

DE GRAÇA ATÉ INJEÇÃO NA TESTA? DEZ MITOS DA LITERATURA CRÍTICA E UMA DEFESA DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE BASEADA EM EVIDÊNCIAS¹

PEDRO RUBIM BORGES FORTES²

RESUMO: Esse ensaio discute a judicialização da saúde a partir de seus mitos e da necessidade de que reflexões sobre direito, economia e saúde sejam feitas com base em dados empíricos confiáveis. A literatura crítica é problematizada com a apresentação de dez mitos: (1) o mito da judicialização excessiva do direito à saúde; (2) o mito da centralidade da judicialização para a gestão de saúde; (3) o mito da piora decorrente da judicialização da saúde; (4) o mito da violação da separação de poderes; (5) o mito da capacidade institucional superior do Poder Executivo; (6) O mito da deferência como mandamento obrigatório; (7) o mito da violação ao federalismo; (8) o mito da falta de preocupação dos juízes com os custos; (9) o mito da irrelevância da discussão sobre os custos; (10) o mito da judicialização da saúde como panaceia universal. Os juízes devem proteger o direito à saúde, levando em consideração as consequências práticas das decisões, em sede individual e coletiva. O Poder Judiciário deve se reafirmar o guardião da Constituição, com uma atuação na judicialização da saúde baseada em evidências.

226

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da Saúde; Direitos Fundamentais; Separação de Poderes; Capacidade Institucional; Deferência; Federalismo; Custos dos Direitos; Realismo Jurídico; Consequencialismo; Pesquisa Jurídica Empírica; Literatura Crítica.

¹ O ponto de partida para a elaboração desse ensaio foi a realização do II Seminário sobre Análise Econômica do Direito (SAED) na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, nos dias 12 e 13 de setembro de 2019, atendendo a um convite do Diretor da Faculdade, Professor Carlos Bolonha, a quem agradeço a oportunidade. Gostaria de agradecer ainda a todos os palestrantes, debatedores e participantes do evento, especialmente Eduardo Chow de Martino Tostes com quem dividi a coordenação do evento e os alunos da Pós-Graduação e membros do LETACI, Abner Alves Serapião da Silva e Luciana Silveira, por todo o apoio com realização do evento. Apesar de – como coordenador e anfitrião do evento – não ter apresentado nenhum trabalho, minha participação com perguntas e indagações foi no sentido de desconstruir alguns dos mitos sobre a judicialização da saúde, o que me estimulou a escrever o presente ensaio como parte do dossiê com artigos produzidos a partir do II SAED. Daniel Barcelos Vargas, Pedro Farias Oliveira e Eduardo Chow de Martino Tostes leram e comentaram o texto, colaborando com seu feedback qualificado para que eu fizesse ajustes no artigo e sou extremamente agradecido pela leitura atenta, críticas, comentários e sugestões. Erros são todos meus.

² Professor e membro permanente do corpo do mestrado e doutorado da Fundação Getúlio Vargas Professor Visitante no Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ). DPHIL (Oxford), JSM (Stanford), LLM (Harvard), MBE (Coppe-UFRJ), Bacharel em Administração (PUC-Rio) e Bacharel em Direito (UFRJ).

ABSTRACT: This essay discusses healthcare litigation based on its myths and makes a call for reflections on law, economics, and healthcare to be based on reliable empirical evidence. Critical legal studies on healthcare litigation are criticized through the presentation of ten myths: (1) the myth of excessive healthcare litigation; (2) the myth of the centrality of litigation for healthcare management; (3) the myth of healthcare worsening due to litigation; (4) the myth of separation of powers' violation; (5) the myth of the superior institutional capacity of the Executive Branch; (6) the myth of deference as a mandatory command; (7) the myth of violation of federalism; (8) the myth of judges' lack of concern about costs; (9) the myth of the irrelevance of discussing costs; (10) the myth of healthcare litigation as a universal panacea. Judges must protect the fundamental right to healthcare, considering the practical consequences of decisions, both individually and collectively. The Judiciary must reaffirm itself as the guardian of the Constitution, performing its role in healthcare litigation based on empirical evidence.

KEYWORDS: Healthcare Litigation; Fundamental Rights; Separation of Powers; Institutional Capacity; Deference; Federalism; Costs of Rights; Legal Realism; Consequentialism; Empirical Legal Research; Critical Legal Studies.

INTRODUÇÃO

Esse ensaio discute a judicialização da saúde a partir de seus mitos e da necessidade de que reflexões sobre direito, economia e saúde sejam feitas com base em dados empíricos confiáveis. Seu título é uma provocação à literatura crítica à judicialização da saúde e à sugestão de que o Poder Judiciário aplica uma 'jurisprudência do tudo para todos',³ eis que os juízes estariam, nesse caso, certamente assegurando o direito constitucional dos brasileiros a uma injeção gratuita na testa.⁴ O presente artigo é original, na medida em que ainda não houve

³ A leitura da literatura crítica à judicialização do direito à saúde dá uma sensação de profundo estranhamento com a experiência prática cotidiana dos tribunais. Parece que os atores jurídicos relevantes não possuem nenhuma preocupação com os custos dos direitos, com a relação custo-benefício no direito à saúde, com os efeitos (re)distributivos das ações judiciais, nem com as consequências da atuação. A literatura sugere uma atuação cega, solipsista e ingênua no processamento das demandas, como se não houvesse qualquer preocupação com limites orçamentários, escassez de recursos, racionalidade econômico-financeira e necessidade de preservação de políticas públicas de acesso à saúde. Contudo, os principais expoentes dessa literatura crítica jamais conduziram entrevistas e perguntaram aos atores jurídicos se existe ou não essas preocupações.

⁴ O título desse artigo é inspirado por uma expressão popular, que contém uma importante crítica ao desperdício e que cabe bem como motivo para a reflexão proposta sobre como os atores jurídicos relevantes têm consciência de custos dos direitos, inclusive os envolvidos na judicialização do direito à saúde. Veja:

uma análise crítica da literatura crítica à judicialização da saúde,⁵ que esclarecesse que suas afirmações não são respaldadas por evidências empíricas consistentes.⁶

Quanto à sua relevância, decorre do fato de que os principais expoentes da literatura crítica à judicialização da saúde – Octávio Ferraz e Daniel Wang – têm sido citados pelo próprio Supremo Tribunal Federal (STF) nos julgamentos recentes que têm imposto limites à atuação do Poder Judiciário com relação à efetivação desse direito.⁷ Não por acaso, o Ministro Marco Aurélio afirmou em um desses julgamentos que “os doentes que vieram a Juízo buscar lã sairão tosquiados, e terão muito menos, ante possível pronunciado do Supremo, do que vêm tendo no Judiciário pátrio”.⁸ Assim, a relevância do presente ensaio é alertar que o STF não deve acolher em sua jurisprudência uma “doutrina do nada para ninguém” a partir de mitos sobre a judicialização da saúde.

<https://m.folha.uol.com.br/colunas/carodinho/2014/11/1550663-de-graca-ate-injecao-na-testa.shtml?origin=uol> (checado em 13.03.2021).

⁵ A referência à existência de uma literatura crítica à judicialização da saúde já foi feita anteriormente por Virgílio Afonso da Silva, com a menção expressa aos trabalhos de Daniel Wang e Octavio Ferraz na sua bibliografia. Confira-se SILVA, Virgílio Afonso. **Direito Constitucional Brasileiro**. Edusp, p. 281-282 (2021). Ao longo desse artigo também será feita referência ao movimento do Pensamento Jurídico Crítico (*Critical Legal Studies – CLS*), que não se confunde com a literatura crítica à judicialização da saúde, apesar de Daniel Wang e Octavio Ferraz se referirem aos trabalhos de expoentes do CLS, como Mark Tushnet e David Kennedy. Aliás, gostaria de agradecer a Daniel Vargas pela sugestão de fazer esses esclarecimentos ao leitor no início do texto, de maneira a facilitar a leitura e a compreensão do artigo.

⁶ Uma limitação grave é que os trabalhos se apresentam como pesquisas empíricas sem realizar entrevistas qualitativas com os atores jurídicos relevantes, de maneira que não existe a necessária triangulação das fontes de pesquisa empírica. Logo, muitas afirmações são simplesmente especulativas e não correspondem à realidade. A crítica de que a atuação do Poder Judiciário piorou a saúde da população mais pobre deveria ser demonstrada com indicadores que os brasileiros pobres se tornaram menos saudáveis entre 1998-2007 do que eram entre 1988-1997. Outro problema é o perfeccionismo, isto é, a comparação de uma realidade imperfeita com um ideal inalcançável na prática, como quando se critica o Poder Judiciário por não proteger as pessoas mais pobres da sociedade brasileira, idealizando-se a universalização da saúde feita através do Poder Executivo sem o controle jurisdicional do Poder Judiciário. Também não vale o artifício de se concentrar em exemplos anedóticos de decisão judicial equivocada do ponto de vista técnico da medicina. A crítica à judicialização à saúde somente será válida se enfrentar o fato de que as decisões judiciais acertaram em milhares de casos e colaboraram com o esforço de médicos para salvar vidas. Aliás, outro problema da literatura é não ser clara no sentido que está defendendo que o Poder Judiciário deve simplesmente deixar milhares de pessoas morrer. Não existe nenhum estudo sobre uma redução concreta de orçamento causada pela judicialização da saúde com a indicação sobre seu possível impacto em termos de perda de vidas humanas. Aliás, a literatura crítica costuma ignorar o fato de que o impacto da judicialização da saúde em termos de mobilização dos orçamentos costuma ser marginal. Também costumam ser solenemente ignorados os efeitos agregados positivos resultantes da judicialização.

⁷ Confira-se a esse respeito os julgamentos proferidos no RE 566.471/RN e no RE 657.718/MG.

⁸ RE 657.718/MG.

O presente ensaio é separado em quatro partes. Além dessa introdução, a segunda parte do texto irá apresentar uma série de mitos da literatura crítica sobre a judicialização da saúde e que merecem ser problematizados e desconstruídos, eis que tem circulado como se fossem verdades empiricamente provadas e não são. A terceira parte do texto irá apresentar uma discussão com uma proposta de reposicionamento da discussão sobre o direito à saúde, com uma defesa da judicialização da saúde baseada em evidências empíricas. A quarta parte apresentará as considerações finais.

2. DE GRAÇA ATÉ INJEÇÃO NA TESTA? DEZ MITOS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

A literatura crítica tem apresentado mitos como se fossem verdades fáticas, respaldadas em evidências empíricas cientificamente demonstradas. A rigor, não raro, são afirmações teóricas, hipóteses não testadas, especulações sugeridas ou opiniões ideológicas. Apesar da limitação empírica, contudo, o mito circula e a literatura crítica tem pautado o debate sobre o direito à saúde.

2.1. O mito da judicialização excessiva do direito à saúde.

A literatura crítica se refere à judicialização excessiva do direito à saúde como se fosse um fato, sem necessidade de formular conceitos analíticos precisos e apresentar evidências empíricas do excesso.⁹ Como ‘excessivo’ significa etimologicamente ‘exagerado’, isto é, ‘o contrário do essencial’, o conceito de excedente de judicialização do direito à saúde deve significar *a pretensão de busca de atendimento de desejo ou necessidade de saúde, individual ou coletivo, que não seja essencial e que caracterize um uso exagerado do exercício do direito de ação judicial.*

O exemplo dado pela sabedoria popular seria a injeção gratuita na testa. Na prática, o caso paradigmático é a “pílula do câncer” e a determinação judicial de que a USP fornecesse a substância experimental fosfoetanolamina sintética para doentes sem que fosse testada em humanos.¹⁰ É excesso porque poderia expor os pacientes a riscos de piora da saúde.¹¹

Para além desses casos óbvios, deveria se conceituar e demonstrar o excedente de judicialização a partir da diferenciação dos tipos de casos.¹² Nos casos de medicamentos de alto custo ainda não registrados na ANVISA ou não incluídos na

⁹ A meu ver, caberia à literatura crítica o ônus de conceituar e de evidenciar empiricamente a existência de um excedente de judicialização, não sendo suficiente a simples afirmação de sua existência ou a sugestão de que a judicialização seria, por definição, excessiva.

¹⁰ SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos et ali. O Caso da Fosfoetanolamina Sintética. Judicialização com Risco à Saúde. BUCCI, Maria Paula Dallari e DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da Saúde: A visão do Poder Executivo**. Saraiva (2017), p. 139-ss.

¹¹ Idem.

¹² MENKEL-MEADOW, Carrie. What is an Appropriate Measure of Litigation? Quantification, Qualification and Differentiation of Dispute Resolution **Oñati Socio-Legal Series**, volume 11 (n. 2), 320-353 (2021).

lista oficial – como foram as ações por medicamentos do coquetel para HIV/AIDS – pode se falar em excedente de judicialização? A literatura crítica parece considerar que houve excesso, mas como não reconhecer que são casos diferentes e que essas ações buscavam algo essencial com resultados positivos para número significativo de doentes, salvando-os da morte?

Se juízes tivessem seguido a literatura crítica e negado medicamentos não registrados na ANVISA nos anos 1990, o combate à HIV/AIDS não teria sido tão bem sucedido.¹³ Embora se possa questionar decisões individuais e o custo-benefício de certos medicamentos, não se pode negar o impacto positivo da judicialização da saúde no programa de tratamento de HIV/AIDS.¹⁴ O Poder Judiciário garantiu o acesso amplo e acelerou a incorporação de novos medicamentos, sendo reconhecido como instrumento indispensável de exercício da cidadania e proteção dos direitos dos pacientes.¹⁵

Logo, a afirmação de que a judicialização do direito à saúde é excessiva é um mito, porque a literatura crítica jamais se preocupou em conceituar com precisão terminológica e evidências abrangentes o que seja o excedente e em distinguir uma judicialização “essencial” de uma judicialização “excessiva”.¹⁶ Além de exemplos

¹³ SCHEFFER, Mário et al. **O remédio via justiça: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/Aids no Brasil por meio de ações judiciais**. 2006. Juízes determinaram que o governo deveria fornecer aos pacientes não somente o AZT, mas os demais remédios do coquetel ainda não registrados no Brasil. No caso do tratamento de doentes de HIV/AIDS, Mário Scheffer coordenou uma pesquisa empírica ampla sobre o tema, em que foram analisadas não apenas as ações judiciais, mas também a complexa tramitação de incorporação de anti-retrovirais na rede pública de saúde. Sua pesquisa evidenciou que no período anterior à judicialização da saúde (1988-1997), o acesso a medicamentos no programa do governo por pacientes de HIV/AIDS era difícil, seletivo, burocratizado, lento e desatualizado, disponibilizando somente o AZT e para uma parcela limitada do universo de doentes. Dentre 1995 e 1997, ONGs, ativistas, médicos, pacientes e imprensa cobraram o poder público para que os novos coquetéis de medicamentos desenvolvidos para tratamento de HIV/AIDS fossem incorporados aos programas do governo, mas sem que tivessem uma resposta adequada por parte das autoridades e do Ministério da Saúde. Nesse contexto é que surgiram as primeiras ações judiciais apoiadas pelas ONGS em 1996 com pedidos para que fosse assegurado o acesso aos novos medicamentos, especialmente para os doentes em que o AZT não fazia mais efeito, tendo sido deferidas as primeiras liminares em São Paulo, Rio de Janeiro e Santa Catarina. Somente no final daquele ano é que o Congresso Nacional aprovou a Lei n. 9.313/96, que obrigava o Estado a fornecer os medicamentos anti-aids, também como resultado de mobilização social e política das ONGs. Em consequência, o Poder Executivo teve que aumentar o escopo e a eficiência de seu programa, aumentando o investimento em anti-retrovirais de R\$ 14 milhões em 1996 para R\$ 140 milhões em 1997. A pesquisa empírica evidencia uma expansão do número de ações judiciais para ter acesso ao novo anti-retroviral Kaletra em 2001, por conta das qualidades terapêuticas do medicamento, demora na sua incorporação à rede pública e agressivas ações de marketing do laboratório produtor.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Idem, p. 30-31.

¹⁶ Em recente artigo, por exemplo, Octávio Ferraz insiste que não é o caso de estabelecer uma distinção entre uma judicialização “boa” e uma judicialização “ruim”, mas não percebe que é

anedóticos de equívocos, a literatura crítica não enfrenta os exemplos positivos que contradizem sua afirmação e tampouco analisa de modo abrangente e pormenorizado um universo amplo de ações judiciais para separar excessivo do que seja essencial.

2.2. O mito da centralidade da judicialização para a gestão da saúde.

A literatura crítica sugere que o Poder Judiciário tem inviabilizado a gestão da saúde no Brasil, na medida em que os juízes mobilizariam indevidamente o orçamento da saúde dos entes políticos.¹⁷ Tal afirmativa, contudo, também não é demonstrada empiricamente.

Daniel Wang et alli, por exemplo, não apresentam exemplos concretos de mobilização excessiva do orçamento da saúde em decorrência da judicialização, exceto por algumas cidades no interior de São Paulo.¹⁸ No Município de São Paulo, por exemplo, despesas com judicialização da saúde em 2011 não foram relevantes para o orçamento da saúde municipal, exceto com relação a duas áreas – 10% do orçamento do fornecimento de orçamentos e material hospitalar, ambulatorial e odontológico e 6% do orçamento da política farmacêutica.¹⁹

Tais valores não são irrelevantes, mas esses dados incluem bens e serviços incorporados ao sistema de saúde e que deveriam ter sido prestados independentemente da atuação do Poder Judiciário. Como a literatura crítica não exclui o valor decorrente de decisões judiciais que obrigam o governo a cumprir a lei ou atos da própria administração pública, dá a impressão que os juízes estão se excedendo, quando não estão. Não deveria entrar na conta do Poder Judiciário como uma *mobilização do orçamento pelos juízes* uma decisão que manda cumprir uma obrigação determinada por outros poderes.

Tampouco deveriam entrar na conta do Poder Judiciário os valores pagos pelos Municípios por despesas que, conforme o SUS, são de atribuição da União e dos

justamente esse o ponto principal da questão, ou seja, se os efeitos positivos superam os negativos e o que fazer para que o Poder Judiciário maximize o lado positivo e minimize o lado negativo. FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 3, 2019.

¹⁷ Tal crítica tem ecoado nos julgamentos do STF, tendo a Ministra Carmen Lúcia relatado reclamações formuladas pelos Governadores do Estado de que não conseguiriam mais administrar a saúde por conta de decisões judiciais.

¹⁸ O grande exemplo apresentado seria do Município de Buritama, que teria metade do seu orçamento de saúde comprometido para cumprimento de decisões judiciais, sendo que apenas um paciente teria conseguido acesso a um tratamento, por decisão judicial, que teria mobilizado 16% do orçamento anual daquele ente político. A referência a um município de 15.000 habitantes em um universo de cerca de 5.500 municípios com mais de 210 milhões de habitantes não é representativa do fenômeno social. Logo, esses exemplos são anedóticos, não evidenciando como os entes políticos são geralmente afetados pela judicialização da saúde. WANG, Daniel et alli, Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa, **Revista Administração Pública**, 48 (2014) 1195.

