

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: ANÁLISE CRÍTICA DOS ATOS NORMATIVOS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Pedro Germano dos Anjos¹

Beatriz Mota Torres²

Luiza Vieira Larchert³

Resumo

Aborda em análise crítica a atividade normativa do Conselho Nacional de Justiça – CNJ referente à judicialização da saúde pública e suplementar, a fim de compreender o fenômeno no Brasil e seu limite e insuficiências diante do papel da jurisdição na efetividade de direitos fundamentais. Para tanto, através do método hipotético-dedutivo, realiza pesquisa bibliográfica (sobre judicialização da Saúde e o papel do CNJ) e documental (em relação à aplicação das Recomendações e Resoluções do CNJ pertinentes, bem assim sobre o impacto da judicialização na prestação do serviço de Saúde), com o objetivo compreender o caráter da atividade normativa mencionada, levantando qualidades e insuficiências do modelo proposto pelo CNJ, diante da realidade das políticas públicas afetadas e do impacto no princípio da harmonia entre os Poderes da República Federativa do Brasil. Verificou-se uma abordagem fortemente medicalizante do CNJ em sua atividade normativa, além da preocupante lacuna de enunciados acerca da limitação da atividade jurisdicional e sua interferência no exercício dos demais Poderes. Espera-se contribuir com o próprio CNJ na atividade de diagnosticar e regradar procedimentos de *soft law* ao Judiciário, além de fornecer subsídios para a reflexão crítica da própria Jurisdição.

Palavras-Chave: Conselho Nacional de Justiça. Judicialização da Saúde. Separação dos Poderes.

¹ Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Especialista em Direito Tributário pelo IBET/SP. Professor Assistente de Direito Constitucional e Tributário na Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC, Coordenador da Linha de Pesquisa “Direitos Fundamentais e Democracia”, do GPDH (UESC/CNPq). pganjos@uesc.br. <http://lattes.cnpq.br/2632734443526649>. <https://orcid.org/0000-0001-7474-8482>

² Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC. Pesquisadora de ICV na Linha de Pesquisa “Direitos Fundamentais e Democracia”, do GPDH (UESC/CNPq). bmtorres.drt@uesc.br, <http://lattes.cnpq.br/2960326672241211>. <https://orcid.org/0009-0003-5492-8605>

³ Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC. Pesquisadora de ICV na Linha de Pesquisa “Direitos Fundamentais e Democracia”, do GPDH (UESC/CNPq). lvlarchert.drt@uesc.br, <https://lattes.cnpq.br/1752502499189066>. <https://orcid.org/0009-0009-0076-7379>

Abstract

This text critically analyzes the normative activity of the National Council of Justice (CNJ) regarding the judicialization of public and supplementary healthcare in order to understand the phenomenon in Brazil and its limitations and shortcomings in the role of jurisdiction in the effectiveness of fundamental rights. To do so, the text uses the hypothetical-deductive method, conducting a bibliographic research on healthcare judicialization and the role of the CNJ, as well as a documentary research on the application of CNJ recommendations and resolutions, and the impact of judicialization on healthcare services. The objective is to understand the nature of the CNJ's normative activity, identifying the strengths and weaknesses of the model proposed by the CNJ, in light of the reality of affected public policies and the impact on the principle of harmony among the branches of government. The analysis reveals a strongly medicalizing approach by the CNJ in its normative activity, as well as a concerning gap in statements regarding the limitation of judicial activity and its interference in the exercise of other branches of government. The text aims to contribute to the CNJ's own activity in diagnosing and regulating soft law procedures for the Judiciary, as well as providing subsidies for critical reflection on the Judiciary itself.

Keywords: National Justice Council; Judicialization of Health; Separation of Power.

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno da Judicialização do direito à saúde no Brasil gera substanciais impactos orçamentários e administrativos, não raro deixando de constituir intervenções pontuais para, efetivamente, dirigir a execução de políticas públicas, soçobrando excessos, matriz de insegurança jurídica sob o argumento de efetivação de direitos (ALEXY, 2008:201-203).

Como fenômeno crescente no País, constitui um problema estrutural que demanda uma resposta judicial diferente da usual (litigiosa) (DIDIER; ZANETTI; OLIVEIRA, 2020:105), porém a matéria não foi brindada por legislação específica.

Atento ao problema e no uso de suas atribuições constitucionais, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ expediu diversos atos normativos (Recomendações n.º 31/2010 e n.º 100/2021; Resoluções n.º 107/2010, n.º 238/2016, n.º 388/2021 e n.º 479/2022), com o objetivo de promover o diálogo entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, buscando solução consensual dos conflitos e implementação de políticas públicas eficazes para garantir o direito à saúde da população brasileira.

No entanto, mesmo diante do novíssimo Núcleo de Apoio Técnico em plataforma eletrônica (e-NatJus) delineado na Res-CNJ n.º 479/2022 ou das Jornadas da Saúde do Fórum Nacional previsto na Res-CNJ n.º 107/2010, há legítimas preocupações sobre o cabimento da Judicialização e a legitimidade do Poder Judiciário.

Ou seja, há um *déficit* em relação ao objetivo fundamental do processo, que deve ser utilizado como instrumento para a realização dos direitos fundamentais, e não apenas como meio para resolver conflitos. Para tanto, e como a judicialização do direito à Saúde envolve múltiplos interesses sociais, todos dignos de tutela (litígio complexo), é necessário adotar uma abordagem mais ampla, deferente e estrutural, que leve em conta o contexto social, político e econômico em que o caso está inserido (JOBIM, 2013:06), e que permita ao juiz encontrar soluções mais adequadas e justas, levando-se em consideração o princípio democrático e o respeito institucional ao planejamento orçamentário existente.

É nesse cenário que se propõe analisar os atos normativos do CNJ sobre o tema, investigando-se como o Conselho envidou equilibrar os interesses em jogo na efetivação dos direitos constitucionais relacionados à saúde nos últimos anos.

2 JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS DE SAÚDE NO BRASIL

A partir dos movimentos constitucionalistas do Ocidente judaico-cristão, surgem anseios de legitimidade, poder e limitação de poder, vindo à lume o embrião do Estado de Direito a partir do liberalismo político (LOCKE, 2005:46), que se lançava sobre as necessidades dos governados, não mais dos governantes (MELLO, 2006:11). O seu modelo *Democrático* possui o desiderato de apaziguar o mundo político Ocidental no pós-Segunda Guerra através do aperfeiçoamento do regime democrático e da justa valorização do princípio da dignidade da pessoa humana (KOLM, 2000; SARLET: MARINONI: MITIDIEIRO, 2017:57), e não resultou de um país ou certo acontecimento histórico, “mas de um desenvolvimento político e histórico-intelectual na Europa ocidental e central, cujos primórdios estendem-se aos séculos XVII e XVIII (HORN, 2005:33).”

