, órtese ou prótese. § 3º O médico que atua como árbitro tem direito a remuneração.”

Ou seja, da análise do caso em liça, é possível concluir que, na ânsia de promover a tutela individual do direito à saúde, o Poder Judiciário não raro é manipulado por médicos e planos de saúde, transformando-se em um instrumento para a obtenção de lucro dessa rentável indústria que circunda a judicialização da saúde.

Por fim, ainda no intuito de ilustrar as distorções que podem ocorrer em decorrência da tutela judicial indiscriminada do direito à saúde, refere-se a operação policial desencadeada no RS objetivando apurar a aquisição fraudulenta de próteses, órteses e outros materiais cirúrgicos. De acordo com a denúncia de irregularidade investigada, distribuidoras de materiais cirúrgicos pagariam comissões diretamente aos médicos que recomendassem ou utilizassem as próteses fornecidas por essas empresas, vantagens essas que poderiam alcançar a cifra de R\$ 100.000,00 mensais (G1, 2015).

Além do recebimento de comissões, que giravam entre 20% e 30% do valor das próteses, também foi apurado que alguns médicos, objetivando incrementar as vantagens recebidas pelas distribuidoras de materiais, também cobravam por materiais não empregados ou ainda recomendavam procedimentos cirúrgicos desnecessários, custeados pelo SUS ou mediante sequestro de valores determinados judicialmente, fomentando uma verdadeira “indústria de liminares” (G1, 2015).

A prática fraudulenta funcionaria da seguinte forma: ao buscar o atendimento via Sistema Único de Saúde, o paciente recebia do médico assistente um orçamento superfaturado da cirurgia e era aconselhado a buscar judicialmente a realização do procedimento, muitas vezes por meio de advogado recomendado pelo próprio médico (G1, 2015).

Como os pedidos judiciais eram (e ainda são) invariavelmente acolhidos, o procedimento cirúrgico superfaturado e/ou desnecessário era realizado mediante o deferimento liminar de sequestro de valores nos cofres públicos, consolidando, assim, o prejuízo à Administração.

Reflexo dessa alarmante realidade, em 15 de janeiro de 2015 foi deflagrada pela Polícia Civil em conjunto com a Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, a “Operação Bones”, objetivando justamente apurar, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a solicitação judicial superfaturada ou desnecessária de procedimentos cirúrgicos (POLÍCIA CIVIL, 2015). Por meio dessa força-tarefa,

[... foram cumpridos 21 mandados de busca e apreensão na Capital, Região Metropolitana e nas cidades de Pelotas, Rio Grande e Xangri-Lá, além de ter sido determinada a indisponibilidade de bens imóveis dos investigados. As

diligências foram cumpridas em residências de médicos, clínicas, hospitais e empresas que comercializavam próteses (POLÍCIA CIVIL, 2015).

As investigações ainda seguem em curso, inexistindo, nesse momento, condenação dos envolvidos²⁵, mas a operação – que também desencadeou a instauração de sindicância pelo Conselho Regional de Medicina do RS(2015) e a instalação de Comissão Parlamentar de Inquérito no Senado Federal²⁶ – evidencia uma prática já consolidada dentro do Sistema Único de Saúde e que se utiliza da tutela jurisdicional para incrementar os lucros de profissionais médicos e de distribuidores de equipamentos e materiais cirúrgicos, em detrimento da coletividade representada pela Fazenda Pública.

Trata-se, portanto, de mais um exemplo de distorção que a indiscriminada judicialização da saúde pode ensejar, uma vez que, ao serem confrontados com demandas objetivando a concessão de prestações materiais sanitárias, juízes de primeiro grau e Tribunais invariavelmente as deferem, não raramente em sede de antecipação de tutela, sob os argumentos – normalmente não aprofundados – da necessidade de concretização do direito fundamental à saúde e da prevalência do direito à vida às limitações orçamentárias e, portanto, à “reserva do possível”.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A forma pela qual o Poder Judiciário vem tratando as demandas judiciais, sobretudo aquelas que versam sobre assistência terapêutica, contribui para fraudes como essa, na medida em que, ao acolher indiscriminadamente os pedidos que lhe são deduzidos, muitas vezes em sede de antecipação de tutela e, portanto, sem oportunizar à parte adversa o exercício de seu direito constitucional à ampla defesa, abre-se espaço para os excessos apontados e, ainda, para o desvirtuamento da concretização judicial do direito fundamental à saúde. Não estamos aqui atacando a judicialização em si, mas a sua distorção, o decisionismo.