¹⁹ Idem, 1203.

Estados. É que uma eventual sobrecarga dos municípios devido a despesas com obrigações dos outros entes decorre de uma falha de coordenação dos entes políticos que não pode ser atribuída aos juízes.²⁰

Mesmo sem as exclusões necessárias para que os dados empíricos sejam mais realistas, ainda assim a mobilização do orçamento por decisões judiciais no âmbito da saúde pública no Brasil atinge cerca de 3% do orçamento da saúde.²¹ No âmbito da saúde suplementar, o percentual é ainda inferior.²² Em termos orçamentários, portanto, a judicialização não é uma questão central.

Ademais, a sugestão de que os juízes atrapalham a gestão não é respaldada por pesquisas que concluem que a origem da judicialização foi a desorganização da gestão e que o governo teve que se organizar melhor como consequência da judicialização.²³ Nesse contexto, a solução do problema não deve passar por mecanismos artificiais de restrição a garantias judiciais, mas sim pela abertura de vias institucionais mais diretas entre o usuário e o sistema de saúde, minimizando o papel do Poder Judiciário como via intermediária.²⁴

²⁰ Veja abaixo o mito da violação ao federalismo.

²¹ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 3, 2019.

²² No âmbito da saúde suplementar, por exemplo, Rodrigo Rodrigues de Aguiar, então Diretor de Desenvolvimento Setorial da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) afirmou seminário sobre o Direito do Consumidor na Universidade Federal Fluminense (UFF) em 2018 que a questão da judicialização da saúde não era uma preocupação da agência reguladora, por se tratar de um fenômeno relativamente marginal e que abrangia somente cerca de 1% das operações de planos de saúde suplementar no Brasil. O Seminário deu origem à publicação de um volume de Resumos Expandidos sobre o Direito do Consumidor na Modernidade, em que não constam os trabalhos apresentados pelos palestrantes-conferencistas no Salão Nobre da UFF no dia 25 de outubro de 2018, mas apenas e tão somente o registro dos participantes, dentre os quais Rodrigo Rodrigues de Aguiar, que debateu o tema da judicialização da saúde com o Presidente da UNIMED-RIO, Dr. Romeu Scofano. Veja: http://ppgdin.uff.br/wp-content/uploads/sites/5/2019/12/DIREITO-DO-CONSUMIDOR-NA-MODERNIDADE-RESUMOS_EXPANDIDOS_2019.pdf

²³ A abordagem de Direito e Políticas Públicas (DPP) apresenta um diagnóstico mais preciso sobre o problema: apesar de o Poder Executivo ser o principal protagonista do impulso e das iniciativas que dão forma às políticas públicas, com a falta de institucionalidade do direito à saúde e de articulação da política de assistência farmacêutica, “franqueia-se o campo aos indivíduos, tanto os demandantes quanto os juízes e juízas, para que cada um o interprete à sua maneira”. BUCCI, Maria Paula Dallari, Contribuição para a redução da judicialização da saúde: uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de Direito e Políticas Públicas, em BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coordenadoras). *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 35-37.

²⁴ Idem, p. 39.

Pela perspectiva do Poder Executivo, as melhorias incluem o acesso à informação,²⁵ articulação administrativa²⁶ e maior eficiência na incorporação de novas tecnologias de saúde.²⁷ Outro efeito positivo indireto da judicialização da saúde tem sido o aumento de consciência dos autores sobre seus papéis institucionais.²⁸ Contudo, ainda existe a necessidade de coordenação nacional do sistema pela União, aumento da clareza das políticas de assistência terapêutica, melhoria da definição de responsabilidades pelo cumprimento das políticas públicas e a disciplina dos protocolos de atendimento aos usuários do sistema de saúde.²⁹

Além da melhoria do serviço e do resgate da credibilidade das listas de medicamentos, o Poder Público deve não somente se preocupar em disciplinar o conceito de integralidade, limitando o que pode ser esperado do sistema de saúde, mas principalmente definir “o que *deve ser exigido* do sistema, com base no direito dos usuários”.³⁰ O diagnóstico é cristalino: “num serviço desorganizado, o atendimento ao usuário final só pode ser desorganizado”.³¹ Em síntese, o Poder Executivo tem se organizado melhor em consequência da judicialização.³²

O controle jurisdicional do direito à saúde não é uma questão central e nem tem inviabilizado o sistema de saúde, contribuindo como mecanismo de freios e contrapesos (*checks and balances*) para melhoria da organização e do atendimento ao paciente.

²⁵ Idem, p. 41. Na prática, aliás, não raro, a falta de acesso do cidadão à saúde decorre da falta de informação adequada, eis que os pacientes não sabem como ou onde procurar os medicamentos de que necessitam.

²⁶ Idem, p. 42-44. Outros fatores de estímulo à judicialização da saúde eram a desarticulação administrativa da assistência farmacêutica, a irregularidade no abastecimento de medicamentos no nível ambulatorial e a necessidade da regulamentação adequada.

²⁷ Idem, p. 44-49. Com relação à Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), sua lógica de funcionamento pressupõe a revisão periódica com inclusão de novos medicamentos e tecnologias mais eficazes com base em critérios de prioridade e evidências científicas, sendo certo que o processo de atualização da lista era intermitente e sem previsibilidade, o que enfraqueceu o seu caráter de referência.

²⁸ Idem, p. 80. Maria Paula Dallari Bucci destaca o aparelhamento do Poder Judiciário com núcleos ou câmaras técnicas que subsidiam os juízes em relação aos argumentos técnico-sanitários e a crescente profissionalização da gestão de saúde, com formação especializada.

²⁹ Idem, p. 80-83.

³⁰ Idem, p. 84.

³¹ Idem, p. 83.

³² Idem, p. 80-85. Por outro lado, a própria Professora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo também elogia a tendência de reversão da judicialização indiscriminada, com o estabelecimento de requisitos para o fornecimento de medicamentos, recomendando aos juízes evitar concessões automáticas de liminares e de considerar os elementos de fato de cada caso, além de uma recomendação aos gestores da saúde de um trabalho de esclarecimento aos juízes sobre “as listas, seu conteúdo, seu papel no sistema e, principalmente, seu caráter vinculante, por força da legislação em vigor”.

2.3. O mito da piora da saúde decorrente da judicialização.

O terceiro mito consiste na afirmação de que a judicialização da saúde piora a qualidade da fruição do direito à saúde pelos brasileiros. Octavio Ferraz levanta essa hipótese sem apresentar evidências empíricas: o modelo brasileiro de judicialização da saúde se caracteriza por uma explosão de litígios em que “as cortes *podem* estar piorando as já acentuadas desigualdades na saúde do país” (grifo nosso).³³

O raciocínio é o seguinte: como recursos da saúde são escassos em relação às necessidades da população, é impossível atender a todos com o tratamento mais avançado para sua necessidade de saúde.³⁴ Como uma minoria obtém acesso à proteção judicial desse direito e privilegiados com acesso à justiça possuem condições econômicas comparativamente melhor do que a população, Octavio Ferraz considera “plausível que o modelo atual brasileiro de judicialização do direito à saúde não melhora a equidade da saúde”.³⁵

Com base na plausibilidade hipotética, o Professor do King’s College afirma que, “de fato, a judicialização *pode* exacerbar desigualdades na saúde” (grifo nosso).³⁶ Apesar da ressalva de não existir estudo abrangente e sistemático,³⁷ Octavio Ferraz sugere a piora da desigualdade, mesmo reconhecendo que precisaria realizar pesquisas complementares sobre os custos de oportunidade da judicialização da saúde.³⁸

Contudo, inexistem evidências da piora na saúde. Ao contrário, os indicadores de saúde pública melhoraram significativamente no período de judicialização da saúde (1998-2017) em comparação com o período anterior (1988-1997).³⁹ Conforme dados empíricos de acesso à saúde, o percentual de cobertura em saúde da população aumentou de 3,5% em 1997 para 46,8% em 2007 e 62,4% em 2017.⁴⁰ Tal ampliação na universalização do atendimento sanitário foi acompanhada de melhorias em todos os indicadores de saúde.⁴¹

Além do sucesso na proteção jurídica de todos os doentes de HIV/AIDS,⁴² a judicialização teve efeitos sistêmicos benéficos, induzindo decisões políticas dos

³³ FERRAZ, Octavio Luiz Motta. The right to health in the courts of Brazil: Worsening health inequities?. **Health and human rights**, p. 34, 2009.

³⁴ Idem.

³⁵ Idem.

³⁶ Idem.

³⁷ Idem, 36.

³⁸ Idem, 40.

³⁹ MACHADO, Cristiani Vieira; E SILVA, Gulnar Azevedo. Political struggles for a universal health system in Brazil: successes and limits in the reduction of inequalities. **Globalization and health**, v. 15, n. 1, p. 1-12, 2019.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Idem.

⁴² Idem. Os autores enfatizam o reconhecimento de direitos individuais, universalização da distribuição gratuita de medicamentos e incorporação de novos medicamentos nos coquetéis de tratamento dos pacientes que não respondiam positivamente ao AZT.

demais poderes sobre universalização de dispensa de medicamentos, valorização dos programas de medicamentos genéricos e da expansão dos programas de farmácias populares.⁴³

Embora seja necessário levar a sério a crítica dos riscos de possíveis efeitos redistributivos perversos da disponibilização de medicamentos de alto custo,⁴⁴ o cenário é mais complexo do que tirar dos pobres para dar para os ricos, diante da possibilidade de quebra de patentes e outros efeitos emergentes que evidenciam que a gestão da saúde pública não se trata de um “jogo de soma zero”,⁴⁵ inclusive pelos efeitos positivos indiretos de reorganização do governo e agilidade na incorporação de novas tecnologias médicas.⁴⁶

Logo, diante da falta de estudos empíricos abrangentes, da melhoria significativa dos indicadores de universalização e dos efeitos sistêmicos ocorridos no período, a ideia de que a judicialização piora a qualidade da saúde dos brasileiros é um mito.

2.4. O mito da violação da separação dos poderes

Outra ideia mitológica é que o Poder Judiciário deveria deixar o papel do controle das políticas públicas para o Poder Executivo.⁴⁷ Referindo-se expressamente à visão estanque e rígida da teoria da separação de poderes como “o mito de Montesquieu”, Virgílio Afonso da Silva desconstrói uma “visão enviesada das ideias de Montesquieu, aplicada a um regime presidencialista, em uma sociedade que é infinitamente mais complexa do que aquela que Montesquieu

⁴³ Lei n. 9.313/96; 9.787/99; Lei n. 10.858/2004.

⁴⁴ O chamado efeito “Anti-Robin Hood”, na feliz expressão de Virgílio Afonso da Silva. DA SILVA, Virgílio Afonso. *Taking from the poor to give to the rich: Individualistic enforcement of social rights*. 2011

⁴⁵ BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. *Game theory and the law*. Harvard University Press, 1998; DAVIS, Morton D. *Game theory: a nontechnical introduction*. Courier Corporation, 2012.

⁴⁶ Como visto anteriormente, Maria Paula Dallari Bucci se refere a todo um esforço de reestruturação do Poder Executivo, de aprimoramento de suas instituições, de melhoria de sua eficiência organizacional e de criação de novos protocolos, procedimentos e das listas oficiais para evidenciar a racionalidade de sua política pública diante do controle exercido pelo Poder Judiciário no âmbito da judicialização da saúde. BUCCI, Maria Paula Dallari, *Contribuição para a redução da judicialização da saúde: uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de Direito e Políticas Públicas*, em BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coordenadoras). *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁴⁷ Ao discutir o papel do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas, Virgílio Afonso da Silva se recusa a tratar da crítica de que existiria uma violação do princípio da separação de poderes. SILVA, Virgílio Afonso da, *O Judiciário e as Políticas Públicas: Entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de SARMENTO, Daniel (Coordenadores), *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Lumen Juris, p. 589 (2008).

tinha como paradigma".⁴⁸ Sua conclusão é de que o argumento baseado na separação de poderes sequer é digno de análise.⁴⁹

A literatura crítica tem como ponto de partida uma suposta autocontenção dos magistrados no Reino Unido,⁵⁰ mas o modelo constitucional brasileiro é distinto com previsão expressa de direitos sociais, do Poder Judiciário como guardião da constituição e do controle jurisdicional da saúde e políticas públicas sanitárias.⁵¹ No Reino Unido, cabe ao parlamento o papel de controlador político do Sistema Nacional de Saúde (NHS), podendo os representantes sofrer punição eleitoral no seu distrito, se o atendimento local entrar em colapso.⁵²

No Brasil, o sistema eleitoral e o modelo político não estabelecem idêntico regime de incentivos e sanções políticas aos membros do Congresso Nacional, que não exercem, de fato, esse controle sobre o Sistema Único de Saúde.⁵³ O desenho institucional, a ausência de voto distrital e de identificação do eleitor com seu representante local⁵⁴ esvaziam o controle da política pública de saúde pela pressão política e punição eleitoral, ao contrário do modelo britânico.⁵⁵

Além disso, o desenho institucional alocou o papel de controlador ao Poder Judiciário, como decorrência da constitucionalização do direito à saúde, de modo que juízes não violam a separação de poderes na tomada de decisões sobre o direito à saúde e no controle de políticas públicas sanitárias.⁵⁶ A sugestão de exclusão ou

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ <https://www.conjur.com.br/2018-mar-12/judicializacao-saude-beneficia-mercado-pesquisador>

⁵¹ Além de possuir uma constituição codificada em contraste com a do Reino Unido, como corretamente salienta Virgílio Afonso da Silva. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. Edusp, 2021.

⁵² HAM, Christopher. *Health policy in Britain*. Macmillan International Higher Education, 2009.

⁵³ SILVA, Luis Virgílio Afonso da. *Sistemas eleitorais: tipos, efeitos jurídico-políticos e aplicação ao caso brasileiro*. Malheiros Editores, 1999.

⁵⁴ NICOLAU, Jairo. *Sistemas eleitorais*. Editora fgv, 2015.

⁵⁵ HAM, Christopher. *Health policy in Britain*. 6a edição, Macmillan International Higher Education, 2009, p. 135-137, com a ressalva de que, nos últimos anos, os comitês especializados se tornaram órgãos extremamente importantes no parlamento e o Comitê de Saúde e o Comitê de Contas Públicas têm sido essenciais como mecanismos de controle parlamentar da atuação do Poder Executivo e do Serviço Nacional de Saúde (NHS) britânico.

⁵⁶ Em novo artigo, Daniel Wang coloca o problema da judicialização da saúde novamente em termos equivocados, ao sugerir que a efetiva promoção dos direitos sociais, como o direito à saúde, pressupõe uma escolha entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Ora, o papel dos juízes é secundário na alocação de recursos e limitado no julgamento dos direitos sociais, não cabendo a sugestão de que se deve escolher entre os diversos poderes, na medida em que cada um deverá cumprir o seu papel, dentro das suas limitações e possibilidades institucionais, políticas e humanas. Certamente, é possível identificar casos em que juízes cometem erros, mas também é possível identificar acertos do Poder Judiciário. As afirmativas categóricas no sentido de que a judicialização da saúde é sempre boa ou é sempre ruim não colaboram para a necessária reflexão social sobre direito, economia e saúde. WANG, Daniel. *Social Rights Adjudication and the*

redução do papel do Poder Judiciário daria ensejo a um modelo *schmittiano* de Poder Executivo,⁵⁷ além de ser contrário ao modelo constitucional brasileiro e suscetível de críticas.⁵⁸

A literatura crítica, contudo, não reconhece o valor do exercício do controle jurisdicional⁵⁹ e prefere recomendar a exclusão ou redução do papel do Poder Judiciário com base em teses da escola estadunidense do Pensamento Jurídico Crítico (*Critical Legal Studies*), que não possuem base empírica e nem parecem adequadas para o cenário institucional brasileiro.⁶⁰ Aliás, a escolha entre poderes sequer deveria ser objeto de debate, como, deixa claro Virgílio Afonso da Silva ao se recusar a entrar nessa discussão.⁶¹ Enfim, o mito da violação da separação de poderes também está presente no debate.

2.5. O mito da capacidade institucional superior do poder executivo

A literatura crítica se vale da ideia de capacidade institucional para afirmar uma suposta capacidade superior do governo em relação aos juízes para a tomada de decisões com relação ao direito à saúde. Daniel Wang enfatiza a suposta falta de capacidade institucional e os limites do processo judicial como obstáculos para o Poder Judiciário fornecer bens e serviços através da judicialização dos direitos

Nirvana Fallacy. *Public Law, Jul*, p. 482-499, 2018; WANG, Daniel Wei Liang. Direitos sociais e a falácia do nirvana. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 21, n. 125, p. 482-513, 2020.

⁵⁷ SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Editora del Rey, 2007.

⁵⁸ Em recente artigo, com base cenário da pandemia de COVID-19, contudo, Tom Ginsburg e Mila Versteeg elogiaram o papel do Poder Judiciário no exercício de controle de políticas públicas sanitárias, salientando que, mesmo no cenário de emergências médicas, o modelo constitucional de freios e contrapesos (*checks and balances*) é preferível ao modelo *schmittiano* de um Poder Executivo absoluto e não sujeito ao controle judicial. O argumento de Tom Ginsburg e de Mila Versteeg deve ser levado a sério também para fins de análise da judicialização à saúde no Brasil. GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Binding the Unbound Executive: Checks and Balances in Times of Pandemic. Available at SSRN 3608974, 2020.

⁵⁹ Octavio Ferraz já reconheceu que o “fato de milhares de pessoas irem ao Judiciário pleitear seu direito constitucional à saúde pode ser indicativo de maior consciência da população sobre seus direitos, de maior receptividade do Judiciário em relação aos direitos sociais das pessoas mais vulneráveis e de maior fiscalização e controle da sociedade sobre a administração pública”, mas acabou por descartar tal possibilidade sem a necessária investigação da questão. Preferiu repetir o discurso mitológico de que a judicialização da saúde é um mecanismo de garantia de privilégios e uma fonte de desorganização administrativa do Poder Público. FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, 2019.

⁶⁰ Octávio Ferraz se inspira no trabalho de Mark Tushnet: TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton University Press, 2000. Daniel Wang cita o trabalho de David Kennedy: KENNEDY, David. *The dark sides of virtue: Reassessing international humanitarianism*. Princeton University Press, 2005.