A evolução dos direitos e a ampliação do objeto orçamentário se dão através dos movimentos constitucionalistas. As Revoluções Gloriosa, Americana e Francesa reconheceram Direitos Humanos como *liberdades públicas* (HORN, 2005:13; SILVA, 2004:158) e, com os movimentos sociais no séc. XIX (CRISTÓVAM, 2015:67-68), direitos prestacionais foram inseridos nas Constituições do *Estado Social* e ampliados no *Estado Democrático* (SARLET, 2017:343).

O Estado Democrático de Direito protagonizou o objetivo do respeito aos direitos humanos, com fundamento da dignidade da pessoa humana (LOCKE, 2005:46) (ARISTÓTELES, 2001:14),⁴ a segurança jurídica e a satisfação das necessidades públicas sob o regime democrático de governo, pela qual o Estado exerce uma atividade financeira específica, regrada constitucionalmente (BALEEIRO, 2006:04).

Porém, como imanente ao poder está o desejo de seu abuso (MONTESQUIEU, 2000:33), e como “qualquer sistema político construído com base na lógica e na racionalidade sempre corre o risco de uma explosão de irracionalidade” (APPLEBAUM, 2021:19), diversos excessos foram praticados pelo Estado, a reclamarem controle independente.

Em relação à possibilidade de intervenção judicial em políticas públicas, “a falta de reflexão sobre o complexo de normas que aí se entrelaçam pode ser fonte de trágicos mal-entendidos” (LOPES, 1998:131).

A análise da realidade do Judiciário no cumprimento de demandas de saúde permite concluir pela existência de dois caminhos: ora nega qualquer espécie de controle (por ex., a Suspensão de Tutela Antecipada n. 91; e RE 70278/GB. 2ª turma. Rel. Min. Aducto Cardoso, j. 13/11/1970, DJe 02/04/17), ora concede pedidos direcionados à fruição de determinado bem por uma única pessoa (a exemplo do ROMS 23184/RS – STJ), muitas vezes sequer mencionando a aplicação das Resoluções do Conselho Nacional de Justiça sobre a matéria ou considerando a existência de políticas públicas direcionadas ao atendimento do direito alegado em juízo.

Sob o paradigma da Constituição dirigente, centram-se no direito individual (BARCELLOS, 2007; AMARAL, 2001), contrapondo-se à doutrina da reserva do possível (em uma colisão aparente), pela qual o direito (à Saúde) deve se submeter à

⁴ Na acepção natural e universalista, como em John Locke, ou na visão aristotélica da formação de cidadãos virtuosos.

capacidade econômica do Estado (leitura a partir da teoria dos custos dos direitos) (GALDINO, 2005; HOLMES; SUNSTEIN, 1999).

Por outro lado, infere que o caráter político-econômico do Orçamento subjuga os direitos constitucionais, mesmo em esfera social, a dependerem esses exclusivamente do alvitre do administrador, em autocontenção.

A propósito, recente pesquisa realizada pelo CNJ sobre Judicialização da Saúde concluiu que a maioria das decisões judiciais proferidas no Brasil desconsidera a política pública de saúde já existente: os marcadores “raramente” ou “nunca” as políticas públicas são consideradas pelo Judiciário para a tomada de decisão” somaram 45,4% das respostas pesquisadas (CNJ, 2021).

No tocante às Secretarias Municipais de Saúde, somente seis cidades, de quatro unidades federativas, declaram que as decisões “sempre” analisam políticas públicas pré-existentes. Tornam-se plausíveis questionamentos acerca do real exercício da harmonia entre os poderes da República Federativa do Brasil, dado que os estudos propostos pelo CNJ evidenciam certa distância entre o Judiciário e a Administração.

Revela-se urgente a compatibilização das decisões judiciais com as políticas públicas propostas pelo Poder Executivo, haja vista que a judicialização da Saúde incrementa-se a cada ano. Como exemplo, somente em 2022, mais de 295 mil novas ações relacionadas à saúde foram ajuizadas no Brasil, segundo o Painel de Estatísticas Processuais de Direito à Saúde, realizado também pelo CNJ (2023), sendo insustentável sacrificar o planejamento orçamentário de milhares de unidades da Federação a fim de efetivar sentenças que sequer considerem o trabalho administrativo nesse âmbito.

De acordo com a pesquisa “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de soluções” (CNJ; INSPER, 2019), o aumento da judicialização chegou a 130% em 10 anos, enquanto o número total de processos judiciais cresceu 50%. Em 7 anos, ocorreu um crescimento de cerca de 13 vezes nos dispêndios com pleitos judiciais, alcançando R\$ 1,6 bilhão em 2016, o que acarretou impactos nos âmbitos públicos e privados.

Do exame do levantamento de dados supracitado, observa-se que entre os anos de 2009 e 2017, a quantidade anual de processos na primeira instância da Justiça atinentes à saúde no Brasil praticamente triplicou, de modo a aumentar em 198%. O

movimento divergiu bastante da inclinação nacional para o conjunto dos processos judiciais, que diminuiu no período, tendo declinado em 6%.

No mesmo período, as ações sobre saúde cresceram 85% na esfera dos tribunais de segunda instância, especializados em apelações. Assim, o alargamento da judicialização da saúde também no presente segmento do Judiciário indica um movimento generalizado no país. Ressalta-se que quase 70% dos acórdãos abarcam disputa por medicamentos, ao passo que órteses e próteses, também muito exigidas, aparecem em 63% das decisões.

Ademais, frisa-se que “plano de saúde”, “seguro” e “saúde” são as pautas mais debatidas tanto na primeira, quanto na segunda instância. “Plano de saúde” e “seguro” expõem a litigância da saúde privada (suplementar). Lado outro, as situações referentes ao setor público agrupam-se como “saúde” e representam 12% das ações na primeira instância e 14% na segunda. Além de temas gerais de acesso à saúde, os assuntos mais discutidos são medicamentos e tratamentos médico-hospitalares.

De tal breve panorama exposto acima, vislumbra-se que o impacto das decisões judiciais sobre a prestação de políticas públicas de saúde é muito importante, inclusive do ponto de vista dos atos de execução do orçamento público.

O fenômeno, pungente na realidade social e administrativa, certamente não passou despercebido pelo Conselho Nacional de Justiça que, com aspectos de deferência judicial à Administração (MELLO, 2006:47; BINENBOJM; DIONISIO, 2021:109-135) mas sem deixar ao largo a aplicabilidade dos direitos fundamentais (DWORKIN, 2006:104), nas escolhas (sempre) trágicas de alocação de recursos (AMARAL, 2001), intentou na última década instaurar procedimentos específicos para a judicialização da Saúde.