Essa judicialização da política de saúde pública, inaugurada a partir de meados dos anos 1990, encontrou seu ápice nos tempos atuais, pois os números obtidos a partir dos dados do Conselho Nacional de Justiça e da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul permitem concluir pela existência de uma verdadeira “epidemia”, consistente no ajuizamento

²⁵Diante da ausência de condenação dos investigados pela “Operação Bones” e, portanto, em respeito ao princípio da presunção de inocência inserto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, serão omitidos os nomes das pessoas físicas e jurídicas envolvidas.

²⁶A partir das irregularidades apuradas pela “Operação Bones”, foi instaurada, em 31.03.2015, Comissão Parlamentar de Inquérito objetivando “investigar as irregularidades e os crimes relacionados aos procedimentos médicos de colocação de órteses e próteses no País, desde a indicação e execução dos procedimentos até a cobrança pelos produtos e serviços prestados” (SENADO FEDERAL, 2015).

maciço de demandas objetivando as mais diversas prestações em matéria de saúde e de assistência terapêutica.

Além do abarrotamento do Poder Judiciário, essa crescente judicialização da política traz perniciosas consequências às finanças públicas, na medida em que destina boa parte do orçamento disponível à concretização de prestações individualizadas em matéria de assistência terapêutica, deixando em segundo plano a implementação de políticas públicas voltadas ao atendimento universal e isonômico da população.

Não se olvida, porém, da reponsabilidade do Poder Público pela efetiva concretização do direito fundamental à assistência terapêutica, pois corolária dos princípios que fundamentam o Estado Democrático de Direito. A questão que se apresenta diz, porém, com a proporcionalidade e a razoabilidade dessa atuação desmedida do Poder Judiciário, não raras vezes travestida de ativismo.

De fato, é necessário diferenciar a judicialização, fenômeno político e social, do pernicioso ativismo judicial, produto de um ato volitivo por parte do Poder Judiciário voltado à satisfação da vontade do intérprete no momento da concretização do direito e que resulta em uma “justiça lotérica”, pois submetida ao arbítrio do julgador.

O ativismo substitui, assim, a discricionariedade do legislador e do administrador público pelo arbítrio do Poder Judiciário, criando as inconstitucionais figuras de juízes-legisladores e juízes-gestores, a quem incumbe decidir quais as prioridades a serem atendidas em matéria de assistência terapêutica e onde alocar os escassos recursos públicos.

Para além dessas esdrúxulas figuras – juízes-legisladores e juízes-gestores públicos –, o ativismo judicial também implica severas distorções na prestação da assistência terapêutica à população, como se observou dos exemplos colacionados ao final do segundo capítulo desta dissertação.

Ocorre que essa postura ativista do Poder Judiciário, que defere a quase totalidade das pretensões em matéria de assistência terapêutica que lhe são submetidas, gerando, frequentemente, as distorções detectadas, vem comprometendo os escassos recursos públicos, com efeitos negativos para todo um contingente populacional que depende exclusivamente das políticas públicas de saúde engendradas pelo Poder Público.

Em outros termos, o ativismo judiciário, levado a efeito na ânsia de concretizar os direitos fundamentais positivados na Constituição Federal e assim anteder às exigências da vida com dignidade, acaba sendo utilizado como instrumento da ignóbil exploração

econômica, gerando um Direito flutuante e reflexivo, pois a mercê do mercado (ROSA, 2009, p. 52).

Há que se repensar, portanto, o modo pelo qual o Poder Judiciário exerce seu mister, pois a Ciência Jurídica deve ser empregada de modo a contemplar os direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos, não se admitindo, a toda evidência, que o Estado de Direito seja utilizado como instrumento de fomento da exploração econômica.