⁶¹ SILVA, Virgilio Afonso da, O Judiciário e as Políticas Públicas: Entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de SARMENTO, Daniel (Coordenadores), *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Lumen Juris, p. 589 (2008).

sociais.⁶² Em sua opinião, o Poder Executivo possui melhor capacidade institucional para a tomada de decisões relativas à alocação de recursos em saúde.⁶³

Contudo, Fernando Leal e Diego Werneck salientam que esse argumento das capacidades institucionais tem sido adotado de modo banal, redundante e absurdo, não somente por confusão terminológica, mas também por que devem ser levados em conta as capacidades reais dos tomadores de decisão e os efeitos dinâmicos relacionados à adoção de uma certa postura decisória.⁶⁴

No caso da “pílula do câncer”, por exemplo, o Poder Legislativo aprovou e o Poder Executivo sancionou a Lei n. 13.269, de 13 de abril de 2016 para autorizar o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna.⁶⁵ Apesar de juízes terem inicialmente concedido a substância não testada para pacientes, coube ao Poder Judiciário o restabelecimento da racionalidade do poder público, ao suspender liminarmente a Lei da Pílula do Câncer em maio de 2016⁶⁶ e, em caráter definitivo, em outubro de 2020.⁶⁷

Apesar de o caso da “pílula do câncer” ser anedótico, a dificuldade do poder público na definição de prioridades e tomada de decisões racionais para tornar mais eficiente o atendimento ao paciente é reconhecida na literatura especializada como um obstáculo para a gestão eficiente da saúde.⁶⁸ Aliás, o diagnóstico feito por especialistas em política sanitária britânica é que “os governos relutam em exercer liderança na definição de prioridades devido aos custos políticos envolvidos na tomada de decisões impopulares”.⁶⁹

⁶² WANG, Daniel Wei L. Right to health litigation in Brazil: the problem and the institutional responses. *Human Rights Law Review*, v. 15, n. 4, p. 617-641, 2015.

⁶³ Idem.

⁶⁴ LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Dois Problemas de Operacionalização do Argumento de “Capacidades Institucionais”. *REI-REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS*, v. 2, n. 1, p. 192-213, 2016.

⁶⁵ Trata-se do exemplo pródigo de decisão equivocada com relação à concessão de um medicamento foi o caso de distribuição da “pílula do câncer” – um composto de fosfoetanolamina sintética patenteado por um professor aposentado da USP como possível cura para a doença com base em testes de laboratórios feito em ratos, mas sem ter sido submetido a testes com seres humanos e à aprovação pelo Governo Federal. SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos et ali. O Caso da Fosfoetanolamina Sintética. Judicialização com Risco à Saúde. BUCCI, Maria Paula Dallari e DUARTE, Clarice Seixas. *Judicialização da Saúde: A visão do Poder Executivo*. Saraiva (2017), p. 139-ss.

⁶⁶ ADI n. 5501/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, j em 19.05.2016, Acórdão, DJ 01.08.2017.

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ Segundo James F. Burgess Jr e Andrew Street, o principal obstáculo para a melhoria da performance das organizações de saúde é a “dificuldade em gerenciar múltiplos objetivos que os definidores de políticas públicas tentam ponderar, o que é especialmente difícil quando esses definidores de políticas públicas não estão querendo ou não são capazes de especificar detalhadamente as funções perdidas para que possam ser diretamente otimizadas. BURGESS JR, James F.; STREET, Andrew. Measuring organizational performance. In: *The Oxford Handbook of Health Economics*, p. 700, 2011.

⁶⁹ Idem, p. 127.

Existe uma estratégia de transferência de responsabilidade dos governantes, no sentido de culpar as autoridades sanitárias ou tentar mascarar os efeitos de suas políticas.⁷⁰ Os políticos recorrem a subterfúgios e à fuga quanto a reconciliar orçamentos limitados com as demandas crescentes.⁷¹ No caso do Reino Unido, a definição de prioridades no sistema de saúde é uma arena de disputa política praticada no nível local, em que as decisões são pautadas por compromissos herdados e barganhas entre interesses diferentes.⁷²

Apesar de a literatura crítica apresentar o modelo britânico como uma referência de racionalidade política e administrativa, o resultado concreto é uma grande variação na disponibilidade de serviços, sendo o acesso à saúde definido pelo local em que um indivíduo mora, dando ensejo a uma crítica da existência de uma “loteria do CEP” em um serviço que deveria ter um padrão nacional.⁷³

Além disso, a literatura crítica parte da premissa equivocada de necessidade de escolha entre os poderes, sendo que cada um deve exercer o seu papel⁷⁴ e, no modelo brasileiro, cabe ao Poder Judiciário ser guardião da constituição e tutelar os direitos sociais, inclusive através da proteção do direito à saúde e do controle jurisdicional da política pública sanitária.⁷⁵

Ademais, a capacidade institucional não é fixa, transformando-se de maneira dinâmica nas organizações, conforme alteram sua estrutura e se preparam para atuação com relação a determinadas questões no âmbito de sua atribuição institucional.⁷⁶ Logo, a suposta capacidade superior do Poder Executivo é outro mito da judicialização da saúde.

2.6. O mito da deferência como mandamento obrigatório

⁷⁰ Idem.

⁷¹ Idem.

⁷² Idem, p. 128.

⁷³ Uma investigação realizada pelo Comitê de Saúde da Câmara dos Comuns concluiu que mais precisa ser feito para reduzir as variações na disponibilidade de serviços e remédios entre as áreas, que resultavam de diferença na capacidade dos órgãos do sistema de saúde de implementar diretrizes e ter a postura de estimular o engajamento dos médicos e das clínicas de saúde. Idem, p. 128-129.

⁷⁴ Os termos do debate proposto pela literatura crítica à judicialização da saúde são inadequados, ao sugerir a comparação entre as capacidades institucionais do Poder Judiciário, do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Daniel Wang retomou o tema em artigo recente, criticando os que questionam a capacidade institucional da administração pública e do processo legislativo por idealizarem os processos judiciais na tarefa de promoção dos direitos sociais, tal como o direito à saúde. WANG, Daniel Wei Liang. Direitos sociais e a falácia do nirvana. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 21, n. 125, p. 506, 2020.

⁷⁵ Veja o mito da separação dos poderes acima.

⁷⁶ No caso do Poder Judiciário, por exemplo, o CNJ instalou os Núcleos de Apoio Técnico (NATs) em cada um dos vinte e sete tribunais, de modo que os juízes podem sempre consultar um profissional da área médica, quando tiverem diante de uma decisão relativa ao direito à saúde. A Ministra Carmen Lúcia fez referência aos NATs como importante inovação institucional no âmbito do Poder Judiciário durante o julgamento do RE 657.718/MG.

Outro mito é um suposto princípio da deferência dos juízes ao governo como mandamento obrigatório para a análise das relações entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Daniel Wang se refere à deferência, inclusive, como um mandamento superior que solucionaria o debate necessário entre o fundamento de legitimidade das decisões judiciais ser a análise de valores (princípioalismo) ou resultados (consequencialismo).⁷⁷ Além de se posicionar fora dos termos do debate entre consequencialismo e princípioalismo, a literatura crítica adota a deferência como um corolário da separação dos poderes e da capacidade institucional, devendo também a ideia da deferência como mandamento obrigatório ser considerada um mito.

Deferência é uma postura institucional de respeito, a ser adotada pelo Poder Judiciário em relação aos demais órgãos conforme o caso concreto.⁷⁸ Conceitualmente, não faz sentido tratar a deferência como se fosse um princípio como faz parte da doutrina.⁷⁹ Na prática dos tribunais, a deferência pode ser verificada como uma referência discursiva na fundamentação das decisões, como constatação de respeito pelo resultado da decisão e como critério limitador do alcance do controle judicial.⁸⁰

Ainda que se adaptasse ao direito constitucional brasileiro a teoria da deferência a partir da doutrina *Chevron* – sob intensa crítica nos Estados Unidos – caberia ao juiz a análise da vontade legislativa e, se não houver vontade legislativa, verificar se a interpretação dada pelo Poder Executivo ao caso concreto é uma interpretação permissível da legislação.⁸¹ A doutrina *Chevron* depende da análise concreta da qualidade da decisão da administração através de um teste jurídico para se aferir se é a hipótese de se adotar uma postura de deferência à decisão do Poder Executivo, o que tem gerado intenso debate.⁸²

⁷⁷ <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/entre-o-consequencialismo-e-o-principialismo-fico-com-a-deferencia-20092018>

⁷⁸ FORTES, Pedro Rubim Borges. O impacto regulatório da tutela coletiva de direitos: a definição das regras e o desenvolvimento socioeconômico. In: JUNQUEIRA, Kátia (Org.). **Repensando a regulação no Brasil: novas visões e propostas**. Rio de Janeiro: Synergia, 2019.

⁷⁹ DE ALMEIDA, Beatriz Monzillo. O Controle Judicial dos Atos Normativos da ANVISA à Luz do Princípio da Deferência: Um Estudo de Casos. **Publicações da Escola da AGU**, v. 2, n. 34, 2014; MOREIRA, Egon Bockmann. Crescimento econômico, discricionariedade e o princípio da deferência. **Direito do Estado**, n. 168, 2016; MEDEIROS, Isaac Kofi. Ativismo judicial e princípio da deferência à administração pública. Dissertação de Mestrado na UFSC, 2020. Nos Estados Unidos, Cass Sunstein também se refere a deferência como princípio interpretativo do direito administrativo dos Estados Unidos: SUNSTEIN, Cass R. *Law and Administration after "Chevron"*. **Columbia Law Review**, v. 90, n. 8, p. 2071-2120, 1990.

⁸⁰ JORDÃO, Eduardo; JUNIOR, Renato Toledo Cabral. A Teoria da Deferência e a Prática Judicial: Um Estudo Empírico Sobre o Controle do TJ RJ à Agenssa. **REI-REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, v. 4, n. 2, p. 537-573, 2018.

⁸¹ *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

⁸² Sobre a crítica contemporânea à doutrina *Chevron* como uma transferência indevida de autoridade interpretativa das cortes e uma proposta para domesticar a doutrina *Chevron*, veja

A adoção da deferência como mandamento obrigatório,⁸³ estabeleceria uma hierarquização prévia entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário com relação à tomada de decisão quanto ao direito à saúde,⁸⁴ que deveria, em tese, se obrigar a respeitar decisões da autoridade administrativa que podem violar o direito e colocar seu titular em risco de morte, negando a proteção ao direito à saúde no caso concreto.⁸⁵ Devem os juízes ser deferentes diante de atos da administração que podem violar o direito à vida e à saúde?

A literatura crítica parece considerar que sim e reitera que governos devem racionar e racionalizar as despesas com a saúde pública como se existisse uma fórmula matemática com a equação precisa da análise custo-benefício dos investimentos em tratamento médico.⁸⁶ Contudo, além da problematização teórica sobre os limites das fórmulas matemáticas como equações de justiça,⁸⁷ não há consenso entre os países sobre como racionar recursos médicos para os pacientes, especialmente os idosos e os indivíduos com comportamento de risco.⁸⁸

Apesar de o controle da difusão de tecnologia médica ser fator crítico na contenção de despesas e central para qualquer debate sobre racionamento, os esforços da autoridade sanitária em qualquer país precisam ser aperfeiçoados.⁸⁹ O

SUNSTEIN, Cass R. *Chevron as Law*. *Geo. LJ*, v. 107, p. 1613, 2018. Aliás, agradeço a Pedro Farias Oliveira pela sugestão de salientar que os argumentos do presente artigo são válidos com relação aos mitos da violação da separação dos poderes, da capacidade institucional superior do Poder Executivo e da deferência como mandamento obrigatório não somente com relação ao exercício da administração pública direta, mas também através das agências reguladoras.

⁸³ <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/entre-o-consequenciachismo-e-o-principiachismo-fico-com-a-deferencia-20092018> (checado em 20.03.2021).

⁸⁴ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, 2019.

⁸⁵ Não por acaso, ao longo das últimas três décadas, existe uma contínua discussão sobre o escopo e o alcance da doutrina *Chevron*, tendo acadêmicos, magistrados e legisladores nos Estados Unidos afirmado que a deferência viola a independência judicial. Sobre o balanço das primeiras três décadas da doutrina *Chevron*, veja SHANE, Peter M.; WALKER, Christopher J. Foreword: *Chevron at 30: Looking Back and Looking Forward*. *Fordham Law Review*, v. 83, n. 2, p. 475, 2014; SIEGEL, Jonathan R. The Constitutional Case for Chevron Deference. *Vand. L. Rev.*, v. 71, p. 937, 2018.

⁸⁶ <https://www.conjur.com.br/2018-mar-12/judicializacao-saude-beneficia-mercado-pesquisador>

⁸⁷ RESTREPO AMARILES, David. Legal indicators, global law and legal pluralism: an introduction. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, v. 47, n. 1, 2015; AMARILES, David Restrepo. Transnational legal indicators: The missing link in a new era of law and development. In: *Law and Policy in Latin America*. Palgrave Macmillan, London, 2017. p. 95-111; AMARILES, David Restrepo. Supping with the Devil? Indicators and the rise of managerial rationality in law. *International Journal of Law in Context*, v. 13, n. 4, p. 465-484, 2017; FORTES, Pedro Rubim Borges. How legal indicators influence a justice system and judicial behavior: the Brazilian National Council of Justice and 'justice in numbers'. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, v. 47, n. 1, p. 39-55, 2015.

⁸⁸ BLANK, Robert; BURAU, Viola; KUHLMANN, Ellen. *Comparative health policy*. Macmillan International Higher Education, 2017, p. 147.

⁸⁹ *Idem*, p. 147-148.

processo de tornar públicas compensações e consequências da decisão de financiar novas tecnologias caras deve ser mais transparente, indicando a origem dos recursos econômicos e programas negativamente afetados.⁹⁰

No fórum de judicialização da saúde em Campinas em 2018, Daniel Wang apresentou uma versão idealizada do sistema nacional de saúde (NHS) como um modelo paradigmático para a proteção da saúde.⁹¹ Além de idealizar patologias como se fossem virtudes, Daniel Wang sugeriu, a partir de um caso anedótico, que o Poder Judiciário seria deferente ao Poder Executivo.⁹²

Porém, magistrados britânicos decidiram novos parâmetros de regularidade do procedimento, demonstração da efetividade do tratamento, análise de custo-efetividade (incluindo custo total e número de pacientes) em ações individuais com a pretensão de acesso à novas tecnologias de saúde.⁹³ Os tribunais britânicos também acomodaram casos excepcionais de pacientes em circunstâncias especial que justifica o financiamento de tratamentos médicos não incluídos na lista oficial de bens e serviços cobertos pelo governo.⁹⁴

Além disso, essas ações judiciais resultaram na reestruturação do sistema de definição de prioridades, em que as escolhas difíceis (*'hard choices'*) podem ser submetidas a um controle rigoroso quando a decisão afeta seriamente a saúde dos cidadãos.⁹⁵ Logo, mesmo sem um direito constitucional à saúde, o controle judicial da atividade administrativa no Reino Unido protege direitos individuais à saúde, sem desconsiderar a escassez dos recursos.⁹⁶

Além do controle jurisdicional *ex ante* (preventivo), a judicialização da saúde no Reino Unido possui controle jurisdicional *ex post* (repressivo), caracterizado por ações de responsabilidade do Estado pela omissão do Sistema Nacional de Saúde (NHS) no atendimento aos pacientes. Em 2013, foram ajuizadas 16.000 ações e o governo britânico reservou do orçamento 22,7 bilhões de libras esterlinas (equivalente a 160 bilhões de reais) no orçamento somente para ações em que não conseguiria defender o Estado.⁹⁷

⁹⁰ Idem, p. 148.

⁹¹ <https://www.conjur.com.br/2018-mar-12/judicializacao-saude-beneficia-mercado-pesquisador>

⁹² Idem.

⁹³ FLOOD, Colleen M.; GROSS, Aeyal. Litigating the right to health: What can we learn from a comparative law and health care systems approach. *Health & Hum. Rts. J.*, v. 16, p. 62, 2014.

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ Idem.

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ BLANK, Robert; BURAU, Viola; KUHLMANN, Ellen. *Comparative health policy*. Macmillan International Higher Education, 2017, p. 44. Aliás, nos Estados Unidos, também existe uma ampla judicialização da saúde por controle jurisdicional *ex post* (repressivo) através das ações decorrentes de omissão dos médicos e dos hospitais, sendo que as despesas com a medicina defensiva mobilizam cerca de 2% a 3% de todos os recursos da saúde. Portanto, o controle judicial é exercido em matizes variados como forma legítima de controle do sistema de saúde, seja através do direito constitucional, do direito administrativo ou do direito civil.

O exemplo britânico revela a falácia de estabelecer uma hierarquia entre os poderes com relação ao controle do sistema de saúde, bem como a necessidade de controle institucional. A política pública é uma rede de decisões e ações que alocam valores, não ficando restrita a uma única decisão.⁹⁸ Uma rede decisória complexa formada por uma cadeia de decisões – inclusive sobre a ação produtiva – define a política pública, devendo a experiência na implementação retroalimentar o sistema e mudar a alocação de valores.⁹⁹

Outro ponto importante é a análise das não-decisões e da inércia política, eis que uma parcela da atividade política está preocupada com a manutenção do *status quo* e resiste a quem desafia a atual alocação de valores, sendo essencial essa análise para a avaliação da dinâmica do processo político.¹⁰⁰ Como o controle jurisdicional impacta o *status quo* do processo político, não se deve impor um posicionamento institucional de deferência judicial obrigatória, porque uma autocontenção exagerada seria uma violação ao dever institucional do próprio Poder Judiciário na proteção dos direitos fundamentais.

2.7. O mito da violação ao federalismo

Além desses mitos relativos à relação entre poderes, existe o mito da violação ao federalismo. O alvo desse mito é a jurisprudência consolidada do STF que reconhece a responsabilidade solidária dos entes políticos para a proteção do direito à saúde, de modo que o paciente pode processar o município, o Estado ou a União para obter sua prestação.

A literatura crítica afirma que o Poder Judiciário aumenta a desorganização do sistema e prejudica o planejamento da gestão de saúde pelos entes federativos, na medida em que não define sua responsabilidade com base na divisão organizacional federativa do SUS estabelecida na Lei n. 8.080/1990 e prejudica o planejamento da gestão de saúde pelos entes federativos.¹⁰¹

Em termos práticos, segundo Daniel Wang et ali, o Poder Judiciário estaria sobrecarregando o município, ente político com menor orçamento e mais vulnerável à condenação nas demandas da saúde pública com reconhecimento da responsabilidade solidária.¹⁰² No município de São Paulo, a maior parte do gasto judicializado seria direcionado para a aquisição de medicamentos e insumos cujo fornecimento seria de competência de outro ente político.¹⁰³

Contudo, a literatura crítica atribui responsabilidade ao Poder Judiciário pela falta de harmonia interna no âmbito do Poder Executivo, que ainda não estabeleceu

⁹⁸ Idem, p. 131-132.

⁹⁹ Idem, p. 132.

¹⁰⁰ Idem.

¹⁰¹ WANG, Daniel et alli, Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa, **Revista Administração Pública**, 48 (2014), p. 1195-1201.

¹⁰² Idem, 1191-1195.

¹⁰³ Idem, p. 1195-1201.

os mecanismos necessários para dar viabilidade à divisão organizacional federativa do SUS após três décadas desde o advento da Lei n. 8.080/90.