Ainda que o CNJ não possua competência para revisar decisões contrárias às suas Recomendações (ANJOS; OLIVEIRA, 2020), é vital considerar o direcionamento dado pelo órgão, afinal, a Constituição federal, emenda n°45, estabelece que o CNJ controla o exercício administrativo e financeiro do judiciário, bem como o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. A observância, por parte dos magistrados, das Recomendações oferecidas pelo órgão, assegurará, apesar de não sanar a problemática, maior eficiência das decisões judiciais e a expansão dos direitos fundamentais à sociedade como um todo.

Há cizânias na doutrina e jurisprudência que necessitam ser superadas, já que “para a compreensão das políticas públicas é essencial compreender-se o regime das finanças públicas” (LOPES, 1998:132).

Bem por isso, a atuação normativa do CNJ, eminentemente procedimental, não esgota a possibilidade de entraves e violações na aplicação de decisões judiciais sobre direitos a prestações fáticas. Seria necessário traçar novas regras de precedência, em que a princípio determinados direitos, como o direito à Saúde, tivesse, em certas situações, *prevalência sobre* interesses financeiros e fazendários (ALEXY, 2007:33) (CRISTÓVAM, 2005:131-139).

O dever de atuação do Poder Público no âmbito dos direitos fundamentais pode ser identificado como tendência do Estado de Direito pós-liberal, pela mudança da função de *garantir* para a de *promover* (BOBBIO, 2007:13; CHALHOUB; TORRES; ANJOS, 2022: 164-178). Nesse sentido é a *racionalização do poder*, ocorrida a partir do pós-Primeira Guerra (GUETZEVITCH, 1933).

O problema, porém, diz respeito à união ideal entre a Constituição e o Orçamento Público, à realidade constitucional e a realidade *extra* constitucional, no bojo da *atividade financeira* exercida pelo Estado, nos precisos moldes explicados por Aliomar Baleeiro (BALEEIRO, 2006:04).

No entanto e a princípio, no que se refere à escolha das “necessidades-alvo” do Estado em certo período, observa-se que apenas o Poder Executivo é incumbido formalmente de realizá-la, por sua natureza política (BORGES, 1998:13-14) (BALEEIRO, 2006:78).

Assim, de um lado a Constituição Federal prescreve obrigações de fazer ao Estado, como obrigações mínimas a cumprir, voltadas ao atendimento das necessidades públicas; de outro, o administrador deve proceder à realização de um planejamento orçamentário, a fim de satisfazer necessidades da população governada, especificamente (art. 165, C.F./88).

Em ambos os sentidos, pois, a decisão de escolha das necessidades está contida no âmbito político, mas em duas dimensões diferentes, embora complementares. Por um lado, o Poder Constituinte já procede a uma escolha geral, chegando a necessidades-alvo de todo ente federativo brasileiro, em qualquer período (ANJOS, 2009:269; CHALHOUB; TORRES; ANJOS, 2022).

Inclusive, há regras que os especificam, para não restar no plano da mera enunciação dos deveres estatais. Regras de cunho orçamentário são as provenientes dos artigos 198, §2º, e 212 da Constituição Federal de 1988, as quais preconizam, respectivamente, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde e para manutenção e desenvolvimento do ensino, exceções constitucionais à regra da não vinculatividade da receita (art. 167, IV, CF).

Além da escolha constitucional que, como se vê, não é meramente programática, concede-se competência ao *planejamento orçamentário 'específico'* ao Chefe do Poder Executivo, com a iniciativa e o veto, e ao órgão Legislativo, participando através da deliberação e aprovação de leis orçamentárias. Nesse diapasão, constitui-se a feitura da lei do orçamento um processo complexo, determinado constitucionalmente como democrático.

A necessidade de um planejamento das contas públicas é processo contínuo ao longo da história humana, fenômeno que acompanha a ampliação do seu possível objeto: a satisfação das necessidades públicas, determinadas nas Constituições como direitos e interesses coletivos, a serem cumpridos ou protegidos pelo Estado.

Como “os dados são vistos num contexto histórico que se refere à autocompreensão dos grupos sociais que, por sua vez, é determinada pela tradição,” (BLEICHER, 1980:353) o próprio conceito de necessidades públicas não é estanque, quer temporal, quer espacialmente. “Por isso, a lei orçamentária é reduto de uma peculiar vontade política do Estado: é por ela que o governo indica o que entende por necessidade primária e mais urgente e por necessidades subordinadas” (ANJOS, 2009:295).

De todo modo, uma das formas de se impingir uma interpretação voltada à proteção dos direitos humanos, com a intenção de se criar meios possíveis à realização da vontade constitucional (ou seja, na busca da efetividade dos direitos fundamentais) dá-se pelo reconhecimento constitucional de valores e opções políticas, os quais influenciaram as Assembleias Constituintes a elencarem por si mesmas as necessidades básicas as quais todo ente federativo deve perseguir.

Muitas disposições da Constituição Federal de 1988 estipulam desde *deveres do Estado* e prioridades políticas, até vinculações de receitas e limites objetivos à execução orçamentária (como os arts. 196, 212 e 34, VII, e). Em vista disso, é possível identificar as dotações orçamentárias que devem ser incluídas necessariamente nos

orçamentos. Há uma *força constitucional*, cuja consequência é impingir um dever como prioridade orçamentária em todas as esferas de poder (ANJOS, 2009:295).

No caso dos direitos prestacionais, no entanto, já que derivam de necessidades públicas por serem “sociais e econômicos” e estão na dimensão dos interesses da coletividade, o instrumento de efetividade deve ser diferente, por serem *positivos*. Não por acaso Robert Alexy os chama de *direitos a ações positivas fáticas e normativas* (ALEXY, 2008:201-203).

Nesse quadro, diante da expansão do princípio democrático (VIANNA, 1999), e do conseqüente alargamento da competência constitucional do Poder Judiciário (SA; BONFIM, 2015:176), além da demanda crescente pelo direito à Vida, à dignidade da pessoa humana e à Saúde, provém na teoria constitucional contemporânea um controle mais efetivo do que a mera *autocontenção judicial (self restraint)*: a judicialização das políticas públicas (*public policies’ judicial review*). Nesse sentido, a judicialização da política constitui fenômeno multifacetado com diversas causas, porém trata-se de alargamento de competência como produto de reivindicações histórica de direitos (tanto que a *redemocratização no Brasil* é frequentemente apontada como uma de suas causas) (BARROSO, 2009:3).