E é justamente por distorções como as aqui apresentadas que se faz necessário redefinir o papel do Poder Judiciário na concretização do direito à assistência terapêutica, de modo a afastar a figura – hoje onipresente – desses “juízes legisladores e gestores públicos”. Mas o papel do judiciário

REFERÊNCIAS

- ANDERSON, Perry. **Linhagens do Estado Absolutista**. São Paulo: Brasiliense, 2004.
- ANVISA. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/datavisa/fila_bula/frmVisualizarBula.asp?pNuTransacao=10292072013&pIdAnexo=1894371>. Acesso em: 16 mar. 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2007. Disponível em <http://www.notasdeaula.org/dir3/aceso_a_saude.pdf> acesso em 26 maio 2015.
- _____. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Forum, 2013.

- _____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2014.
- BAUMAN, Zygmunt. **A Ética é possível num mundo de consumidores?** Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- BERTOLLI FILHO, Claudio. **História da saúde pública no Brasil**. São Paulo: Ática, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1997.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. v. 1. Brasília: UNB, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- CAENEGEM, R. C. Van. **Juízes, legisladores e professores: capítulos de história jurídica europeia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993.
- CITTADINO, Gisele. **Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes**. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: FMG, 2003, p. 17-42.
- CLEGG, D.O.; **Glucosamine, chondroitin sulfate, and the two in combination for painful knee osteoarthritis**. 2006. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/16495392>>. Acesso em: 18 mar. 2015.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Comitês subsidiam juízes paulistas e mineiros com demandas de saúde**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79196-comites-subsidiar-juizes-paulistas-e-mineiros-com-demandas-de-saude>>. Acesso em: 27 maio 2015.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPINDOLA, Angela de Araújo da Silveira. A refundação da jurisdição e a concretização dos direitos fundamentais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: fev. 2015.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Judicialização na Saúde faz desigualdade avançar, dizem especialistas**. 29/03/2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2014/03/1432517-judicializacao-na-saude-faz-desigualdade-avancar-dizem-especialistas.shtml>>. Acesso em: 11 maio 2015.

G1. **Máfia das próteses coloca vidas em risco com cirurgias desnecessárias**. 04/01/2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/01/mafia-das-protese-coloca-vidas-em-risco-com-cirurgias-desnecessarias.html>>. Acesso em: 24 mar. 2015.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARAPON, Antoine. **O Guardador de Promessas**: Justiça e Democracia. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GAZETA DO POVO. Vida e Cidadania. **Justiça acelera fila de espera por cirurgias**. 31/05/2011. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/justica-acelera-fila-de-espera-por-cirurgias-3wmzjz7u2eal240kfbx5xoi6>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Atlas, 2012.

GUIMARÃES, Rita de Cássia Mello; PALHEIRO, Pedro Henrique. Medidas adotadas para enfrentar a judicialização na Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro e a experiência da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde. In: **CONASS**: Para entender a gestão do SUS. Disponível em: <http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_33.pdf>. Acesso em: 27 maio 2015.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton & Company Inc, 1999.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

ROSA, Alexandre Morais da. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; TRINDADE, A. K. . **O 'Cartesianismo Provessual' em Terrae Brasilis: A Filosofia e o Processo em Tempos de Protagonismo Judicial**. *Novos Estudos Jurídicos (Online)*, v. 18, p. 5, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência Política & Teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Ativismo Judicial e Políticas Públicas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2011.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; TASSINARI, Clarissa. **Ativismo Judicial e Judicialização da Política: notas para uma necessária diferenciação**. In: Antônio Pereira Gaio Júnior; Marcio Gil Tostes dos Santos (Org.). **Constituição Brasileira de 1988: Reflexões em Comemoração ao seu 25º Aniversário**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 71-92.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Método jurídico e interpretação do direito: reflexões programáticas sobre a concretização dos direitos coletivos**. *Revista Brasileira de Direito IMED*, v. 9, n. 2, p. 90-129, 2013. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/523>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. **A Jurisdição Constitucional Para Além do Mito do Legislador Negativo: Concreção do Projeto Constitucional e Cidadania no Estado Democrático de Direito**. *Revista Paradigma*, v. 1, p. 2-26, 2013. Disponível em: <<http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/viewFile/301/324>>. Acesso em: 27 ago. 2015.