A exemplo do que acontece no âmbito do sistema interbancário e viabiliza as transferências de recursos no âmbito do mercado financeiro,¹⁰⁴ uma câmara de compensação e liquidação no âmbito do sistema de saúde pública e de saúde suplementar também resolveria uma suposta concentração de despesas no âmbito de um dos entes da Federação.¹⁰⁵

Ao invés de uma solução administrativa simples, a recomendação da literatura crítica não resolveria a questão e ainda criaria obstáculos para o acesso dos pacientes à saúde. É que a própria União reconhece que não possuiria capacidade logística para a entrega dos medicamentos do SUS, tendo informado ao STF para manter a obrigação de fornecimento de medicamentos aos próprios Municípios e se comprometendo a reembolsar os demais entes da Federação posteriormente.¹⁰⁶

Portanto, a responsabilidade solidária dos entes federativos é a solução adequada do ponto de vista jurídico e administrativo. Além de ser inviável a interpretação da constituição com base na legislação infraconstitucional, também seria inadequada a repartição da responsabilização com base na Lei n. 8.080/90, já que a União não tem capacidade logística para fornecimento dos medicamentos de sua responsabilidade.

Ainda assim, o STF fez um ajuste em sua jurisprudência, de modo a tentar solucionar o impasse federativo. Além de corretamente manter a responsabilidade solidária dos entes, o STF recomenda aos juízes que busquem “direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro”.¹⁰⁷

Contudo, o problema transcende o tema da judicialização, na medida em que a saúde pública não recebe o reembolso devido pelas operadoras de saúde suplementar¹⁰⁸ e municípios também podem ter dificuldades em obter reembolso de despesas com cidadãos residentes em outros municípios.¹⁰⁹ O mecanismo atual

¹⁰⁴ Confira-se a Lei n. 10.214/01.

¹⁰⁵ O Ministro Gilmar Mendes fez referência à necessidade das Câmaras de Compensação como importante inovação institucional no âmbito do Poder Executivo durante o julgamento do RE 657.718/MG.

¹⁰⁶ Confira-se a informação prestada pela União no âmbito do RE n. 855.178/SE.

¹⁰⁷ RE n. 855.178/SE.

¹⁰⁸ <https://piaui.folha.uol.com.br/planos-de-saude-em-divida-com-o-sus/> (chechado em 20.03.2021).

¹⁰⁹ A falta de compensação entre os diversos entes da Federação pode resultar em comportamento estratégico e o estimular o comportamento omissivo dos caronas livres (*free riders*), que deixam de investir no sistema de saúde pública para se beneficiar do investimento de outro ente sem que venha a realizar a devida compensação pelas despesas realizadas. Pesquisas empíricas são necessárias, mas é possível que esse problema, de fato, sobrecarregue os municípios com serviço de saúde de qualidade e induza menos investimento em saúde por parte dos Prefeitos Municipais que contam com os investimentos feitos por municípios vizinhos para suprir suas carências. Sobre os caronas livres, veja HARDIN, Russell; CULLITY, Garrett. *The free rider problem*. 2003;

parece não estar funcionando, o que justificaria a criação da câmara de compensação e liquidação da saúde.¹¹⁰ Tal responsabilidade política não é do Poder Judiciário. A ideia de que a judicialização da saúde viola a federação é mais um mito.

2.8. O mito da falta de preocupação dos juízes com os custos

O outro mito diz respeito a uma suposta falta de preocupação dos juízes com os custos decorrentes da judicialização da saúde. A literatura crítica afirma que não existe preocupação no Poder Judiciário brasileiro com os custos relativos ao direito à saúde.¹¹¹ Contudo, a metodologia de pesquisa empírica exigiria a adoção das técnicas da pesquisa qualitativa para que se pudesse fazer tal afirmação.¹¹² A literatura crítica jamais entrevistou número significativo de juízes, acompanhou sua atuação como participante-observador ou elaborou uma análise documental abrangente a partir de uma amostra adequada para fins de interpretação.

Octávio Ferraz alegou em 2009 que os juízes não se preocupavam com custos do direito à saúde a partir da fundamentação de um voto do ex-Ministro Celso de Mello, em que se referiu à distinção entre interesse público primário e secundário para priorizar o direito constitucional à vida.¹¹³ Noutro artigo, Octávio Ferraz e Fabíola Vieira se referiram à fundamentação das decisões como evidência de que “o problema da escassez de recursos é colocado em plano secundário”,¹¹⁴ como um “interesse financeiro do Estado menor, que não pode se sobrepor aos bens maiores da saúde e da vida”.¹¹⁵

STIGLER, George J. Free riders and collective action: An appendix to theories of economic regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, p. 359-365, 1974.

¹¹⁰110 A Lei n. 12.401/2011 acresceu o artigo 19-U à Lei n. 8.080/1990 e atribuiu a função de pactuação quanto à responsabilidade financeira pelo fornecimento de medicamentos, produtos de interesse para a saúde e procedimentos responsabilidade à Comissão Intergestores Tripartite (CIT), constituídas por representantes do Ministério da Saúde (MS), do Conselho Nacional dos Secretários de Saúde (CONASS) e do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS).

¹¹¹111 FERRAZ, Octavio Luiz Motta. The right to health in the courts of Brazil: Worsening health inequities?. *Health and human rights*, p. 35, 2009.

¹¹²112 WEBLEY, Lisa. Qualitative approaches to empirical legal research, CANE, Peter; KRITZER, Herbert M. (Ed.). *The Oxford handbook of empirical legal research*. Oxford University Press, 2010.

¹¹³113 FERRAZ, Octavio Luiz Motta. The right to health in the courts of Brazil: Worsening health inequities?. *Health and human rights*, p. 35, 2009. Somente a partir da fundamentação do voto de um único Ministro do STF, o Professor do King's College chega à conclusão de que se trata de um direito de caráter absoluto e que qualquer demanda individual será liminarmente deferida pelo Poder Judiciário, bastando que o autor demonstre uma necessidade de saúde desatendida com a apresentação de um atestado médico como prova documental de sua demanda.

¹¹⁴114 FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabíola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. *Dados*, v. 52, n. 1, p. 224, 2009.

¹¹⁵115 Idem. Segundo os autores, a preocupação do Judiciário sobre o risco de os chamados direitos econômicos e sociais garantidos pela Constituição serem negligenciados sob o pretexto de que são

Contudo, a distinção entre interesse público primário e secundário não evidencia falta de preocupação com custos, sendo uma tipologia criada pelo administrativista italiano Renato Alessi e popularizada no nosso direito administrativo por Celso Antônio Bandeira de Mello.¹¹⁶ Ademais, há confusão entre o direito expresso na decisão e o contexto decisório, não sendo possível extrair da leitura do fundamento as circunstâncias em que foi proferida, como explicado pelo movimento “direito em contexto” e pelo realismo jurídico.¹¹⁷

Tampouco é possível psicanalisar juízes a partir da leitura da fundamentação de suas decisões, pretendendo inferir sua (des)preocupação com relação aos custos dos direitos sem realizar entrevistas, observar sua atuação e analisar a evidência documental relevante.¹¹⁸ Como a literatura crítica não realizou entrevistas com juízes, suas críticas de voluntarismo, irracionalidade e falta de preocupação com os custos não são lastreadas em evidências empíricas.

Aliás, em 2009, o STF realizou audiência pública para discutir o tema como parte da discussão sobre parâmetros para a concessão judicial de medicamentos, tendo sido levantadas questões sobre a possibilidade de fornecimento de medicamento sem registro na ANVISA, sobre a eficácia terapêutica dos remédios fornecidos e sobre a existência de equivalentes terapêuticos adequados no SUS para tratamento desses pacientes.¹¹⁹

normas programáticas “não justifica descartar o problema da escassez de recursos como se ele fosse ilusório ou secundário”.

¹¹⁶ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Grandes temas de direito administrativo**. Malheiros Editores, 2009; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. Malheiros Editores, 2012.

¹¹⁷ LLEWELLYN, Karl N. A realistic jurisprudence--the next step. **Colum. L. Rev.**, v. 30, p. 431, 1930; TWINING, William. **Karl Llewellyn and the realist movement**. Cambridge University Press, 2012; TWINING, William. **Jurist in Context**. Cambridge University Press, 2019; FORTES, Pedro Rubim Borges. An explorer of legal borderlands: a review of William Twining’s jurist in context, a memoir. **REI-Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 2, p. 777-790, 2019.

¹¹⁸ Devo esse *insight* a Laurence Tribe, Professor da Faculdade de direito da Universidade de Harvard, que disse ao longo do seu curso ‘Constitutional Law’ no semestre de outono do ano acadêmico de 2006-2007 que a leitura da fundamentação de uma decisão judicial possibilita ao intérprete sua análise, mas não a psicanálise do julgador. O tema da sintaxe daquilo que não é dito foi objeto de um artigo de Laurence Tribe, em que ele analisou a sintaxe do silêncio, reproduzindo uma referência extremamente interessante do Justice Jackson de que a Suprema Corte deveria analisar a legislação ao invés de psicanalisar o Congresso Nacional. Confira-se TRIBE, Laurence H. *Toward a Syntax of the Unsaid: Construing the Sounds of Congressional and Constitutional Silence*. **Ind. LJ**, v. 57, p. 515, 1981. A psicanálise é o método desenvolvido por Sigmund Freud de interpretação do conteúdo inconsciente de palavras, ações e produções imaginárias de um indivíduo. Ao pretender inferir conclusões sobre as (des)preocupações dos juízes com o custo dos direitos a partir da mera leitura das fundamentações judiciais sem a condução de entrevistas, a literatura crítica parece estar no terreno especulativo da psicanálise e suscetível das críticas feitas pelo Justice Jackson e reproduzidas pelo Professor Laurence Tribe.

¹¹⁹ STA Agr n. 175/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, 17.03.2010.

Tais questionamentos dizem respeito à relação custo-benefício das decisões judiciais, evidenciando que juízes se preocupavam com os custos da saúde. Além disso, tal discussão está na pauta do CNJ há bastante tempo, o que demonstra a existência de uma preocupação institucional do Poder Judiciário com a questão.¹²⁰ Portanto, a falta de preocupação do Poder Judiciário com os custos da judicialização do direito à saúde é mais um mito.

2.9. O mito da irrelevância da discussão sobre os custos

Uma variação desse mito é a afirmação de que qualquer discussão sobre os custos dos direitos no âmbito do Poder Judiciário seria irrelevante. A literatura crítica disseminou essa ideia a partir da análise textual de decisões do STF, cujos fundamentos não enfrentam a questão da limitação dos recursos e dos custos dos direitos nos julgamentos de casos relativos à judicialização da saúde e da educação entre 2000 e 2007.¹²¹

A afirmação confunde novamente o direito expresso na decisão do contexto decisório, sendo impossível inferir a análise contextual somente a partir da análise textual. A literatura crítica deveria ter realizado entrevistas, observado a atuação dos juízes e ter examinado evidências documentais abrangentes para poder fazer afirmações empíricas a esse respeito.

Por outro lado, uma análise textual das petições das ações judiciais revela justamente o contrário. Percebendo o desgaste das demais teses, os réus passaram a adotar a estratégia de discutir os custos das decisões e as consequências concretas da judicialização para a gestão dos escassos recursos do sistema de saúde.¹²² Logo, a própria experiência prática é de que a discussão sobre os custos da saúde é relevante.

Além disso, a diferença de percentual de sucesso entre ações individuais e ações coletivas também demonstra como argumentos relativos aos custos são relevantes. Aliás, Daniel Wang e Octávio Ferraz verificaram o percentual relativamente baixo de sucesso do Ministério Público de São Paulo na tutela do direito à saúde, o que poderia ser explicado pela sua dimensão coletiva.¹²³

Noutras palavras, essas ações “são estruturais no sentido de que pretendem promover mudanças significativas nas políticas públicas de saúde que irão afetar um grande número de pessoas e que vão ter impacto econômico orçamentário e

¹²⁰ DE VASCONCELOS, Natalia Pires. Solução do Problema ou Problema da Solução? STF, CNJ e a Judicialização da Saúde. *REI-REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS*, v. 6, n. 1, p. 83-108, 2020.

¹²¹ WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 539-568, 2008.

¹²² LEMOS, Junia Coelho. A Judicialização da Saúde como Sintoma da Desconfiança no Poder Executivo. BUCCI, Maria Paula Dallari e DUARTE, Clarice Seixas. *Judicialização da Saúde: A visão do Poder Executivo*. Saraiva (2017), p. 396-397.

¹²³ WANG, Daniel W. Liang; FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Reaching out to the needy-access to justice and public attorneys' role in right to health litigation in the city of Sao Paulo. *SUR-Int'l J. on Hum Rts.*, v. 18, p. 164, 2013.

significativo, ao passo que os casos da Defensoria Pública na nossa amostra eram todos casos de ações individuais.”¹²⁴ Como o percentual de sucesso foi inferior nas ações coletivas em relação às ações individuais por conta do potencial impacto orçamentário superior, não há dúvidas de que os juízes consideram os custos do direito à saúde em seu processo decisório.

Portanto, a afirmação de que a discussão dos custos dos direitos é irrelevante no âmbito do Poder Judiciário é mais um mito.

2.10. O mito da judicialização da saúde como panaceia universal

Finalmente, a combinação de todos os mitos gera uma visão fabulosa de que os juízes pretendem substituir os gestores da saúde com pretensão de cura para todas enfermidades.¹²⁵ O ponto de partida da mitologia da judicialização da saúde é seu excesso, sendo o ponto de chegada a sugestão de que sua exacerbação com o Poder Judiciário transformado em curandeiro dos males sociais.¹²⁶ Trata-se do mito da judicialização da saúde como panaceia universal, que fecha o círculo mitológico com a crítica de uma judicialização exacerbada do direito à saúde.¹²⁷

Recapitulando toda a narrativa mitológica, juízes pretenderiam ocupar o papel central das decisões de saúde, não se preocupariam com sua piora e nem com seus custos, que considerariam irrelevantes. No posicionamento político-institucional, o Poder Judiciário violaria a separação de poderes, ignoraria a capacidade superior do Poder Executivo, não respeitaria suas decisões e não se importaria com a divisão federal de atribuições para a área da saúde. Nesse cenário surreal, o Poder Judiciário determinaria a distribuição imediata de todo e qualquer pedido formulado com relação ao direito à saúde, incluindo o direito fundamental de todo brasileiro de receber uma injeção gratuita na testa.

A realidade, contudo, é mais banal do que a fábula mitológica. Ao decidir ações individuais e coletivas com a pretensão de tutela do direito à saúde, o Poder Judiciário está exercendo o seu papel de intérprete da Constituição quanto aos

¹²⁴ Idem.

¹²⁵ Arnaldo Goldemberg, por exemplo, afirma que o Poder Judiciário substituiria o Poder Executivo no exercício de funções primárias do Estado na gestão do sistema de saúde pública. GOLDEMBERG, Arnaldo. Sanções Punitivas e Coercitivas na Execução de Decisões Judiciais que impõe à Fazenda Pública Prestações da Saúde, em PERLINGEIRO, Ricardo; DUARTE, Fernanda; IORIO, Ricardo (Orgs). **Estudos sobre a Justiça Administrativa**. NUPEJ, UFF (2020). Ressalte-se, por oportuno, que o artigo possui mérito na defesa da responsabilização direta do gestor público através de multa pessoal como alternativa à multa aplicada ao ente político e na análise de que a compra direta de medicamentos pelo paciente com dinheiro bloqueado judicialmente pode importar em custo superior ao de uma compra feita pelo ente político.

¹²⁶ Sobre a judicialização exacerbada, veja PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 4, n. 1, p. 167-205, 2017.

¹²⁷ Sobre a judicialização exacerbada do direito à saúde, veja PERLINGEIRO, Ricardo. Novas perspectivas para a judicialização da saúde no Brasil (New Perspectives in the Judicial Review of Health Care Policy in Brazil). **Scientia Iuridica, Braga/Portugal**, v. 62, n. 333, p. 519-539, 2013.

direitos sociais e estabelecendo controles judiciais às políticas públicas na área da saúde.¹²⁸

No exercício dessa função, os juízes certamente erram e acertam, estando sujeitos às críticas e aos elogios conforme a qualidade da prestação jurisdicional.¹²⁹ A verdade é que não existem estudos empíricos abrangentes, com a seleção de amostra representativa de casos, metodologia de pesquisa adequada e a realização da triangulação de fontes de pesquisa (especialmente com o uso de entrevistas), que possibilitem uma análise imparcial e realista da judicialização da saúde.

3. DISCUSSÃO: EM DEFESA DE TESES SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE BASEADAS EM EVIDÊNCIAS EMPÍRICAS.

O objetivo do presente artigo não é somente o de problematizar os termos do debate propostos pela literatura crítica a partir da exposição dos dez mitos sobre a judicialização da saúde. É necessário também indicar os caminhos para corrigir o rumo da discussão e, nesse sentido, a judicialização da saúde deve ser baseada em evidências empíricas. Além disso, os juízes devem manter o seu foco na proteção judicial do direito à saúde e à vida, levando em consideração os efeitos e as

¹²⁸ A possibilidade de exercício do controle judicial de políticas públicas já está consolidada na literatura acadêmica brasileira, merecendo destaque o desenvolvimento do método de 'Direito e Políticas Públicas' (DPP), que foi objeto de reflexão em excelente dossiê recente organizado pela professora Maria Paula Dallari Bucci na própria Revista Estudos Institucionais (REI): BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem Direito e Políticas Públicas (DPP). **REI-Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 791-832, 2019; RUIZ, Isabela; BUCCI, Maria Paula Dallari. Quadro de problemas de políticas públicas: uma ferramenta para análise jurídico-institucional. **REI-Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 1142-1167, 2019; WERNER, Patricia Ulson Pizarro. A Abordagem Direito e Políticas Públicas como Ferramenta de Aprimoramento das Instituições Jurídicas: Qualidade Organizacional, Sistematização de Dados e Fomento das Relações Interinstitucionais. **REI-Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 926-941, 2019; VALENTE, Sergio Ruy David Polimeno. Direito e políticas públicas: uma visão jurídico-institucional sobre o caso do saneamento básico no Brasil. **REI-Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 1064-1092, 2019; DE SOUZA, Matheus Silveira; BUCCI, Maria Paula Dallari. O estado da arte da abordagem direito e políticas públicas em âmbito internacional: primeiras aproximações. **REI-Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 833-855, 2019; RIBEIRO, Ivan César. Políticas Públicas e Teorias do Estado: o Papel das Teorias de Médio Alcance. **REI-Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 856-877, 2019; BRUNET, Emiliano R. Sobre a abordagem acadêmica de políticas públicas em um curso de graduação em direito: contribuição para um programa. **REI-Revista de Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, 2019.