Adota-se, a princípio, a distinção entre judicialização da política e ativismo. A primeira é consequência da expansão de competência constitucional do Judiciário e previsão de direitos prestacionais (GROSTEIN, 2019:48), em que passa a produzir ou influenciar políticas públicas (TATE; VALLINDER, 1995). O segundo trata-se do exercício inconstitucional da jurisdição, em sede de judicialização da política ou não, em que o Poder Judiciário invade a competência dos demais Poderes, em abuso de função, substituindo a arena pública (VIEIRA, 2008:180), por motivos variados, mas não raro relacionado a um *multitasking* judicial, uma necessidade de decidir sobre todos os problemas sociais, mesmo que não haja parâmetros legais ou, mesmo, competência – em ambos os sentidos, sublinhe-se (ANJOS, 2023).

Partem os denominados ativistas, com boas doses de “idealização das instituições judiciais” (NIEBUHR, 2022) e de elastecimento (indevido) da teoria dos princípios, de argumentos sobre a eficácia absoluta dos direitos fundamentais e sobre a Constituição dirigente, ápice do ordenamento, como se houvesse possibilidade jurídica de um controle judicial que derogasse o orçamento *público* em prol de interesses

meramente *individuais*. Trata-se de um desequilíbrio que gera insegurança e injustiça (SILVA, 2009:168), pautado em uma postura *dionisíaca* do Judiciário (ANJOS, 2023), o qual deve ser superado.

Especificamente na área da Saúde, a judicialização ganha especial relevo no Brasil após as reformas sanitárias dos anos 70-80, culminantes no Sistema Único de Saúde, com o advento da Constituição Federal de 1988. No entanto, tal fenômeno gera substanciais impactos orçamentários e administrativos, deixando de ser intervenção pontual para, efetivamente, dirigir a execução de políticas públicas, a depender da atuação local. Logo, resta diante de seus próprios excessos, substituindo a arena pública de deliberação, o que se traduz em matriz de insegurança jurídica sob o argumento de efetivação de direitos a prestações fáticas (ALEXY, 2005:201-203).

Nesse sentido, como a judicialização da saúde é um fenômeno crescente no Brasil, em que os pacientes recorrem à Justiça para obter acesso a medicamentos, tratamentos ou procedimentos médicos e constitui um problema estrutural que demanda uma resposta judicial diferente da usual, conflituosa (DIDIER JR.; ZANETI; OLIVEIRA, 2020), urgiu a necessidade de regramentos institucionais para a atuação judicial, pois a judicialização não é objeto de legislação específica, tendo o ativismo, no seu papel predatório do espaço político, como um mal sempre iminente.

3 A ATUAÇÃO NORMATIVA DO CNJ SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ foi criado por meio da Emenda Constitucional n.º 45 de 2005, de modo a ser incluído no art. 92, I-A da Carta Magna de 1988. Trata-se de órgão administrativo do Poder Judiciário, realizando o controle disciplinar e correccional das atividades dos magistrados, bem como o planejamento estratégico e de gestão administrativa dos tribunais. Seu objetivo precípua está relacionado à observância da legalidade e eficiência do Poder Judiciário, com a expedição de atos regulamentares referentes à organização da sua administração e finanças.

Sob a ótica da análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3367-1/DF, movida pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, o CNJ teve a sua constitucionalidade confirmada pelo Supremo Tribunal Federal – STF. Ademais, destaca-

se o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 12, pelo qual foi fixado entendimento acerca da natureza primária dos atos normativos do CNJ, haja vista advir diretamente da CF/88, em observância ao artigo 103-B, §4º, I.

Acreditar que a atuação do CNJ está limitada ao âmbito interno do Poder Judiciário, notadamente nas áreas de controle financeiro e disciplinar, é um equívoco, ainda bastante difundido em razão da persistência de uma impressão inicial da doutrina acerca do papel desempenhado pelo órgão, especialmente considerando que sua criação estava situada no contexto da resposta oferecida pelo Congresso Nacional à crescente demanda social por maior transparência e fiscalização do Judiciário (DIDIER JR.; FERNANDEZ, 2023:34).

Com efeito, além de constitucional, o referido Conselho já teve competência normativa reconhecida, configurada na elaboração de atos de caráter normativo primário, que tem a mesma força de lei, na medida em que retira seu fundamento da própria Constituição.

Ademais, é importante mencionar que a atividade regulamentar do CNJ ocorre na esfera da sua competência administrativa, de modo que a função regulamentar é uma ferramenta pela qual o poder público objetiva concretizar a aplicabilidade dos diplomas legais, por intermédio da expedição de atos complementares e gerais. Nesse contexto, com a edição dos atos regulamentares, a administração pública exerce sua função normativa, uma vez que os atos expedidos são abstratos e impessoais, contudo, seu fundamento advém diretamente da lei que está a complementar.

O CNJ é peça com múltiplas funções nesta engrenagem; três delas se destacam: a) órgão regulador [...]; b) definidor, executor e articulador de políticas relacionadas ao sistema brasileiro de justiça multiportas; c) laboratório, observatório e divulgador de boas práticas judiciais brasileiras (DIDIER JR.; FERNANDEZ, 2023:34).

Nesse viés de laboratório e divulgador de boas práticas, o CNJ tem assumido função relevante na expedição de diretivas com o fito de reduzir a judicialização da saúde sendo que o STF vem aceitando a competência normativa do órgão tanto como regulamentações (detalhamento de procedimentos) quanto como criação de deveres, obrigações e procedimentos substancialmente novos, “desde que inseridos no âmbito de atuação traçado pelo art. 103-B, §4º, da CF/88” (DIDIER JR.; FERNANDEZ, 2023:43).

Assim, uma das competências do CNJ é a edição de Recomendações que, de forma diversa das Resoluções e Enunciados Administrativos, não são dotadas de eficácia

vinculante, embora sejam enquadradas como modalidade de ato normativo pelo Regimento Interno (Resolução n.º 67/2009) (DIDIER JR.; FERNANDEZ, 2023:46).

Nesse caso, as Recomendações do CNJ devem ser compreendidas como *soft law*, pois orientam condutas em razão da credibilidade da instituição emanadora (DIDIER JR.; FERNANDEZ, 2023:46). Outrossim, nos termos do artigo 102, do §5º do Regimento Interno, as Resoluções e Enunciados Administrativos possuirão eficácia vinculante depois da sua publicação no Diário de Justiça e na página virtual do CNJ (MARQUES, *et al.*, 2019).

Assim, no uso de suas atribuições constitucionais, o Conselho Nacional de Justiça expediu diversos atos normativos, desde 2010, com o objetivo de promover o diálogo entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, buscando a solução consensual e a implementação de políticas públicas eficazes para garantir o direito à saúde (ANJOS; CRUZ, 2020).

São Recomendações e Resoluções do Conselho e também Enunciados (das Jornadas de Saúde organizadas pelo CNJ), a formarem um conjunto de atos normativos a informarem, recomendarem e estimularem determinadas condutas do Judiciário no enfrentamento dessa complexa questão discutida nas demandas de Saúde.