¹²⁹ Aliás, não há dúvidas de que foi equivocada a determinação judicial de que a USP fosse obrigada a fornecer a chamada 'pílula do câncer' como possível cura para a doença sem a aprovação pelo Governo Federal. Por outro lado, não é correto extrapolar um único caso como se fosse representativo de todo o universo de ações judiciais relativas à judicialização da saúde para mistificar a atuação do Poder Judiciário. SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos et alii. O Caso da Fosfoetanolamina Sintética. Judicialização com Risco à Saúde. BUCCI, Maria Paula Dallari e DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da Saúde: A visão do Poder Executivo**. Saraiva (2017), p. 139-ss.

consequências práticas de suas decisões. A judicialização do direito à saúde deve ser realizada tanto pela via individual, quanto pela via coletiva. O Poder Judiciário deve manter seu posicionamento institucional de guardião da Constituição, de modo a proteger o direito à saúde e exercer controle jurisdicional das políticas públicas sanitárias.

3.1. Da necessidade de pesquisas empíricas.

A ideia de que existe uma 'judicialização excessiva' do direito à saúde se popularizou na comunidade jurídica brasileira a partir de 2008,¹³⁰ mas até o presente momento, não foram realizados estudos empíricos abrangentes. A literatura crítica se aproxima mais da escola do Pensamento Jurídico Crítico (*Critical Legal Studies*) e da estratégia de criticismo severo (*trashing*) do que da tradição de pesquisas empíricas interdisciplinares em direito.¹³¹

Uma das limitações metodológicas associadas ao pensamento jurídico crítico é o problema relativo ao viés, que afasta a objetividade dos seus trabalhos.¹³² No caso da literatura crítica à judicialização à saúde, será que o próprio desenho da pesquisa seria enviesado e a ideologia do pesquisador influenciaria o resultado?¹³³ A seleção de estudos de casos anedóticos, o tratamento agregado dos dados e a falta de

¹³⁰ Um marco foi um trabalho desenvolvido em 2008 pelo então Procurador do Estado, Luís Roberto Barroso, por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, em que o diagnóstico da judicialização excessiva do direito à saúde foi apresentado de modo teórico, sem que tivesse sido realizado estudo empírico sobre o eventual excedente de judicialização e sobre o impacto da judicialização da saúde para o orçamento do Estado do Rio de Janeiro. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coordenadores), **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Lumen Juris, p. 875 e ss (2008).

¹³¹ TUSHNET, Mark. Critical legal studies: A political history. **Yale Law Journal**, p. 1515-1544, 1991; TUSHNET, Mark. Critical legal studies and constitutional law: An essay in deconstruction. **Stan. L. Rev.**, v. 36, p. 623, 1984; TUSHNET, Mark. Critical legal studies: An introduction to its origins and underpinnings. **J. Legal Educ.**, v. 36, p. 505, 1986; TUSHNET, Mark. Critical legal theory (without modifiers) in the United States. **Journal of Political Philosophy**, v. 13, n. 1, p. 99-112, 2005; TUSHNET, Mark V. Perspectives on Critical Legal Studies. **Geo. Wash. L. Rev.**, v. 52, p. 239, 1983. TUSHNET, Mark. Some current controversies in critical legal studies. **German Law Journal**, v. 12, n. 1, p. 290-299, 2011.

¹³² Mesmo a visão mais flexível com relação ao viés ('bias'), reconhece a subjetividade da pesquisa: ROULSTON, Kathryn; SHELTON, Stephanie Anne. Reconceptualizing bias in teaching qualitative research methods. **Qualitative Inquiry**, v. 21, n. 4, p. 332-342, 2015.

¹³³ Aliás, na Mesa de Debates 2, no I Encontro de Pesquisa Empírica em Direito, na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, em 2011, Octávio Ferraz admitiu que, antes mesmo de realizar sua pesquisa empírica, já tinha uma posição contrária à atuação judicial nos direitos sociais por questões políticas: "o Judiciário, dentro de uma democracia, não tem legitimidade, nem capacidade institucional, para interferir nessas políticas públicas ao implementar esses direitos econômicos e sociais". FERRAZ, Octávio Motta et al. Inovação dos métodos de pesquisa em direito e renovação da produção científica. **Pesquisa empírica em direito**. Rio de Janeiro: Ipea, 2013.

entrevistas indicariam um ‘viés de confirmação’ da pesquisa, em que ao invés de testar uma hipótese, seleciona-se somente o que pode ser dito para sua confirmação?¹³⁴ A obrigatoriedade da crítica severa (*trashing*) típica do pensamento jurídico crítico estadunidense e que parece inspirar a literatura crítica à judicialização à saúde brasileira pode retirar sua objetividade.

A exemplo da medicina baseada em evidências, a judicialização da saúde também deveria ser baseada em evidências, de modo que pesquisas empíricas aplicadas podem servir como ferramenta de apoio ao processo decisório no âmbito da proteção judicial ao direito à saúde.¹³⁵ É essencial a conceituação do excedente de judicialização, de modo que o Poder Judiciário possa definir exatamente os contornos precisos de sua atuação.¹³⁶

A análise do essencial e do exagerado na pretensão ao direito à saúde também passa pelo enfrentamento de uma zona cinzenta de casos difíceis (*‘hard cases’*) que exigirá esforço analítico.¹³⁷ Deve ser realizado o mapeamento do universo das ações, da tipologia dos casos, das ferramentas e parâmetros de decisão e um diagnóstico mais realista dos desafios da judicialização da saúde. Em última instância, o desafio dos juízes é preservar a proteção jurídica do direito à saúde e à vida, conforme os limites e possibilidades determinados pelos custos dos direitos.

Logo, estudos empíricos abrangentes são necessários para um mapeamento do universo de ações judiciais, uma tipologia dos casos – tanto das patologias consideradas como excesso do Poder Judiciário, quanto das redundâncias consideradas como omissão do Poder Executivo – e um diagnóstico mais realista e conclusivo.¹³⁸

3.2. A proteção jurídica do direito à saúde e do direito à vida.

¹³⁴ NICKERSON, Raymond S. Confirmation bias: A ubiquitous phenomenon in many guises. *Review of general psychology*, v. 2, n. 2, p. 210, 1998. “tendo chegado à conclusão, crença ou ponto de vista prematuramente, alguém busca evidência para confirmar sua posição e interpreta a informação nova adquirida de um modo parcial, fortalecendo-a”.

¹³⁵ As pesquisas empíricas não seriam um esforço meramente acadêmico, mas principalmente de conceituação mais precisa do problema e suas possíveis soluções normativas.

¹³⁶ Atualmente, não se pode sequer estimar a dimensão de eventual judicialização excessiva do direito à saúde, porque se trata de uma questão empírica e não foram apresentados os resultados de nenhuma pesquisa abrangente a partir de dados estatísticos extraídos das ações judiciais.

¹³⁷ DWORKIN, Ronald. Hard cases. *Harv. L. Rev.*, v. 88, p. 1057, 1974.

¹³⁸ Ao longo dos julgamentos pelo STF, há referências aos estudos estatísticos a serem feitos pelo CNJ, mas até o presente momento não tenho conhecimento de que uma pesquisa abrangente tenha sido realizada e publicada. Tais estudos empíricos poderiam ser conduzidos em conjunto pelo CNJ e pelo MS, com um levantamento estatístico amplo dos casos, entrevistas qualitativas com os atores relevantes no Poder Executivo, no Poder Judiciário e na sociedade civil, produzindo análises abrangentes sobre a judicialização da saúde.

A literatura crítica parte da premissa de que a judicialização da saúde é um mecanismo de garantia de privilégios e, na crítica de uma ‘jurisprudência do tudo para todos’, acaba por formular uma ‘doutrina de nada para ninguém’.¹³⁹

Ao se recusar a tratar o tema a partir da distinção entre uma judicialização boa (“ações motivadas por falhas administrativas, descaso e corrupção”) e uma judicialização ruim (tratamentos sem segurança, eficácia, custo-efetividade, movidos por propaganda da indústria farmacêutica e até mesmo fraude),¹⁴⁰ a literatura crítica deixa de reconhecer o relevante papel dos juízes para a proteção jurídica do direito à saúde e à vida.

Contudo, a questão foi enfrentada por Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, em estudo sobre a efetividade do direito à saúde entre a reserva do possível e o mínimo existencial. O ponto de partida para a análise é o fato de que o direito à saúde exige sua proteção a partir de uma juridicidade em rede, sendo marcado por forte interdependência e zonas de convergência e superposição com outros direitos.¹⁴¹

Por um lado, o direito à saúde é sempre afetado pela reserva do possível, devido à disponibilidade de recursos existentes e capacidade de uso.¹⁴² Por outro lado, o reconhecimento do direito deve ser feito conforme as circunstâncias do caso, não sendo admissível sua negativa somente com base nos argumentos de separação dos poderes, reserva parlamentar em matéria orçamentária e reserva do possível.¹⁴³

Para os autores, é possível obrigar o Estado ao fornecimento de medicamento ou procedimento muito oneroso, bem como exigir judicialmente bens ou serviços não previstos na legislação ou nos protocolos do Ministério da Saúde.¹⁴⁴ Contudo,

¹³⁹ Em artigo recente, Octavio Ferraz pretende estabelecer um diálogo com o STF para recomendar a aplicação de um teste jurídico, que nem esvazie o direito à saúde como uma mera norma programática e que nem signifique uma defesa absoluta do direito à saúde com base em uma ‘jurisprudência do tudo para todos’. Contudo, o ponto de partida de sua análise continua sendo uma crítica radical à judicialização da saúde como um mecanismo de garantia de privilégios e uma fonte de desorganização administrativa do Poder Público, que resulta na formulação de uma ‘doutrina de nada para ninguém’. Sua conclusão é de que seriam necessários requisitos adicionais para a concessão de medicamentos: (1) a existência de pedido de incorporação do medicamento no Ministério da Saúde (CONITEC); (2) configuração de mora irrazoável do Ministério da Saúde em apreciar o pedido de incorporação dos medicamentos (prazos estabelecidos na Lei n. 12.401/2012); (3) demonstração de que os requisitos de incorporação estabelecidos na Lei n. 12.401/2021 estejam presentes. Caso o STF venha a acolher essa proposta, o direito constitucional à saúde seria pautado por uma doutrina do ‘nada à ninguém’, na medida em que o exercício do controle jurisdicional com relação ao Poder Executivo seria bem restrito. FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. *Revista Direito GV*, v. 15, n. 3, 2019.

¹⁴⁰ *Idem*, p. 8-10.

¹⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 1, n. 1, p. 197-198, 2007.

¹⁴² *Idem*, p. 201.

¹⁴³ *Idem*, p. 201-202.

¹⁴⁴ *Idem*, p. 205.

a mera apresentação de uma requisição médica é insuficiente para a obtenção do direito, sendo necessário demonstrar a necessidade daquele tratamento, a existência de alternativa e a falta de opção igualmente eficiente e mais econômica.¹⁴⁵

Também é difícil admitir que um particular com dinheiro para financiar um bom plano de saúde privado possa ter acesso ilimitado ou incondicional ao sistema de saúde.¹⁴⁶ A universalidade dos serviços de saúde não significa a gratuidade das prestações materiais para toda e qualquer pessoa e nem a integralidade do atendimento significa que toda pretensão tenha que ser atendida em termos ótimos.¹⁴⁷

Existem limites impostos pelo princípio da razoabilidade. Não se deve obrigar o Estado a fornecer ou custear medicamentos ou tratamentos experimentais.¹⁴⁸ Não se deve impor a prestação de determinada “marca”, mas indicar o princípio ativo e optar pela alternativa mais barata e, se possível, por uma versão de medicamento “genérico”, de custo inferior.¹⁴⁹ Na ausência de protocolos clínicos ou diretrizes terapêuticas, exige-se prova científica robusta.¹⁵⁰

Caberá ao Magistrado avaliar a exigência de prévio requerimento administrativo da pretensão, inclusive para avaliar a conduta estatal e se houve eventual recusa injustificada no cumprimento de deveres de proteção da pessoa.¹⁵¹ Por outro lado, também deve o juiz sempre exigir a prestação de contas por parte do beneficiário da prestação material, que deve demonstrar a retirada da medicação, a realização da cirurgia e a manutenção do tratamento de saúde, conforme o caso.¹⁵² Uma questão importante é que as listas asseguram segurança e eficiência, mas não são capazes de dar resposta a todas as demandas.¹⁵³

Ao contrário da literatura crítica, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchiner Figueiredo preservam a missão do Poder Judiciário de proteger o direito à saúde e colaborar com o esforço de salvar vidas. Tais lições poderiam servir como ponto de partida para a definição dos parâmetros para atuação dos juízes nas decisões de fornecimento de medicamentos de alto custo, no âmbito do RE n. 566.471/RN.¹⁵⁴

¹⁴⁵ Idem, p. 202-203.

¹⁴⁶ Idem, p. 203.

¹⁴⁷ Idem, p. 203.

¹⁴⁸ Idem.

¹⁴⁹ Idem.

¹⁵⁰ Idem.

¹⁵¹ Idem, p. 206.

¹⁵² Idem, p. 207.

¹⁵³ Idem, p. 206.

¹⁵⁴ No RE n. 566.471/RN, o Ministro Roberto Barroso, por exemplo, adotou os termos do debate propostos pela literatura crítica: Em seu voto, por exemplo, o Ministro Roberto Barroso afirmou que “proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas”. Contudo, tais afirmações são empíricas e tem que ser lastreadas em evidências. Igualmente, a crítica de que a judicialização da saúde estaria desorganizando a atividade

O foco principal da tese deve ser a proteção judicial do direito à saúde e à vida, possibilitando aos juízes salvar vidas sem comprometer o orçamento público. Apesar do necessário rigor para a prevenção de excessos, também é necessária flexibilidade para a efetividade dos processos.

A análise do laudo médico comprovando a necessidade do medicamento, inexistência de tratamento equivalente no âmbito do SUS e a falta de eficácia do tratamento com os medicamentos disponíveis pode ser realizada pelos juízes com o apoio dos médicos dos NATs, de modo a ser dada agilidade e uniformidade aos julgamentos no âmbito dos Tribunais.

Para evitar que o Poder Público realize a compra de um medicamento de alto custo e o paciente depois não compareça para a sua retirada, os juízes devem exigir dos profissionais médicos e jurídicos um termo de compromisso da essencialidade do bem e da apresentação de relatórios periódicos sobre a situação do paciente e do tratamento.

Na falta de demonstração de hipossuficiência ou de situação de hipossuficiência relativa (apesar de a família não ser pobre, não conseguiria arcar com os medicamentos de alto custo), os juízes deveriam poder estabelecer um regime de coparticipação entre o Poder Público e o paciente, fixando uma caução no valor de uma fração do preço do medicamento de alto custo para redução do risco de desperdício de recursos públicos. Tal possibilidade seria preferível do que a ampliação do risco de morte pela negativa do medicamento ao paciente de classe média em um sistema de saúde que deve ser universal.¹⁵⁵

administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos é uma afirmação empírica. Tal afirmação parece não comprovada pela pesquisa da Professora Maria Paula Dallari Bucci que afirma que o efeito da judicialização foi o contrário, isto é, de obrigar o Estado a se reorganizar e reestruturar o sistema de saúde, aumentando sua eficiência. Por outro lado, tampouco significa que não se deva problematizar a judicialização da saúde no Brasil, mas são necessárias evidências. Ao afirmar que a judicialização da saúde *pode* impedir que políticas públicas de saúde sejam implementadas, tratando uma plausibilidade hipotética não provada empiricamente como fundamento de decisão, ecoa-se os mitos provenientes da literatura crítica. Ao reconhecer que o tema é repleto de complexidades e sutilezas sem o esforço necessário de conceituação analítica, tipologia dos casos e parâmetros para proteção do direito à saúde, deixa-se de enfrentar o problema com base em evidências empíricas. A referência à judicialização da saúde como um modelo de 'tudo para todos' também ecoa o mito da panaceia universal, ou seja, a ideia de que os juízes estão pretendendo se substituir aos gestores do sistema de saúde e promover a cura de todos os males. A rigor, o voto do Ministro Roberto Barroso ecoa os termos do debate propostos pela literatura crítica à judicialização da saúde.

¹⁵⁵ Atualmente, o problema das novas tecnologias médicas é o principal fator no aumento dos custos anuais de todos os sistemas de saúde, não sendo um problema exclusivo do Brasil. Nesse contexto, destaca-se a proliferação de terapias caras de 'última chance', que representam uma última possibilidade de manter o paciente vivo, são extremamente caras e tipicamente podem oferecer benefícios marginais em relação aos seus custos. Embora esses tratamentos sejam benéficos para os pacientes individuais, os ganhos marginais em termos de aumento de tempo de sobrevivência e qualidade de vida são difíceis de julgar. Essa incerteza é complicada pelo fato de que a maior parte dos procedimentos médicos não é sujeita a controles para determinar sua efetividade em

Os juízes devem exigir dos réus o fornecimento de uma cópia integral do requerimento administrativo da pretensão, inclusive para fins de prova da conduta do poder público e eventual recusa injustificada de medicamentos. Por outro lado, a tese não deveria conter nenhuma exigência de prévio requerimento administrativo ou de diálogo institucional obrigatório entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo, sob pena de inviabilizar a concessão de tutela de urgência nos casos de risco de morte, afetando não somente a independência dos juízes, mas sua capacidade de realizar a justiça no caso concreto.

3.3. A consideração dos efeitos das decisões judiciais.

Uma judicialização da saúde baseada em evidências pressupõe também a consideração das consequências das decisões judiciais. Apesar de a literatura crítica disseminar mitos a respeito do tema, juízes são tomadores de decisão pragmáticos voltados para a solução de problemas práticos dos indivíduos e da coletividade. As tensões existentes entre a tutela dos interesses coletivos e a proteção dos direitos individuais estão no cotidiano da atuação do Poder Judiciário.¹⁵⁶

Michel Foucault se vale da metáfora do pastoreio como referência para a formação da governamentalidade, salientando que os governantes devem conduzir o rebanho na direção certa, mas sem abandonar as ovelhas perdidas pelo meio do caminho.¹⁵⁷ Além do uso da estatística como ciência do Estado na definição de políticas públicas para a coletiva, o Poder Público também deve atender necessidades essenciais dos cidadãos.¹⁵⁸

A literatura crítica afirma que não é possível atender às necessidades de um sem atender todos, o que conduziria o Estado à falência. Octávio Ferraz e Fabíola Vieira, por exemplo, calcularam o custo para todos os doentes de hepatite C do fornecimento de um medicamento caro – o Interferon Perguilado – e concluíram que o Estado estaria insolvente se efetuasse uma compra coletiva para todos.¹⁵⁹

Na realidade, porém, o Poder Executivo já tinha quebrado a patente do medicamento em 2001.¹⁶⁰ Sem a quebra, sua utilização pelo SUS elevaria o custo do

comparação com outros métodos menos custosos. BLANK, Robert; BURAU, Viola; KUHLMANN, Ellen. **Comparative health policy**. Macmillan International Higher Education, 2017, 24.

¹⁵⁶ A questão foi colocada pelo Min. Ricardo Lewandowski no julgamento do RE n. 855.178/SE da seguinte maneira: “me permito aí uma citação até um tanto acadêmica, de Norberto Bobbio, eis que na evolução dos direitos humanos essas questões podem ser vistas sob dois aspectos *ex parte principis* ou *ex parte populis* – ou nós encaminhamos a questão da saúde do ponto de vista do Estado; ou do povo, do homem comum da rua”.

¹⁵⁷ FOUCAULT, Michel. **On the Government of the Living: Lectures at the Collège de France, 1979-1980**. Springer, 2014.

¹⁵⁸ *Idem*.

¹⁵⁹ FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabíola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. **Dados**, v. 52, n. 1, p. 234-235, 2009.

¹⁶⁰ SOFIA, Juliana. Serra anuncia quebra de patente de medicamento para Aids. Folha de São Paulo, 05.12.2001. O artigo de jornal informa que, sem a quebra da patente, o montante poderia eventualmente aumentar até R\$ 200 milhões.

tratamento de hepatite C de R\$ 15 milhões para cerca de R\$ 60 milhões, com a importante ressalva de que o remédio seria utilizado por cerca de 4.000 pacientes do SUS.¹⁶¹ Trata-se de valor bem inferior aos R\$ 705 milhões estimados pela literatura crítica, sendo que o valor real foi certamente ainda menor após a decisão do governo de quebra da patente do medicamento.¹⁶²

Esse exemplo evidencia as consequências práticas benéficas da judicialização, que não têm sido consideradas pela literatura crítica, tais como a pressão por maior agilidade do Poder Público para incorporação de novas tecnologias ao SUS, a economia de recursos decorrente da negociação do governo com fornecedores e os efeitos decorrentes da quebra de patentes. A realidade é complexa e dinâmica, não sendo necessário que a distribuição de tratamentos médicos individuais pelo Poder Judiciário prejudique outras políticas públicas de saúde,¹⁶³ se o governo responder à altura dos desafios.

Particularmente no caso da AIDS, o governo federal adotou uma estratégia de quebra de patentes dos medicamentos.¹⁶⁴ Em 2001, o então Ministro da Saúde, José Serra, decidiu quebrar a patente do medicamento Nelfinazir, quando o governo brasileiro fornecia o coquetel Anti-AIDS para cem mil pacientes a um custo anual de 310 milhões de dólares.¹⁶⁵ Portanto, é possível que o dinheiro para cobrir os

¹⁶¹ SOFIA, Juliana. Serra anuncia quebra de patente de medicamento para Aids. Folha de São Paulo, 05.12.2001. O artigo de jornal informa que, sem a quebra da patente, o montante poderia eventualmente aumentar até R\$ 200 milhões.

¹⁶² O argumento padece da falácia quantitativa, em que os autores apresentam um argumento adotando apenas dados numéricos e estatísticos e com o desconto da informação qualitativa (relações, qualidades e efeitos) relativos ao acesso dos pacientes ao medicamento. O'MAHONY, Seamus. Medicine and the McNamara fallacy. *The journal of the Royal College of Physicians of Edinburgh*, v. 47, n. 3, p. 281-287, 2017. Além disso, como bem coloca José Reinaldo de Lima Lopes, "todos têm o direito de usar a rua, mas como o uso simultâneo e desordenado não é possível, alguma distribuição do uso torna-se necessária". Certamente que o direito à cidade e ao uso do espaço urbano não pode ser concebido a partir da ideia de universalização do acesso, no sentido de que todos os automóveis devem poder ser capazes de confluir simultaneamente para uma mesma praça ou rua. LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da "reserva do possível". SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais: orçamento e" reserva do possível"**. Livraria do Advogado, p. 181, 2008.

¹⁶³ Segundo Virgílio Afonso da Silva, no "cenário de recursos escassos, o dinheiro tem que ser necessariamente retirado de outros programas para atender decisões judiciais SILVA, Virgílio Afonso da, O Judiciário e as Políticas Públicas: Entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de SARMENTO, Daniel (Coordenadores), **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Lumen Juris, p. 596 (2008).

¹⁶⁴ OKE, Emmanuel Kolawole. The Incorporation of a Right to Health Perspective into Brazil's Patent Law Reform Process. In: Pedro Fortes et alli, **Law and Policy in Latin America**. Palgrave Macmillan, London, 2017. p. 311-326.

¹⁶⁵ <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2308200101.htm>

custos das decisões judiciais não tenha que sair de outras áreas, na medida em que os recursos podem ser provenientes de economia pela gestão mais eficiente.¹⁶⁶

É necessário cautela no exame da questão,¹⁶⁷ mas o estudo de caso da AIDS pode ser considerado um caso de história de sucesso individual e coletivo, na medida em que o volume de decisões judiciais favoráveis aos pacientes de HIV/AIDS em ações individuais teve efeito agregado positivo de exigir eficiência e organização do Poder Executivo.¹⁶⁸ Nesse contexto, os pioneiros foram os indivíduos que mobilizaram o Poder Judiciário e a opinião pública com demandas que poderiam ter efeitos de transformação estrutural coletiva.¹⁶⁹

Não podem ser ignorados os riscos de um efeito “Anti-Robin Hood”: o Poder Judiciário poderia eventualmente retirar dos pobres para dar para os mais ricos, realizando uma forma de injustiça distributiva.¹⁷⁰ Os riscos de efeitos distributivos

¹⁶⁶ No caso do Reino Unido, por exemplo, o Serviço Nacional de Saúde (NHS) está submetido não só ao controle político do parlamento e ao controle técnico de auditorias, mas também às revisões de sustentabilidade financeira, sendo que, somente no ano de 2007, foi verificada a oportunidade de potencial de seis bilhões de libras esterlinas como decorrência de reformas no pagamento e redução de variações na prática clínica. Veja HAM, Christopher. **Health policy in Britain**. 6a edição, Macmillan International Higher Education, 2009, p. 304.

¹⁶⁷ Corretamente, Virgílio Afonso da Silva pontua que “as histórias de sucesso individual nem sempre são, de fato, histórias de sucesso coletivo”. De fato, não é possível extrapolar o elogio de uma decisão individual para o tratamento coletivo da proteção ao direito. SILVA, Virgílio Afonso da, O Judiciário e as Políticas Públicas: Entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de SARMENTO, Daniel (Coordenadores), **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Lumen Juris, p. 597 (2008).

¹⁶⁸ Não raro, alguns indivíduos pioneiramente identificam a existência de um interesse a ser protegido judicialmente e o denominam de um novo direito a, por exemplo, o coquetel de medicamentos de combate ao HIV/AIDS (‘denominação’ ou ‘naming’). Após identificar esses novos direitos, os pioneiros atribuem responsabilidade aos entes que deveriam assegurar a proteção desse interesse, culpando-os por sua omissão (‘responsabilização’ ou ‘blaming’). Tal responsabilização costuma ser articulada em argumentos jurídicos com a mobilização do Poder Judiciário para que a pretensão por esses novos direitos seja reconhecida e assegurada (‘pretensão’ ou ‘claiming’). FELSTINER, William LF; ABEL, Richard L.; SARAT, Austin. The emergence and transformation of disputes: Naming, blaming, claiming. **Law and society review**, p. 631-654, 1980.

¹⁶⁹ A literatura brasileira se refere ao caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954) como um exemplo paradigmático de um processo estrutural.

¹⁷⁰ DA SILVA, Virgílio Afonso. Taking from the poor to give to the rich: Individualistic enforcement of social rights. 2011. Virgílio Afonso da Silva critica a atuação do Poder Judiciário em ações individuais para obtenção das drogas antineoplásticas devido aos altos custos, ao fato de que os litigantes não residiam na área mais pobre de São Paulo e de que estavam representados por advogados particulares em seus processos. Além disso, o depósito de medicamentos de alto custo para cumprimento de decisões judiciais em São Paulo parece um outro mundo, com instalações modernas e limpas para abrigar o que existe de melhor e mais caro produzido pela indústria farmacêutica do mundo, cujo suprimento é mantido continuamente e o limitado número de pacientes recebe informações regularmente por e-mail ou telefone. O Professor Titular de Direito Constitucional da USP suscita a hipótese de que essas ações judiciais para uma droga ou

perversos devem ser levados à sério, cabendo aos juízes a análise das circunstâncias do caso concreto, exigindo a demonstração de eventual hipossuficiência e, conforme a prova ou o grau de hipossuficiência relativa, fixando uma caução no valor de uma fração do custo do medicamento.

Por outro lado, não há evidências empíricas abrangentes para se caracterizar a judicialização da saúde como mecanismo de garantia de privilégios, como afirma a literatura crítica.¹⁷¹ Daniel Wang e Octávio Ferraz chegaram prematuramente a essa conclusão após analisar o perfil de necessitados de classe média baixa defendidos pela Defensoria Pública de São Paulo e perceberem que não era a parcela mais miserável da população.¹⁷²

Contudo, a análise é falaciosa por comparar a experiência real com um modelo ideal de universalização *perfeita* do acesso à saúde para as pessoas mais pobres da sociedade.¹⁷³ A comparação da experiência concreta de uma instituição no mundo real com um modelo ideal *perfeito* sofre do vício identificado por Giovanni Sartori como *perfeccionismo*.¹⁷⁴ Uma pesquisa empírica realista teria comparado o período da judicialização da saúde com o período anterior, em que o Poder Judiciário não atuava e, a rigor, o acesso à saúde da sociedade brasileira era muito mais restrito.¹⁷⁵

tratamento específico sejam encorajadas pela própria indústria farmacêutica na esperança de que um grande número de ações force o governo a incluir o medicamento na lista de fármacos do programa oficial de saúde. Aliás, no caso do uso de drogas antineoplásicas para combate ao câncer de pulmão – gefitinibe e erlotinibe – eram medicamentos ainda não aprovados no Brasil em 2005 (confira-se Portaria n. 51, de 07 de novembro de 2013 e Portaria n. 52, de 07 de novembro de 2013). A judicialização pressionou o poder público no sentido de aprovar e incorporar as duas substâncias como fármacos para fins de tratamento pelo SUS para quimioterapia de câncer de pulmão em 2013. Nesse sentido: VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista de Saúde Pública**, v. 41, p. 214-222, 2007.

¹⁷¹ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 3, 2019, p. 2.

¹⁷² WANG, Daniel W. Liang; FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Reaching out to the needy-access to justice and public attorneys' role in right to health litigation in the city of Sao Paulo. **SUR-Int'l J. on Hum Rts.**, v. 18, p. 159, 2013.

¹⁷³ Idem.

¹⁷⁴ SARTORI, Giovanni. **A Teoria da Democracia Revisitada: volume 1 – O Debate Contemporâneo**, Editora Ática (1994), p. 30. O exemplo dado por Giovanni Sartori é o da comparação entre a democracia liberal real e o socialismo ideal: “Não vale comparar o socialismo enquanto ideal com a democracia na realidade. Na verdade, isso é trapacear. No entanto, essa é em geral a forma de argumentar que os regimes comunistas são superiores às democracias”.

¹⁷⁵ Conforme dados empíricos de acesso à saúde, o percentual de cobertura em saúde da população aumentou de 3,5% em 1997 para 46,8% em 2007 e 62,4% em 2017. Tal ampliação na universalização do atendimento sanitário foi acompanhada de melhorias em todos os indicadores de saúde. MACHADO, Cristiani Vieira; E SILVA, Gulnar Azevedo. Political struggles for a universal health system in Brazil: successes and limits in the reduction of inequalities. **Globalization and health**, v. 15, n. 1, p. 1-12, 2019. Logo, a afirmação de que a Defensoria Pública de São Paulo está garantindo privilégios exigiria a demonstração de que os indivíduos protegidos não são

Quanto à restrição do acesso de parte da população pobre à justiça, existem deficiências estruturais da Defensoria Pública, ausência da consciência de direitos e falta de confiança no judiciário.¹⁷⁶ Assim, os pioneiros da judicialização não são miseráveis, mas membros da classe média em situação de ‘privação relativa’,¹⁷⁷ que se mobilizam, ingressam com ações judiciais e, se sua demanda tiver ressonância, transformam a situação para todo o grupo afetado.¹⁷⁸

Nesse contexto, aliás, a análise dos efeitos distributivos não pode se limitar ao *status* social dos pioneiros,¹⁷⁹ mas deve verificar se as demandas resultaram – ainda que indiretamente – na incorporação do medicamento à lista oficial, com efeitos positivos para toda a coletividade de doentes que dele necessitam. Seria um grave equívoco, por exemplo, afirmar que o *Public Interest Litigation* é um mecanismo de garantia de privilégios nos Estados Unidos pelo fato de os autores de ações como *Brown v. Board of Education of Topeka* não serem miseráveis, mas membros da classe média.¹⁸⁰

necessitados e de que a experiência da judicialização da saúde é menos justa em termos de garantia de acesso à saúde do que a experiência do período anterior (1988-1997), quando o Poder Judiciário ainda não exercia o papel de proteção judicial do direito à saúde.

¹⁷⁶ HOFFMANN, Florian; BENTES, Fernando. A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: Uma Abordagem Empírica. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coordenadores), *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Lumen Juris, p. 386 (2008).

¹⁷⁷ WALKER, Iain; SMITH, Heather J. (Ed.). *Relative deprivation: Specification, development, and integration*. Cambridge University Press, 2002.

¹⁷⁸ MORRISON, Denton E. Some Notes Toward Theorg on Relative Deprivation, Social Movements, and Social Change. *American behavioral scientist*, v. 14, n. 5, p. 675-690, 1971.

¹⁷⁹ Citando ainda uma obra do eminente constitucionalista argentino Roberto Gargarella, Virgílio Afonso da Silva se pergunta se o Poder Judiciário é ou *pode ser* a voz institucional do pobre, respondendo – a partir dos dados empíricos de São Paulo – que a resposta deve ser negativa, eis que o acesso à justiça é garantido aos litigantes melhor financiados e que, em realidade, os tribunais têm sido uma voz institucional para os mais ricos. DA SILVA, Virgílio Afonso. *Taking from the poor to give to the rich: Individualistic enforcement of social rights*. 2011. É importante salientar, contudo, que o Estado de São Paulo não possuía uma Defensoria Pública institucionalizada em 2005, sendo certo que o papel de assistência judiciária gratuita era realizado pela Procuradoria do Estado, de modo parcial e limitadíssimo. No Estado do Rio de Janeiro, em que a Defensoria Pública está estruturada e institucionalizada, o acesso à justiça é mais amplo para os economicamente necessitados. Além disso, existe também a questão de que – diante do alto custo de certos medicamentos – mesmo pacientes de classe média podem não dispor de meios para financiar tratamentos médicos em busca da sobrevivência diante de uma doença grave, tal como o câncer de pulmão.

¹⁸⁰ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). O Reverendo Oliver Brown, pai da jovem estudante Linda Brown, era um membro da classe média, mas a ação encabeçada por ele e liderada pela equipe jurídica da NAACP, teve efeitos estruturantes amplos. Veja <https://www.pbs.org/newshour/education/linda-brown-central-figure-in-school-segregation-case-dies>

3.4. A admissibilidade de tutela individual e coletiva da saúde.

Como o direito à saúde é simultaneamente individual e coletivo, sua proteção é complexa, mas a tutela de direitos difusos e coletivos não afasta a possibilidade de tutela individual do direito à saúde, eis que direitos sociais são sempre também individuais e, portanto, direitos de todos e cada um.¹⁸¹

Contudo, a partir de uma pesquisa conduzida por alunos da Faculdade de Direito da USP, Virgílio Afonso da Silva chegou à conclusão de que o Poder Judiciário ainda não estaria preparado para dar o devido tratamento coletivo aos direitos sociais, o que exigiria transformações estruturais na educação jurídica, reorganização das cortes e mudanças nos processos judiciais para evitar o tratamento individualizado dos direitos coletivos.¹⁸² Para o eminente constitucionalista, a tutela judicial do direito à saúde deveria ser realizada somente através de ações coletivas e não através de ações individuais.¹⁸³

O exemplo da atuação do Poder Judiciário para a proteção dos pacientes de HIV/AIDS revela, contudo, que o manejo exclusivo da ação coletiva poder ser problemático, eis que as ações individuais foram bem sucedidas como parte da mobilização da opinião pública, do Congresso Nacional e do Poder Executivo para que fossem incluídos os demais medicamentos no tratamento pelo SUS e não somente o AZT, ao passo que a ação civil pública não produziu as esperadas consequências positivas.¹⁸⁴

Aliás, o estudo de caso dos alunos da USP sobre os remédios para tratamento da AIDS pode ter sofrido da falta dessa perspectiva.¹⁸⁵ O sucesso global da política brasileira de combate a AIDS não pode ser dissociado do fato de que grande parte dos direitos foi obtido através de ações judiciais individuais.¹⁸⁶ A implementação de políticas públicas depende do governo e das pressões da sociedade civil

¹⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 1, n. 1, p. 198-199, 2007.

¹⁸² SILVA, Virgílio Afonso da, O Judiciário e as Políticas Públicas: Entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de SARMENTO, Daniel (Coordenadores), *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Lumen Juris, p. 595-596 (2008).

¹⁸³ Idem. A recomendação do Professor Titular de Direito Constitucional da USP parece ter ecoado na tese da Ministra Rosa Weber, que considerou que a demanda judicial deveria ser preferencialmente por processo coletivo.

¹⁸⁴ SCHEFFER, Mário et al. O remédio via justiça: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/Aids no Brasil por meio de ações judiciais. 2006.

¹⁸⁵ SILVA, Virgílio Afonso da, O Judiciário e as Políticas Públicas: Entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de SARMENTO, Daniel (Coordenadores), *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Lumen Juris, p. 594-595 (2008).

¹⁸⁶ Idem.

mobilizada, sendo certo que uma parcela significa da mobilização social decorreu da atuação do Poder Judiciário.¹⁸⁷

Porém, o alerta de Virgílio Afonso da Silva não deve ser ignorado, já que o Poder Judiciário deve se estruturar para tornar mais efetiva a tutela coletiva de direitos e os processos estruturais através de mudanças na formação jurídica, organização dos tribunais e até nos processos judiciais.¹⁸⁸

Aliás, em termos de mudanças dos processos judiciais, a possibilidade de conversão da ação individual em coletiva (inspirada pela *Class Action* estadunidense) estava prevista no Artigo 333 do Código de Processo Civil, mas foi vetada pela ex-Presidente Dilma Rousseff.

Diante do veto ao dispositivo e dos exemplos pródigos de transformação coletiva a partir da ação individual, por outro lado, o STF não deveria recomendar uma preferência por ações coletivas na tese relativa ao tema 6 da repercussão geral (RE n. 566.471/RN).