Cada um desses conjuntos de instrumentos será analisado, a fim de se compreender seus princípios sistêmicos e eventuais insuficiências.

3.1 Recomendações do CNJ (n.º 31/2010 e n.º 100/2021)

As Recomendações, como exemplos de *soft law*, podem ser utilizadas pelo CNJ para o aperfeiçoamento das políticas em matéria de administração da justiça e de tratamento adequado de problema jurídicos (DIDIER JR.; FERNANDEZ, 2023:51).

Nesse diapasão, dentre as Recomendações a fim de tratar adequadamente a judicialização da saúde, há a de n.º 31/2010, que de modo bem incipiente traça alguns regramentos e projeta convênios para apoio técnico de magistrados; e a Recomendação CNJ n.º 100/2021, a qual aconselha o uso de métodos consensuais de solução de conflitos.

A Recomendação n.º 31/2010 foi editada com a finalidade de nortear a atuação dos juízes diante das ações judiciais cujo objeto é a assistência à saúde. Antes da sua edição, pairava um despreparo institucionalizado no âmbito do Poder Judiciário em relação às demandas de saúde, além da ausência de assistência específica sobre a temática, de modo que os magistrados, por vezes, decidiam com base em convencimento pessoal, sem observar uma padronização dos limites e critérios das decisões (ANJOS; XAVIER, 2018; NASCIMENTO; ANJOS, 2023).

Preliminarmente à realidade pandêmica estabelecida pela Covid-19, o CNJ já destinava atenção especial às matérias referentes à saúde pública e suplementar, essencialmente pelo número considerável de processos em tramitação no judiciário alusivos à temática.

Constam na Recomendação n.º 31/2010 relevantes indicações do CNJ destinadas aos Tribunais, principalmente no tocante à formação de juízes competentes em direito sanitário e saúde e ao emprego de apoio técnico necessário para que os magistrados decidam de maneira eficiente.

Nessa perspectiva, o instrumento em comento compilou medidas para subsidiar os julgadores em decisões mais eficientes na solução das demandas sobre assistência à saúde, fomentando a ampliação das fontes de informações através da disponibilização de aparato técnico para a apreciação dos pedidos e da observação da conjuntura comunitária atinente à prestação do direito à saúde.

Da análise da Recomendação n.º 31/2010, é possível notar que ela se destina à coleta de informações técnicas como maneira de amparar e qualificar a decisão do juiz, conferindo-lhe novos elementos, externos aos conceitos jurídicos e capazes de lhe auxiliar na formação de um juízo de valor.

Portanto, depreende-se que a referida Recomendação busca uma legitimidade técnica com mecanismos capazes de aumentar a capacidade do juiz para a realização de seus julgamentos, de forma que não haja a desarticulação da lógica e da operacionalidade do sistema de saúde ao se conceder um medicamento sem a segurança e eficácia asseguradas pela Anvisa, sem as observações técnicas dos relatórios médicos ou sem antes consultar os órgãos administrativos competentes, por exemplo.

Tal já foi observado em pesquisas empíricas. Na aplicação da Recomendação n.º 31/2010, houve diminuição na concessão de liminares *inaudita altera pars*, mudança

diretamente relacionada com a recomendação de postergar a apreciação da medida de urgência para após a oitiva da parte requerida (NASCIMENTO; ANJOS, 2023).

Faz-se mister salientar que o CNJ propõe uma comunicação harmônica entre o Poder Executivo e Judiciário, dando ênfase ao diálogo prévio entre juízes e gestores acerca de decisões que versam sobre medidas urgentes. A Recomendação também trata da importância de compreender de maneira prática a realidade do Sistema Único de Saúde e suas demandas.

Promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – UNACON ou Centro de Alta Complexidade em Oncologia – CACON (CNJ, 2010).

Nessa Recomendação, o CNJ trata acerca da capacitação do corpo judiciário para atender às demandas impostas relacionadas à saúde pública. Ainda que de extrema importância, o objetivo de eficiência da atuação jurisdicional não será amplamente consagrado caso a máquina judiciária se apresente sobrecarregada, encontrando-se impossibilitada de proferir decisão quando provocada.

Outrossim, é relevante trazer à baila a Recomendação CNJ n.º 100/2021, que estimula a utilização de métodos consensuais de solução de conflitos em demandas que versem sobre o direito à saúde, de modo a reduzir o tempo de duração dos litígios ao passo que desafoga o Judiciário e torna o processo mais célere.

O Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 3º, inova ao acrescentar às suas normas fundamentais os métodos extrajudiciais de solução de litígios, não somente como uma possibilidade, trata-se de uma prioridade para a resolução de conflitos. Em consonância com esse princípio processual civil, CNJ propõe, na Recomendação n.º 100/2021, que os magistrados recorram às soluções consensuais de conflitos para melhor performance dos processos referentes ao direito à saúde, propondo, inclusive, a capacitação específica de mediadores e conciliadores nessa matéria.

A conciliação e a mediação são vistas como efetivos caminhos para suavizar a sobrecarga do judiciário brasileiro, haja vista que, apesar da produtividade significativa por parte dos magistrados, a jurisdição não consegue entregar resultados satisfatórios no que diz respeito à tempestividade e onerosidade, como expõe Fabiana Oliveira e Luciana Cunha (OLIVEIRA; CUNHA, 2020).

Dessarte, a aludida Recomendação orientou que nos processos de saúde os magistrados devem priorizar, sempre que possível, a solução consensual da controvérsia, por intermédio do uso da negociação, da conciliação ou da mediação, que poderão ser realizadas pelas vias presencial ou virtual, e, nesse último caso, serão admitidas as formas simultânea ou assíncrona. Ademais, tal instrumento normativo propôs a implementação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos – CEJUSC, porém voltados a área da saúde, somente.

Pode-se concluir, pois, que a Recomendação n.º 100/2021 é extremamente importante para a área do direito à saúde, no tocante a falta de políticas públicas, que acarreta o aumento da judicialização. Assim, a via de resolução de conflitos através de negociação, mediação e conciliação pode garantir maior efetividade do Judiciário.

Vale ressaltar que se pode incluir a Recomendação n.º 36/2011, que tem a utilidade de, inspirada na Recomendação n.º 31/2010, recomendar o Ofício à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e a inclusão de representantes das operadoras de planos de saúde nos Comitês Estaduais de Saúde. Com isso, o CNJ demonstra uma abordagem de planejamento democrático na coordenação de estratégias judiciais eficácia do Direito à Saúde.