3.5. A manutenção do posicionamento institucional do poder judiciário.

Apesar de serem teses já desgastadas na comunidade jurídica e abandonadas pelos juízes,¹⁸⁹ a literatura crítica recolocou esses mitos sobre separação de poderes, deferência e capacidade institucional no centro do debate contemporâneo sobre a judicialização da saúde. Contudo, seu argumento possui forte viés principiológico, na medida em que defende uma leitura clássica da separação dos poderes, a partir do modelo teórico de Montesquieu que não corresponde à experiência concreta do constitucionalismo contemporâneo.¹⁹⁰

¹⁸⁷ Idem. Nesse contexto, soa injusta a crítica feita pelos estudantes da USP de que a fundamentação dos julgamentos tratava o direito à saúde como individual e não discutia o desenho institucional da política pública praticada pelo Estado. Não se deve confundir a interpretação doutrinária da fundamentação de uma decisão (texto) com as circunstâncias históricas, sociais, políticas e econômicas que influenciam o julgador (contexto). Tampouco se deve esquecer que interesses individuais homogêneos podem ser protegidos pela via individual e pela via coletiva, não havendo obstáculo para a existência simultânea de ações individuais e coletivas.

¹⁸⁸ Idem, p. 596. A esse respeito, confira-se ainda FORTES, Pedro Rubim Borges. O Fenômeno da Ilicitude Lucrativa. **REI-REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, v. 5, n. 1, p. 104-132, 2019; FORTES, Pedro Rubim Borges; OLIVEIRA, Pedro Farias. A insustentável leveza do ser? A quantificação do dano moral coletivo sob a perspectiva do fenômeno da ilicitude lucrativa e o 'caso Dieselgate'. **Revista IBERC**, v. 2, n. 3, 2019; FORTES, Pedro Rubim Borges. Book review: The Future of Collective Redress in Europe: Limitations and Possibilities. A Review of 'Multi-Party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?', edited by V. Harsá. **European Review of Private Law**, v. 27, n. 4, 2019.

¹⁸⁹ LEMOS, Junia Coelho. A Judicialização da Saúde como Sintoma da Desconfiança no Poder Executivo. BUCCI, Maria Paula Dallari e DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da Saúde: A visão do Poder Executivo**. Saraiva (2017), p. 396-397.

¹⁹⁰ CAROLAN, Eoin. **The new separation of powers: a theory for the modern state**. Oxford University Press on Demand, 2009; VIBERT, Frank. **The rise of the unelected: democracy and the new separation of powers**. Cambridge University Press, 2007; LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Ariel. 1979; ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. **Revista de Direito**

Assim, Daniel Wang e Carlos Ari Sundfeld recomendaram ao Poder Judiciário uma postura de autocontenção, de deferência ao Poder Executivo e de respeito a uma reserva de administração logo no início da pandemia de COVID-19.¹⁹¹ Igualmente, Natália Pires e Octávio Ferraz recriminaram a decisão unânime do STF na ADPF n. 770, em que foi considerado constitucional que Estados e Municípios importem e distribuam vacinas para a COVID-19 sem registro na Anvisa, desde que já registradas por ao menos uma de quatro autoridades sanitárias internacionais.¹⁹²

Como a literatura crítica se inspira no modelo britânico de organização política, sonha com uma saúde desjudicializada em que o parlamento controle o sistema de saúde, mas, na realidade, sua recomendação conduz ao modelo *schmittiano* de Poder Executivo forte e controle judicial fraco.¹⁹³ O hiper-presidencialismo tem sido decisivo para a persistente desigualdade e violação de direitos fundamentais na América Latina ao longo dos últimos 200 anos.¹⁹⁴

Inúmeras ressalvas merecem ser feitas. Primeiro, ao contrário do diagnóstico de Montesquieu, o modelo britânico é caracterizado como um sistema de *fusão de*

Administrativo, v. 265, p. 13-23, 2014; ADEODATO, João Maurício; Adeus à separação de poderes. GUERRA FILHO, Willis Santiago; SARLET, Ingo Wolfgang. **A retórica constitucional. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos do direito positivo**. São Paulo: Saraiva, p. 155-165, 2009.

¹⁹¹ A recomendação foi baseada em uma visão eminentemente principiológica de que o protagonismo judicial poderia comprometer as respostas públicas à pandemia. WANG, Daniel; SUNDFELD, Carlos Ari. Qual o papel do judiciário no combate à COVID-19? O Protagonismo Judicial Pode Comprometer As Respostas Públicas à Pandemia. Jota, 13.04.2020, disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/qual-o-papel-do-judiciario-no-combate-a-covid-19-13042020>

¹⁹² A crítica também foi feita com base em argumentos principiológicos de defesa da autocontenção judicial, falta de legitimidade decisória e de capacidade institucional, mesmo diante de um cenário de negacionismo, inércia e omissão do governo federal que estava atrasando o início da vacinação no país. VASCONCELOS, Natália Pires; FERRAZ, Octávio. STF amplia o caos da vacina contra a COVID-19 no Brasil, disponível em <https://www.jota.info/stf/supra/covid-19-stf-vacina-03032021>

¹⁹³ Conforme salientado por Tom Ginsburg e Mila Versteeg, a pandemia de COVID-19 demonstrou o melhor funcionamento das instituições sob o exercício de controle jurisdicional do que naqueles Estados em que o Poder Executivo teve autonomia para tomada de decisões sem mecanismos de freios e contrapesos (*checks and balances*). Nesse contexto, o Poder Judiciário deveria determinar que os governos adotassem providências para combater o coronavírus e seus efeitos. GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Binding the Unbound Executive: Checks and Balances in Times of Pandemic. Available at SSRN 3608974, 2020.

¹⁹⁴ É a tese de Roberto Gargarella sobre a “sala de máquinas da constituição”. GARGARELLA, Roberto. **Latin American constitutionalism, 1810-2010: the engine room of the Constitution**. Oxford University Press, 2013; GARGARELLA, Roberto. Latin American Constitutionalism: Social Rights and the Engine Room of the Constitution. **Notre Dame J. Int'l & Comp. L.**, v. 4, p. 9, 2013.

poderes em que o parlamento concentra as diversas funções do Estado.¹⁹⁵ Ademais, para um país economicamente desenvolvido, o Reino Unido é socialmente muito desigual, o que pode ser verificado na saúde da população, como evidenciado pelos estudos de perda de dentes entre adultos.¹⁹⁶ Logo, é paradoxal recomendar o paradigma do Reino Unido com base em princípios da separação de poderes para fins de redução da desigualdade.

As lições do direito comparado e da política de saúde comparada são relevantes, mas é necessário realizar a comparação a partir da realidade concreta de cada sistema, identificando diferenças institucionais em termos de organizações e regras do jogo, bem como os limites e possibilidades do transplante de ideias.¹⁹⁷ Logo, é necessária a manutenção do posicionamento institucional do Poder Judiciário como guardião da constituição, de modo a proteger o direito à saúde e exercer o controle jurisdicional da política pública sanitária.

Assim como o excesso de judicialização pode ser nocivo, o excesso de autocontenção pode prejudicar a proteção judicial dos direitos.¹⁹⁸ Logo, ao invés de jogar fora o bebê junto com a água da banheira, o STF deve definir os parâmetros de solução justa nas ações individuais e coletivas, com base em evidências empíricas, preservando seu papel de guardião da Constituição, inclusive com consideração dos efeitos das decisões judiciais.

IV. CONCLUSÃO

Em sua recente reflexão confessional sobre os desafios contemporâneos da sociedade brasileira, Luís Roberto Barroso apresentou o caso da “pílula do câncer” como exemplo de grande equívoco judicial.¹⁹⁹ Por outro lado, em seu discurso nas Organizações das Nações Unidas (ONU), o eminente Ministro do STF destacou o papel do sistema de justiça para a concretização dos direitos fundamentais, dando

¹⁹⁵ Walter Bagehot, *The English Constitution*. OUP (2009); LEYLAND, Peter. **The constitution of the United Kingdom: A contextual analysis**. Bloomsbury Publishing, 2016.

¹⁹⁶ BERNABÉ, Eduardo; SHEIHAM, Aubrey. Tooth loss in the United Kingdom—trends in social inequalities: an age-period-and-cohort analysis. **Plos one**, v. 9, n. 8, p. e104808, 2014.

¹⁹⁷ Ironicamente, Daniel Wang projeta sobre os adversários no debate acadêmico a crítica de falácia de nirvana, mas é a literatura crítica que padece da falácia de comparar a realidade atual com alternativas idealizadas não-realistas. WANG, Daniel Wei Liang. Direitos sociais e a falácia do nirvana. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 21, n. 125, p. 506, 2020.

¹⁹⁸ Reva Siegel e Robert Post escreveram artigos sobre o constitucionalismo democrático e os efeitos causados pelo movimento conservador de caráter reacionário com a pretensão de reverter conquistas importantes dos progressistas nos Estados Unidos e sobre a mudança de rumo exagerada na direção da autocontenção judicial: POST, Robert; SIEGEL, Reva. Roe rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harv. CR-CLL Rev.**, v. 42, p. 373, 2007; POST, Robert; SIEGEL, Reva. Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution. **Fordham L. Rev.**, v. 75, p. 545, 2006; POST, Robert; SIEGEL, Reva. Popular constitutionalism, departmentalism, and judicial supremacy. **California Law Review**, v. 92, n. 4, p. 1027-1043, 2004.

¹⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Sem data venia: um olhar sobre o Brasil e o mundo**. História Real. 2020, p. 207-208.

os exemplos de decisões judiciais determinando (a) fornecimento de medicamentos para portadores de HIV/AIDS; (b) fornecimento de medicamentos de alto custo; (c) realização de tratamentos médicos complexos; (d) contratação de médicos e pessoal para hospital pública; (e) aumento da oferta de vagas e UTI.²⁰⁰ Dependendo da seleção dos casos e da perspectiva adotada, a judicialização da saúde aparece como grande vilã ou como heroína.

Não por acaso, o tema da judicialização da saúde desperta emoções e acirra ânimos. A efetiva proteção dos direitos sociais é tema suscetível de interpretações variadas, conforme a perspectiva ideológica e a experiência do intérprete. De um lado, é possível evocar o papel de vanguarda do Poder Judiciário brasileiro e a postura progressista dos juízes na determinação de fornecimento de bens e serviços de saúde aos cidadãos. Por outro lado, há quem ache inadmissível tal atuação do Poder Judiciário. Infelizmente, a polarização de opiniões inviabiliza o diálogo acadêmico e cria impasses deliberativos.²⁰¹

Além da literatura crítica da judicialização da saúde, o STF tem sido alvo de críticas genéricas severas, sendo criticado de 'vanguarda ilusionista'²⁰² e de aplicar o 'consequenciachismo' na tomada de suas decisões.²⁰³ O Poder Judiciário deve buscar o ponto de equilíbrio, para preservar seu papel de vanguarda e definir os contornos precisos da tutela do direito à saúde a partir de evidências empíricas abrangentes das consequências de sua decisão.²⁰⁴ Nesse contexto, pesquisas empíricas abrangentes são necessárias para superar argumentos enviesados, ênfase em casos anedóticos, falta de rigor analítico e de mapeamento realista dos problemas e possíveis soluções.

O presente ensaio problematizou a literatura crítica com a apresentação de dez mitos: (1) o mito da judicialização excessiva do direito à saúde; (2) o mito da centralidade da judicialização para a gestão de saúde; (3) o mito da piora decorrente da judicialização da saúde; (4) o mito da violação da separação de poderes; (5) o mito da capacidade institucional superior do Poder Executivo; (6) O mito da deferência como princípio obrigatório; (7) o mito da violação ao federalismo; (8) o mito da falta de preocupação dos juízes com os custos; (9) o mito da irrelevância da discussão sobre os custos; (10) o mito da judicialização da saúde como panaceia universal.

Dentre os caminhos apontados na discussão, os juízes devem proteger o direito à saúde, levando em consideração as consequências práticas das decisões, em sede

²⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. Justiça, empoderamento jurídico e direitos fundamentais. **Discurso apresentado na ONU a convite do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento e da Open Society, em New York**, v. 16, 2014.

²⁰¹ SUNSTEIN, Cass R. Deliberative trouble? Why groups go to extremes. **The Yale Law Journal**, v. 110, n. 1, p. 71-119, 2000.

²⁰² MENDES, Conrado Hübner. Vanguarda Ilusionista. **Folha de São Paulo**. 28.01.2018.

²⁰³ MENDES, Conrado Hübner. Jurisprudência Impressionista. **Época**. 14.09.2018.

²⁰⁴ A análise da consequência das decisões se tornou um dever obrigatório no direito positivo brasileiro, com o advento do Art. 20 da LINDB.

individual e coletiva. O Poder Judiciário deve se reafirmar o guardião da Constituição, com uma atuação na judicialização da saúde baseada em evidências.²⁰⁵ Aliás, o cenário de pandemia de COVID-19 tornou ainda mais complexos os desafios do direito constitucional quanto à política sanitária e a proteção judiciais dos direitos fundamentais, cuja análise é além do escopo do presente trabalho.²⁰⁶

Além da via judicial, existe a possibilidade de aprimoramento dos mecanismos de *compliance* em saúde.²⁰⁷ Aliás, uma diferença significativa do sistema nacional de

²⁰⁵ Em sentido contrário, em defesa da desjudicialização da saúde, manifestaram-se recentemente MACHADO, Clara; MARTINI, Sandra Regina. Desjudicialização da saúde, diálogos interinstitucionais e participação social: em busca de alternativas para o sistema. **REI-REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, v. 4, n. 2, p. 774-796, 2018. Para uma explicação recente da evolução da jurisprudência do STF: FERREIRA, Versalhes Enos Nunes; NETO, Homero Lamarão; TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza Franco. A JUDICIALIZAÇÃO PELA DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **REI-REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, v. 6, n. 3, p. 1332-1361, 2020.

²⁰⁶ O presente ensaio discute a judicialização da saúde no Brasil independentemente da pandemia global de COVID-19, a partir de março de 2020. Desde então, uma literatura jurídica aplicada aos desafios específicos do direito em tempos de pandemia de COVID-19 foi produzida, merecendo destaque o excelente dossiê recém organizado pelo professor Fábio Corrêa Souza de Oliveira na própria Revista Estudos Institucionais (REI): DE OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza. APRESENTAÇÃO AO DOSSIÊ COVID-19. **REI-REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, v. 6, n. 3, p. 784-786, 2020; DE OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza. RESERVA DE GOVERNO E RESERVA DA CIÊNCIA: a pandemia e o pandemônio. **REI-REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, v. 6, n. 3, p. 1066-1082, 2020; IORIO FILHO, Rafael Mario; DA SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas. REFLEXÕES SOBRE O FEDERALISMO À BRASILEIRA EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19. **REI-REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, v. 6, n. 3, p. 1049-1065, 2020; DOS SANTOS CARVALHO FILHO, José. CRISES, PANDEMIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: o perigo nas interseções. **REI-REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, v. 6, n. 3, p. 847-860, 2020. Veja, ainda: FORTES, Pedro. A Regulação Global para Combate à COVID-19: Riscos de captura, ruptura e adaptação. **Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, p. 221-242, 2020. Finalmente, no presente dossiê, também foram publicados alguns artigos com foco no direito à saúde no contexto da pandemia de COVID-19: OLIVEIRA, Pedro Farias. Desafios do Direito Internacional Sanitário durante a Pandemia de COVID-19: Poder Normativo, Retirada e Financiamento da Organização Mundial de Saúde. **REI-Revistas Estudos Institucionais**, volume 7, n. 1 (2021); VAL, Eduardo Manuel. AGUIAR, Rodrigo Rodrigues de. Desafios e Polêmicas Jurídico-Constitucionais em Tempos de Pandemia da COVID-19: Análise Crítica da Requisição Administrativa sobre Bens e Serviços Privados de Assistência à Saúde. **REI-Revistas Estudos Institucionais**, volume 7, n. 1 (2021); VARGAS, Daniel B. MENEZES, Beatriz Guimarães. RANGEL, Isa Mota. Dispensas de Licitação durante a COVID-19: Como os Estados Brasileiros Motivam suas Decisões? **REI-Revistas Estudos Institucionais**, volume 7, n. 1 (2021); MARTINS, Guilherme Magalhães. TELES, Carlos André Coutinho. A Telemedicina na Saúde Suplementar e a Responsabilidade Civil no Médico no Tratamento de Dados à Luz da LGPD. **REI-Revistas Estudos Institucionais**, volume 7, n. 1 (2021).

²⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; SAAVEDRA, Giovani Agostini. Judicialização, reserva do possível e compliance na área da saúde. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 18, n. 1, 2017.

saúde (NHS) do Reino Unido com relação ao SUS é a sofisticada estrutura de auditoria e controladoria interna, de análise de indicadores de performance e de avaliação contínua por agências reguladoras, organizações independentes e pelo próprio governo.²⁰⁸ Seus objetivos principais são a melhoria da qualidade dos serviços e a ampliação do acesso à saúde pública.²⁰⁹

Também existem questões mais amplas sobre a universalização do atendimento, promoção de atividades preventivas e políticas de saneamento básicos que não são debatidas com profundidade pelos juristas e poderiam ter um profundo impacto na realização do direito à saúde.²¹⁰ A literatura crítica tampouco discute o modelo de financiamento da saúde, do controle de bens e serviços e do mecanismo de pagamento dos profissionais e empresas de saúde – que são muito mais centrais.²¹¹ Ao invés de excedente, talvez haja escassez de judicialização para questões ligadas ao financiamento da saúde,²¹² a competitividade dos preços

Ingo Sarlet e Giovanni Saavedra são certos no diagnóstico de que a judicialização é um “reflexo das patologias verificadas no próprio sistema público e privado de saúde”, que poderia ser minimizada através da implantação de mecanismos de *compliance* com potencial para racionalizar recursos, gastos e a sustentabilidade do sistema de saúde. No Brasil, falta a institucionalização de medidas que mudem sistematicamente o sistema de saúde com relação ao *compliance*. Caso tais mecanismos de prevenção, melhoria de desempenho, racionalização, otimização e sustentabilidade dos recursos sejam implementados, a tendência deveria ser de diminuição da necessidade de controle jurisdicional do sistema de saúde.

²⁰⁸ HAM, Christopher. *Health policy in Britain*. Macmillan International Higher Education, p. 233-248, 2009.

²⁰⁹ Idem, p. 248-265.

²¹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da, *Direito Constitucional Brasileiro*. Edusp (2021), p. 266.

²¹¹ A única referência que encontrei na literatura crítica sobre o modelo de financiamento foi a menção à legislação de Quebec proibindo a existência de operadoras de plano de saúde privadas naquele Estado feita apenas para criticar o Poder Judiciário, particularmente a Suprema Corte do Canadá, pela decisão de declarar a sua inconstitucionalidade em *Chaoulli v. Quebec (AG)* [2005] 1 S.C.R. 791, 2005 SCC 35. Confirma WANG, Daniel. *Social Rights Adjudication and the Nirvana Fallacy*. *Public Law, Jul*, p. 482-499, 2018; WANG, Daniel Wei Liang. *Direitos sociais e a falácia do nirvana*. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 21, n. 125, p. 482-513, 2020.

²¹² Em 24 de março de 2021, o PROCON-SP ingressou, junto com a Procuradoria Geral do Estado, com uma ação judicial em face da ANS para garantir que as operadoras de planos de saúde coletivos não apliquem reajustes anuais abusivos, pedindo que a agência reguladora seja obrigada a implementar mecanismos de identificação, prevenção e correção de reajustes anuais abusivos em planos de saúde <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2021/03/procon-sp-vai-a-justica-contras-ans-para-proibir-reajustes-nos-valores-de-planos-de-saude-coletivos.shtml>

praticados pela indústria farmacêutica,²¹³ bem como para outros temas relevantes de interesse público e social.²¹⁴

Em abril de 2021, foi noticiada a falta de fornecimento pelo governo de medicamento de alto custo para 58 mil pacientes de doença autoimune. Entrevistada, uma paciente expôs as duas facetas do seu desespero: (1) a sanitária – a descontinuidade pode gerar perda da visão, de segmentos intestinais e deformidades permanentes, sendo a única droga capaz de controlar a doença para a maioria dos pacientes; (2) a econômica – é um medicamento que as pessoas não conseguem comprar porque custa na farmácia R\$ 9.200,00 por mês, enquanto para o governo custa R\$ 11.000,00 por paciente por ano.²¹⁵

A situação é tão complexa e paradoxal que Virgílio Afonso da Silva simultaneamente critica a atuação do Poder Judiciário na judicialização da saúde, mas defende que o Estado não deve se restringir ao mínimo existencial. Apesar das limitações orçamentárias, “o Estado tem o dever de realizar o máximo”.²¹⁶ Não se

²¹³Em 05 de abril de 2021, a ANVISA anunciou ter aplicado multas de R\$ 15,2 milhões de reais em empresas do setor farmacêutico pela comercialização de sedativos e bloqueadores musculares para tratamento de COVID-19 acima do preço autorizado no Brasil. <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2021/04/05/anvisa-aplica-multas-de-r-152-mi-em-empresas-farmaceticas-por-sobreprego-em-medicamentos.ghtml>

²¹⁴ Pesquisas complementares devem ser realizadas sobre o impacto da judicialização da saúde no âmbito de outros Tribunais, como o Superior Tribunal de Justiça (STJ), por exemplo, em que discussões análogas têm sido travadas no âmbito das operadoras dos planos de saúde, tal como no Tema 990 (leading case: REsp 1.712.163/SP) sobre o fornecimento de medicamento importado não registrado na ANVISA por operadoras de plano de saúde e no dissenso jurisprudencial entre a 3ª Turma e a 4ª Turma sobre o caráter taxativo ou exemplificativo do rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS. Aliás, ao contrário do presente artigo que enfatiza a judicialização da saúde pública, outros artigos do presente dossiê possuem foco na regulação, na atuação da ANS e na judicialização da saúde suplementar: RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert e RODRIGUES, Victor Costa. Paradigmas Regulatórios da Saúde Pública Norte-Americana: Uma Análise sobre o *Obamacare* e suas consequências. **REI-Revistas Estudos Institucionais**, volume 7, n. 1 (2021); SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. A Atuação dos Grupos de Interesse nas Consultas e Audiências Públicas da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). **REI-Revistas Estudos Institucionais**, volume 7, n. 1 (2021); FREIRE, Simone Sanches. TOSTES, Eduardo Chow de Martino. A NIP da ANS e a eficiência administrativa na resolução de litígios da saúde suplementar. **REI-Revistas Estudos Institucionais**, volume 7, n. 1 (2021); OLIVEIRA, Martha. A Incorporação de Tecnologias e os Modelos de Remuneração Moldando a Forma de Cuidar da Saúde Suplementar. **REI-Revistas Estudos Institucionais**, volume 7, n. 1 (2021); CECHIN, José. Judicialização da Saúde: Direitos e Consequências. **REI-Revistas Estudos Institucionais**, volume 7, n. 1 (2021).

²¹⁵ <https://www1.folha.uol.com.br/equilibriosaude/2021/04/governo-deixa-58-mil-pessoas-sem-medicamento-para-doencas-autoimunes.shtml>

²¹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da, **Direito Constitucional Brasileiro**. Edusp (2021), p. 282-283.

deve esquecer que a atividade extrajudicial funciona sob *a sombra do direito aplicado pelos juizes*, sendo influenciada pelos parâmetros decisórios do Poder Judiciário.²¹⁷

Por outro lado, juizes e tribunais estão atentos às críticas e aos argumentos de outras instituições sobre os impactos de suas decisões, inclusive sobre os riscos de efeitos regressivos.²¹⁸ Cabe ao STF definir suas teses com relação ao dever do Estado de fornecimento de medicamentos de alto custo e proteger o direito à saúde em geral com base no seu papel institucional e em evidências empíricas abrangentes.

REFERÊNCIAS

AMARILES, David Restrepo. Supping with the Devil? Indicators and the rise of managerial rationality in law. **International Journal of Law in Context**, v. 13, n. 4, p. 465-484, 2017.

AMARILES, David Restrepo. Transnational legal indicators: The missing link in a new era of law and development. In: **Law and Policy in Latin America**. Palgrave Macmillan, London, 2017. p. 95-111.

BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. **Game theory and the law**. Harvard University Press, 1998; DAVIS, Morton D. **Game theory: a nontechnical introduction**. Courier Corporation, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coordenadores), **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Lumen Juris, p. 875 e ss (2008).

BLANK, Robert; BURAU, Viola; KUHLMANN, Ellen. **Comparative health policy**. Macmillan International Higher Education, p. 24, 44, 147, 2017.

BRUNET, Emiliano R. Sobre a abordagem acadêmica de políticas públicas em um curso de graduação em direito: contribuição para um programa. **REI-Revista de Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e aplicações da abordagem Direito e Políticas Públicas (DPP). **REI-Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 791-832, 2019.

²¹⁷ MNOOKIN, Robert H.; KORNHAUSER, Lewis. Bargaining in the shadow of the law: The case of divorce. **The Yale Law Journal**, v. 88, n. 5, p. 950-997, 1979.

²¹⁸ SILVA, Virgilio Afonso da, **Direito Constitucional Brasileiro**. Edusp (2021), p. 282.



BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coordenadoras).
Judicialização da saúde: a visão do poder executivo. **São Paulo: Saraiva**, p. 35-37,
2017.

BURGESS JR, James F.; STREET, Andrew. Measuring organizational performance.
In: **The Oxford Handbook of Health Economics**, p. 700, 2011.

DA SILVA, Virgílio Afonso. **Taking from the poor to give to the rich:
Individualistic enforcement of social rights**. 2011

DE ALMEIDA, Beatriz Monzillo. O Controle Judicial dos Atos Normativos da
ANVISA à Luz do Princípio da Deferência: Um Estudo de Casos. **Publicações da
Escola da AGU**, v. 2, n. 34, 2014.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Grandes temas de direito administrativo**.
Malheiros Editores, 2009; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito
administrativo. Malheiros Editores, 2012.

DE SOUZA, Matheus Silveira; BUCCI, Maria Paula Dallari. O estado da arte da
abordagem direito e políticas públicas em âmbito internacional: primeiras
aproximações. **REI-Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 833-855, 2019.

DE VASCONCELOS, Natalia Pires. Solução do Problema ou Problema da
Solução? STF, CNJ e a Judicialização da Saúde. **REI-REVISTA ESTUDOS
INSTITUCIONAIS**, v. 6, n. 1, p. 83-108, 2020.

FELSTINER, William LF; ABEL, Richard L.; SARAT, Austin. The emergence and
transformation of disputes: Naming, blaming, claiming. **Law and society review**,
p. 631-654, 1980.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no
Brasil. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 3, p. 2, 2019.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. The right to health in the courts of Brazil:
Worsening health inequities? **Health and human rights**, p. 34, 35, 2009.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos
escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. **Dados**, v. 52,
n. 1, p. 224-235, 2009.

FERRAZ, Octávio Motta et al. Inovação dos métodos de pesquisa em direito e
renovação da produção científica. **Pesquisa empírica em direito**. Rio de Janeiro:
Ipea, 2013.

FLOOD, Colleen M.; GROSS, Aeyal. Litigating the right to health: What can we learn from a comparative law and health care systems approach. **Health & Hum.**

FORTES, Pedro Rubim Borges. Book review: The Future of Collective Redress in Europe: Limitations and Possibilities. A Review of 'Multi-Party Redress Mechanisms in Europe: Squeaking Mice?', edited by V. Harsá. **European Review of Private Law**, v. 27, n. 4, 2019.

FORTES, Pedro Rubim Borges. How legal indicators influence a justice system and judicial behavior: the Brazilian National Council of Justice and 'justice in numbers'. **The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law**, v. 47, n. 1, p. 39-55, 2015.

FORTES, Pedro Rubim Borges. O Fenômeno da Ilicitude Lucrativa. **REI-REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, v. 5, n. 1, p. 104-132, 2019.

FORTES, Pedro Rubim Borges. O impacto regulatório da tutela coletiva de direitos: a definição das regras e o desenvolvimento socioeconômico. In: JUNQUEIRA, Kátia (Org.). **Repensando a regulação no Brasil: novas visões e propostas**. Rio de Janeiro: Synergia, 2019.

270

FORTES, Pedro Rubim Borges; OLIVEIRA, Pedro Farias. A insustentável leveza do ser? A quantificação do dano moral coletivo sob a perspectiva do fenômeno da ilicitude lucrativa e o 'caso Dieselgate'. **Revista IBERC**, v. 2, n. 3, 2019.

FOUCAULT, Michel. **On the Government of the Living: Lectures at the Collège de France, 1979-1980**. Springer, 2014.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Binding the Unbound Executive: Checks and Balances in Times of Pandemic. **Available at SSRN 3608974**, 2020.

HAM, Christopher. **Health policy in Britain**. 6a edição, Macmillan International Higher Education, p. 135-304, 2009.

HARDIN, Russell; CULLITY, Garrett. The free rider problem. 2003; STIGLER, George J. Free riders and collective action: An appendix to theories of economic regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, p. 359-365, 1974.

HOFFMANN, Florian; BENTES, Fernando. A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: Uma Abordagem Empírica. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coordenadores), **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Lumen Juris, p. 386 (2008).



JORDÃO, Eduardo; JUNIOR, Renato Toledo Cabral. A Teoria da Deferência e a Prática Judicial: Um Estudo Empírico Sobre o Controle do TJ RJ à Agenesra. **REI-REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, v. 4, n. 2, p. 537-573, 2018.

KENNEDY, David. **The dark sides of virtue: Reassessing international humanitarianism**. Princeton University Press, 2005.

LEAL, Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Dois Problemas de Operacionalização do Argumento de “Capacidades Institucionais”. **REI-REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, v. 2, n. 1, p. 192-213, 2016.

LEMOS, Junia Coelho. A Judicialização da Saúde como Sintoma da Desconfiança no Poder Executivo. BUCCI, Maria Paula Dallari e DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da Saúde: A visão do Poder Executivo**. Saraiva (2017), p. 396-397.

LLEWELLYN, Karl N. A realistic jurisprudence--the next step. **Colum. L. Rev.**, v. 30, p. 431, 1930; TWINING, William. **Karl Llewellyn and the realist movement**. Cambridge University Press, 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos fundamentais: orçamento e " reserva do possível"**. Livraria do Advogado, p. 181, 2008.

MACHADO, Cristiani Vieira; E SILVA, Gulnar Azevedo. Political struggles for a universal health system in Brazil: successes and limits in the reduction of inequalities. **Globalization and health**, v. 15, n. 1, p. 1-12, 2019.

MEDEIROS, Isaac Kofi. Ativismo judicial e princípio da deferência à administração pública. Dissertação de Mestrado na UFSC, 2020.

MENKEL-MEADOW, Carrie. What is an Appropriate Measure of Litigation? Quantification, Qualification and Differentiation of Dispute Resolution **Oñati Socio-Legal Series**, volume 11 (n. 2), 320-353 (2021).

MOREIRA, Egon Bockmann. Crescimento econômico, discricionariedade e o princípio da deferência. **Direito do Estado**, n. 168, 2016.

MORRISON, Denton E. Some Notes Toward Theorg on Relative Deprivation, Social Movements, and Social Change. **American behavioral scientist**, v. 14, n. 5, p. 675-690, 1971.

NICKERSON, Raymond S. Confirmation bias: A ubiquitous phenomenon in many guises. **Review of general psychology**, v. 2, n. 2, p. 210, 1998.

NICOLAU, Jairo. **Sistemas eleitorais**. Editora fgv, 2015.

OKE, Emmanuel Kolawole. The Incorporation of a Right to Health Perspective into Brazil's Patent Law Reform Process. In: Pedro Fortes et alli, **Law and Policy in Latin America**. Palgrave Macmillan, London, 2017. p. 311-326.

O'MAHONY, Seamus. Medicine and the McNamara fallacy. **The journal of the Royal College of Physicians of Edinburgh**, v. 47, n. 3, p. 281-287, 2017.

PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 4, n. 1, p. 167-205, 2017.

PERLINGEIRO, Ricardo. Novas perspectivas para a judicialização da saúde no Brasil (New Perspectives in the Judicial Review of Health Care Policy in Brazil). **Scientia Iuridica, Braga/Portugal**, v. 62, n. 333, p. 519-539, 2013.

PERLINGEIRO, Ricardo; DUARTE, Fernanda; IORIO, Ricardo (Orgs). **Estudos sobre a Justiça Administrativa**. NUPEJ, UFF (2020).

272

RESTREPO AMARILES, David. Legal indicators, global law and legal pluralism: an introduction. **The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law**, v. 47, n. 1, 2015.

RIBEIRO, Ivan César. Políticas Públicas e Teorias do Estado: o Papel das Teorias de Médio Alcance. **REI-Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 856-877, 2019.

ROULSTON, Kathryn; SHELTON, Stephanie Anne. Reconceptualizing bias in teaching qualitative research methods. **Qualitative Inquiry**, v. 21, n. 4, p. 332-342, 2015.

RUIZ, Isabela; BUCCI, Maria Paula Dallari. Quadro de problemas de políticas públicas: uma ferramenta para análise jurídico-institucional. **REI-Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 1142-1167, 2019.

SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos et ali. O Caso da Fosfoetanolamina Sintética. Judicialização com Risco à Saúde. BUCCI, Maria Paula Dallari e DUARTE, Clarice Seixas. **Judicialização da Saúde: A visão do Poder Executivo**. Saraiva (2017), p. 139-ss.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 1, n. 1, p. 197-199, 2007.



SARTORI, Giovanni. **A Teoria da Democracia Revisitada: volume 1 – O Debate Contemporâneo**, Editora Ática (1994), p. 30.

SCHEFFER, Mário et al. **O remédio via justiça: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/Aids no Brasil por meio de ações judiciais**. 2006.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Editora del Rey, 2007.

SHANE, Peter M.; WALKER, Christopher J. Foreword: Chevron at 30: Looking Back and Looking Forward. **Fordham Law Review**, v. 83, n. 2, p. 475, 2014;
SIEGEL, Jonathan R. The Constitutional Case for Chevron Deference. **Vand. L. Rev.**, v. 71, p. 937, 2018.

SILVA, Luis Virgilio Afonso da. **Sistemas eleitorais: tipos, efeitos jurídico-políticos e aplicação ao caso brasileiro**. Malheiros Editores, 1999.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de SARMENTO, Daniel (Coordenadores), **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Lumen Juris, p. 589,597 (2008).

273

SILVA, Virgilio Afonso da, O Judiciário e as Políticas Públicas: Entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de SARMENTO, Daniel (Coordenadores), **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Lumen Juris, p. 589-595 (2008).

SILVA, Virgilio Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. Edusp, 2021.

SUNSTEIN, Cass R. Law and Administration after "Chevron". **Columbia Law Review**, v. 90, n. 8, p. 2071-2120, 1990.

TUSHNET, Mark V. Perspectives on Critical Legal Studies. **Geo. Wash. L. Rev.**, v. 52, p. 239, 1983. TUSHNET, Mark. Some current controversies in critical legal studies. **German Law Journal**, v. 12, n. 1, p. 290-299, 2011.

TUSHNET, Mark. Critical legal studies and constitutional law: An essay in deconstruction. **Stan. L. Rev.**, v. 36, p. 623, 1984.

TUSHNET, Mark. Critical legal studies: A political history. **Yale Law Journal**, p. 1515-1544, 1991.



TUSHNET, Mark. Critical legal studies: An introduction to its origins and underpinnings. **J. Legal Educ.**, v. 36, p. 505, 1986.

TUSHNET, Mark. Critical legal theory (without modifiers) in the United States. **Journal of Political Philosophy**, v. 13, n. 1, p. 99-112, 2005.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts**. Princeton University Press, 2000.

TWINING, William. **Jurist in Context**. Cambridge University Press, 2019;
FORTES, Pedro Rubim Borges. An explorer of legal borderlands: a review of William Twining's jurist in context, a memoir. **REI-Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 2, p. 777-790, 2019.

VALENTE, Sergio Ruy David Polimeno. Direito e políticas públicas: uma visão jurídico-institucional sobre o caso do saneamento básico no Brasil. **REI-Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 1064-1092, 2019.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista de Saúde Pública**, v. 41, p. 214-222, 2007.

WALKER, Iain; SMITH, Heather J. (Ed.). **Relative deprivation: Specification, development, and integration**. Cambridge University Press, 2002.

WANG, Daniel et alli, Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa, **Revista Administração Pública**, 48, p. 1195-1201 (2014).

WANG, Daniel W. Liang; FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Reaching out to the needy-access to justice and public attorneys' role in right to health litigation in the city of Sao Paulo. **SUR-Int'l J. on Hum Rts.**, v. 18, p. 159, 164, 2013.

WANG, Daniel Wei L. Right to health litigation in Brazil: the problem and the institutional responses. **Human Rights Law Review**, v. 15, n. 4, p. 617-641, 2015.

WANG, Daniel Wei Liang. Direitos sociais e a falácia do nirvana. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 21, n. 125, p. 506, 2020.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 539-568, 2008.

WANG, Daniel. Social Rights Adjudication and the Nirvana Fallacy. **Public Law, Jul**, p. 482-499, 2018; WANG, Daniel Wei Liang. Direitos sociais e a falácia do nirvana. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 21, n. 125, p. 482-513, 2020.

WEBLEY, Lisa. Qualitative approaches to empirical legal research, CANE, Peter; KRITZER, Herbert M. (Ed.). **The Oxford handbook of empirical legal research**. Oxford University Press, 2010.

WERNER, Patricia Ulson Pizarro. A Abordagem Direito e Políticas Públicas como Ferramenta de Aprimoramento das Instituições Jurídicas: Qualidade Organizacional, Sistematização de Dados e Fomento das Relações Interinstitucionais. **REI-Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 3, p. 926-941, 2019.