3.2 Resoluções do CNJ

De outro lado, há diversas Resoluções CNJ (Res-CNJ), com caráter normativo e vinculatividade. Note-se a Resolução n.º 107/2010, que cria e dimensiona o Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (Fonajus), com atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos em matéria de saúde. Para mais, o Fórum da Saúde foi instituído para monitorar e solucionar as demandas de assistência à saúde, coordenado por um Comitê Executivo Nacional e constituído por Comitês Estaduais. Como parte das ações do Fórum, o CNJ realizou em 2014, 2015 e 2019 a I, II e III Jornada Nacional da Saúde (ou Jornadas de Direito à Saúde), respectivamente, para debater os problemas da judicialização da saúde e apresentar e aprovar enunciados sobre o direito à saúde.

Por outro lado, a Resolução (Res-CNJ) n.º 238/16 dispõe sobre a especialização de Vara em matéria de saúde pública nas Comarcas com mais de uma Vara de Fazenda Pública (art. 3º - que retoma a Recomendação CNJ n.º 43/2013), bem como a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais, de Comitês Estaduais da Saúde, que integram o Fórum Nacional da Saúde instituído pela Res-CNJ n.º 107/2010. Nessa senda, é válido mencionar que os Comitês Estaduais de Saúde são órgãos colegiados e multidisciplinares, responsáveis pela operacionalização das matérias de competência do Fórum Nacional da Saúde e pelo acompanhamento do cumprimento de suas deliberações, no âmbito de cada unidade da Federação, sendo compostos por médicos e profissionais de saúde de universidades.

Além disso, as Resoluções CNJ n.º 238/2016 e n.º 388/2021 propõem a criação do Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NATJus), o qual tem se destacado como uma ferramenta para auxiliar os juízes na tomada de decisões de expertise em casos de judicialização da saúde.

O E-NatJus vem sendo muito útil para assessoramento técnico. Uma das demandas mais frequentes na Judicialização, a obrigação de fornecer injeções intravítreas de antiogênico, já possui pareceres técnicos aprofundados (NASCIMENTO; ANJOS, 2023), fundamentais para a tomada de decisão – como ex., a preferência pelo medicamento *Lucentis* (Ranibizumabe), em prejuízo de outros, como o *Avastin*. (v. Decisão de Id 182540749, j. em 21/02/2022, no Processo n.º. 8000646-39.2022.8.05.0113, em trâmite na Segunda Vara da Fazenda Pública de Itabuna-BA).

Pelas Resoluções, cada Tribunal deve criar um Núcleo para assessoramento dos magistrados em questões de políticas de Saúde, acerca dos tipos de medicamentos, tratamentos, e políticas de Saúde (CNJ, 21).⁵ Outrossim, dentre as principais medidas da Resolução n.º 388/2021 está a orientação aos tribunais para disponibilizar espaço eletrônico que dê acesso a magistrados e demais operadores do direito ao banco de dados NatJus Nacional, criado e mantido pelo CNJ como um repositório de pareceres, notas técnicas e julgados na área da saúde.

Lado outro, o e-NatJus é bem recente, e está previsto na Res-CNJ n.º 479/22, a qual estabelece diretrizes para o aperfeiçoamento do Núcleo de Apoio Técnico do Poder

⁵ A Res-CNJ n.º 388/21 opera uma reestruturação dos Comitês e do NATJus, ao revogar vários dispositivos da Res-CNJ n.º 238/16.

Judiciário (NAT-Jus) nos Tribunais de Justiça estaduais e federais, ao se constituir uma plataforma digital desenvolvida pelo próprio CNJ a fim de auxiliar os juízes na análise de processos que envolvem a judicialização da saúde.

Em resumo, o supracitado ato normativo dispõe: qualquer integrante da magistratura pode ser usuário do sistema; não há identificação dos documentos emitidos pelo NatJus; todas as solicitações devem ser promovidas pelo sistema; o pedido deverá conter as referências do destinatário da tecnologia em saúde e os documentos que corroborem o quadro clínico do paciente e da tecnologia vindicada, além de dados acerca do processo judicial e informações sobre a respectiva política pública judicializada, quando possível; o NatJus deve fazer apenas análise da questão de saúde, com a indicação das evidências e do custo do tratamento.

Além disso, dispõe que nas ações coletivas poderão ser feitas avaliações econômicas e de impacto orçamentário; e o pedido de uniformização de entendimentos sobre saúde poderá ser encaminhado ao Comitê Nacional de FONAJUS, que encaminhará a questão à Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC ou a algum Núcleo de Avaliação de Tecnologia em Saúde – NATS.

A plataforma permite que os juízes acessem informações técnicas sobre os medicamentos, procedimentos e tratamentos que são objeto dos processos, com base em evidências científicas e em protocolos clínicos e terapêuticos. Seu funcionamento é relativamente simples: os magistrados têm acesso à plataforma por meio de um cadastro prévio e podem inserir informações sobre o processo em análise, como dados dos pacientes, prescrições médicas e relatórios clínicos.

A partir dessas informações, a plataforma apresenta as opções de tratamento e as evidências científicas disponíveis para cada uma delas, além de informações sobre os custos envolvidos. Com isso, os juízes podem tomar decisões mais informadas e embasadas tecnicamente sobre as demandas de saúde que chegam ao Judiciário.

De modo resumido, pois, são essas as principais disposições das Resoluções do CNJ sobre direito à saúde, as quais qualificam o trabalho judicante em todo o Brasil, sendo necessário analisar os Enunciados do CNJ sobre a matéria.

3.3 Enunciados das Jornadas de Saúde do CNJ

Decorrente da atividade normativa prevista nas Resoluções e Recomendações expostas nos itens anteriores, há também Enunciados do CNJ sobre judicialização da Saúde, como produtos das *Jornadas de Direito da Saúde* (CNJ, 2019).

Em 2014, o órgão publicou seis enunciados (de n.º 12, 15, 17, 18, 30 e 31) e, em 2015, mais dois (n.º 48 e 51). De modo geral, os enunciados traduzem uma visão medicalizante da vida e do mundo (o que será aprofundado mais à frente), seja por negar a autoridade de *experts* a outros profissionais da saúde à exceção de médicos e farmacêuticos (geralmente³), seja por submeter várias decisões técnicas a pareceres e entendimentos apenas de médicos, e não equipes multidisciplinares (MARQUES, *et al.*, 2019). A visão medicalizante está sempre presente de modo implícito, pois

Nesses documentos, subentende-se que a saúde significa acesso a medicamentos, e, assim sendo, a prescrição medicamentosa é um item decisivo para o julgamento. Não são encontrados enunciados, recomendações ou resoluções que trabalhem com outra noção de saúde ou que insinuem a necessidade de outra visão para a compreensão do processo saúde-doença. (MARQUES, *et al.*, 2019).

Tal se pode observar pelo enunciado n.º 12, o qual afirma que a “inefetividade do tratamento oferecido pelo SUS, no caso concreto, deve ser demonstrada por relatório médico”. Os enunciados n.º 17, 18 e 31/2014 salientam os Núcleos de Assessoramento Técnico (NAT), Núcleos de Apoio Técnico em Saúde (NATS) ou Câmaras Técnicas, como instâncias de *expertise* – nas Recomendações 31 e 36, apenas médicos e farmacêuticos compõem o “apoio técnico” dos magistrados (ANJOS; XAVIER, 2018).

Nos enunciados n. 15 e 30, fica evidente a concepção de saúde reduzida à prescrição médica, fortemente medicalizada (ZORZANELLI, *et al.*, 2014; MARQUES, *et al.*, 2019).

Sobre submeter várias decisões técnicas a pareceres e entendimentos apenas de médicos, e não equipes multidisciplinares (MARQUES, *et al.*, 2019) tem-se os Enunciados n. 48/2015, que submete as altas de internação hospitalar de paciente ao critério técnico profissional apenas do médico; o de n.º 51/2015, que grifa a necessidade de “requerimento médico circunstanciado” para caracterização de situação de urgência/emergência.

Os Enunciados da III Jornada, por outro lado, revelam uma preocupação em considerar a atividade administrativa na Saúde, embora de modo tímido. O Enunciado n.º 69 recomenda uma “consulta prévia ao ente público demandado” sobre lista de espera ou inserção do demandante nos sistemas de regulação; o de n.º 84 recomenda que, ao fixar prazo, deve-se atentar para as dificuldades inerentes à aquisição de bens e tratamentos pelo Poder Público.

O de n.º 76 recomenda que a fundamentação de decisões sobre fornecimento de medicamentos e tratamentos deverá considerar “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas (arts. 20 a 22 da LINDB), não podendo fundar-se apenas em valores jurídicos abstratos.”

Os Enunciados n.º 77 e 87, inclusive, preveem que o magistrado deve buscar cooperação interinstitucional federal e sempre quando possível, individualizar os atos de responsabilidade de cada ente. O Enunciado de n.º 81 traz uma contribuição ao planejamento na efetividade do direito à saúde, pelo que, evidenciada “ineficiência específica de atendimento”, a Justiça deverá comunicar gestor e conselhos de saúde, bem como Defensoria Pública e Ministério Público, além dos Comitês de Saúde.

Complementarmente, necessário vincar que o Enunciado n.º 75, I, repisa a abordagem do laudo médico especializado e, em cenário favorável à proteção de dados sensíveis, consagrada na Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei n.º 13.709/18), inovou-se no enunciado n.º 71/2019 ao vetar a utilização de dados pessoais de saúde de pacientes para a limitação de cobertura ou acesso à saúde por planos públicos e privados, com objetivo de efetivação do respeito ao direito à privacidade e liberdade.

O CNJ produziu enunciados necessários para a garantia de direitos e reafirmou a vitalidade do diálogo entre os poderes para a eficiência das decisões judiciais, haja vista os enunciados n.º 84 e 89/2019. Todavia, apesar das assertivas abordagens fomentadas pelo órgão, vislumbra-se a ausência de limites para atuação do judiciário (que por vezes executa performances ativistas) como nas demais Jornadas.

Por outro lado, os Enunciados n.º 74 e 94 rompem com essa tendência, ao impor bloqueio em conta do ente público (figurando as astreintes como *ultima ratio*) e a possibilidade de se determinar depósito judicial de valores que permitam à parte Demandante a compra individual de medicamentos, sob pena de sequestro de verbas.

Provavelmente, o enunciado n.º 90/2019, por sua vez, seja o início de delimitação do que deva ser ou não medicalizado, apesar de enunciados que corroboram com a “relação capitalista da medicina.” (MARQUES, 2019). Essa visão medicalizante, bem como a carência de limitação da competência jurisdicional, compromete o exercício de uma judicialização substancialista (ANJOS; CRUZ, 2020), caminhando em estradas protagonizadas pelo ativismo, distanciando a população do acesso efetivo às políticas de saúde e demais direitos fundamentais.

Diante da exposição dos principais instrumentos do Conselho sobre o enfrentamento judicial nas demandas de Saúde, mister se faz alinhar alguns apontamentos críticos à abordagem que tem sido feito pelo CNJ nos últimos doze anos.

4 ANÁLISE CRÍTICA DA ATIVIDADE NORMATIVA DO CNJ

4.1 Visão fortemente medicalizante

Pelo exposto, percebe-se que o CNJ vem, desde 2010, atuando na normatização de procedimentos e de fornecimento de apoio técnico para a Magistratura, a fim de acelerar a resolução das demandas, produzir decisões mais técnicas e cientificamente embasadas e fortalecendo iniciativas consensuais e uma visão médica e farmacêutica nas demandas judiciais de saúde. No entanto, tal atividade não está infensa a críticas, apesar da sua nítida intenção apaziguadora e científica. Por um lado, há um caráter fortemente “medicalizante”.

Necessário esclarecer o termo antes de refletir sobre a atuação do CNJ. A medicalização das relações pode ser conceituada como uma “consequência dos processos de transformação social da medicina moderna” (FOUCALT, 1998:79), no sentido de situar os padrões anormais. Mas o termo ganhou amplitude com o passar do tempo: medicalização pode ser um “quadro médico”, mas também a tendência de tratar todo problema a partir da abordagem da intervenção médica (CONRAD, 2007:05)

Nessa última acepção, que interessa à pesquisa, engloba-se a tendência de se transformar problemas inicialmente “*não-médicos*”, em querelas *médicas* (CAMARGO JR., 2013, p. 844). E nesse ponto chega-se à relação com o ativismo judicial em demandas

de saúde: ações fora do campo médico (ZORZANELLI, *et al.*, 2014) que resultam na “expansão das entidades médicas e na generalização da medicalização com desdobramentos sociais nem sempre positivos do ponto de vista da saúde da população.” (MARQUES, *et al.*, 2019).

Um desses desdobramentos, a “extensão dos limites da autoridade médica” (ZORZANELLI, *et al.*, 2014), é capaz de gerar reações imprevisíveis, especialmente “ligadas às possibilidades de intervenção a serviço de interesses econômicos descompromissados com os propósitos éticos associados à lógica da saúde” (CAMARGO JR., 2013:845), como reserva de mercado de medicamentos e tratamentos, esquemas de corrupção nas compras públicas, ou criação e ampliação de demandas por produtos e consequente aumento de mercado consumidor.

O uso do termo medicalização, então, pode oferecer diferentes interpretações. Porém, uma das armadilhas do seu uso está associada ao poder médico na produção da doença, que pode “patologizar” qualquer demanda dos serviços de saúde, tais como: prescrição de medicamentos para casos que não tratam necessariamente de doenças (por exemplo, os contraceptivos); uso de tecnologias médicas; e introdução de novos fármacos para a psicofarmacologia (para tratamento de comportamentos como timidez) (MARQUES, *et al.*, 2019).

A medicalização pode abranger, até a transformação do paciente em consumidor ativo que busca legitimar, pela figura do médico (e na judicialização, do juiz), os sintomas que experiencia e sobre os quais, frequentemente, já está informado, por ocasião da consulta (na judicialização, da ação) (ZORZANELLI, *et al.*, 2014). No Brasil, ainda entra em cena a disparidade da abordagem medicalizante em relação às classes sociais e regiões.

[...] por exemplo, as diferenças entre o sistema público e privado de atenção à saúde se desdobram em um cenário híbrido, em que se misturam processos diversos, como o uso de medicamentos para aperfeiçoamento cognitivo entre as classes mais favorecidas economicamente e a desassistência à saúde das populações pobres. Temos, assim, um complexo panorama, no qual se encontram populações altamente desassistidas e outras beneficiárias das ofertas biomédicas de prevenção e cuidado (ZORZANELLI, *et al.*, 2014).

Essas considerações levam a muitas reflexões no campo da judicialização da Saúde. A medicalização é um fenômeno existente, que consiste na ampliação da abordagem médica (e medicalizante) para solução de problemas *médicos* e (ao menos inicialmente) *não-médicos*. E tal fenômeno pode estar relacionado com a própria

judicialização da Saúde, o que levaria a um risco considerável de a) ampliação das desigualdades de acesso à saúde; b) utilização dos processos judiciais com objetivos privados.

De qualquer forma, pode-se dizer que a atuação normativa do CNJ em certa medida privilegia os saberes médicos e farmacêuticos (abordagem medicalizante), quando deveria abrir portas para uma abordagem multiprofissional desenvolvida por psicólogos, assistentes sociais e fisioterapeutas.

A reprodução de uma visão medicalizada da saúde também pode ocorrer pela sobrevalorização do saber médico e farmacêutico no processo decisório judicial. A pouca participação de outros profissionais da saúde no cotidiano da decisão pode ajudar a reproduzir a ideia de saúde como ausência de doença, e não como um complexo biopsicossocial (MARQUES, *et al.*, 2019).

Ainda, tal reprodução de uma visão médico-farmacêutica pode contribuir para uma visão restrita dos problemas por parte de magistrados. A abordagem multidisciplinar contribui efetivamente para afirmação de procedimentos mais corretos e, quiçá, até menos custosos ao Estado que (ao menos) deveriam ser levados em conta.

4.2 Ausência de limites à atuação do Poder Judiciário

Por outro lado, além da crítica à forte visão medicalizante, a análise das medidas delineadas nas Recomendações, Resoluções e Enunciados do CNJ acima descritas, há legítimas preocupações sobre o impacto orçamentário da Judicialização, sobre a legitimidade decorrente do Poder Judiciário (ao utilizar-se da argumentação constitucional para efetivar possíveis excessos ativistas) e sobre a própria eficácia da atividade normativa do CNJ sobre demandas de saúde.

No primeiro e no segundo caso, a atuação do CNJ não as discute de nenhuma forma. A legitimidade do Judiciário para decidir tais demandas e o risco de excessos ativistas não é sequer considerado pelo órgão.

É procedente a preocupação de que os poderes constituídos poderão sempre ultrapassar o delineamento constitucional. Este quadro de possibilidade tem se mostrado muito mais corriqueiro do que se imaginava após as demandas rápidas de tomada de decisão impostas pela globalização econômica. Por outro lado, forçosa será a dúvida quanto a quem compete mensurar esta

ultrapassagem, tornando-a, se for o caso, inválida, como fazem as cortes constitucionais (BARBOSA; LIMA, 2018:116).

Um aspecto perigoso do solipsismo judicial é, sem dúvida e justamente, o ativismo, no sentido de atividade inconstitucional violadora do princípio da separação dos poderes (VIEIRA, 2008; SÁ, 2015; GROSTEIN, 2019; ANJOS, 2023). Infelizmente existem juízes “que se declararam imperadores de suas unidades jurisdicionais, nas quais o Direito se confunde com suas preferências pessoais, como se pudessem eles, democraticamente, criar seu autodireito, sem referenciais externos e normativos” (ROSA, 2018:28).

Sustentar limites ao fazer do Judiciário “não é apenas desejável, é condição de possibilidade para a uma “normalidade” institucional.” Isso porque “a defesa do Estado Democrático de Direito (*rule of law*), portanto, é um dever que se arca por princípio, não havendo margem para concessões ou elasticidade” (SILVA; NEVES; LORENZONI, 2020).

Especificamente na área da Saúde, o ativismo judicial pode causar distanciamento da decisão e do labor administrativo excedente na área, que muitas vezes não é sequer considerado nas decisões.

Já o impacto financeiro e orçamentário constitui pano de fundo para a própria atuação do Conselho, que manifesta preocupações com o crescimento das ações judiciais em matéria sanitária. No entanto, não se encontra em seus atos normativos reais limitações às atividades judiciais nesse sentido, ou determinações concernentes ao resguardo das decisões administrativas (porque democráticas) em matéria de saúde, mesmo quando incidente um direito individual à saúde não plenamente satisfeito.

Ou seja, há um *déficit* em relação ao objetivo fundamental do processo, que deve ser utilizado como instrumento para a realização dos direitos fundamentais, e não apenas como um meio para resolver conflitos entre as partes.

Para isso, e como a judicialização do direito à Saúde envolve múltiplos interesses sociais, todos dignos de tutela (litígio complexo), é necessário adotar uma abordagem mais ampla e estrutural, que leve em conta o contexto social, político e econômico em que o caso está inserido, e que permita ao juiz encontrar soluções mais adequadas e justas para cada situação (JOBIM, 2013: 44), não necessariamente de forma unilaterais e medicalizantes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A judicialização da Saúde tem se intensificado a cada ano, trazendo desafios para a gestão orçamentária de muitas unidades da Federação, que precisam cumprir sentenças judiciais sem considerar o trabalho administrativo necessário. O Poder Judiciário tem apoiado o controle jurisdicional dos atos de execução do orçamento, buscando equilibrar a questão. O Conselho Nacional de Justiça tem sido sensível à questão, buscando encontrar um equilíbrio entre a deferência judicial à Administração e a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas escolhas trágicas de alocação de recursos.

O CNJ, ao longo da última década, tem expedido diversos atos normativos para promover o diálogo entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, em busca de soluções consensuais para implementar políticas públicas eficazes e garantir o direito à saúde. Apesar de o CNJ não ter competência para revisar decisões contrárias às suas Recomendações, é importante considerar o direcionamento dado pelo órgão.

É importante fazer a distinção entre judicialização da política e ativismo judicial. A primeira é uma consequência da expansão de competência constitucional do Judiciário e previsão de direitos prestacionais, enquanto a segunda trata-se do exercício inconstitucional da jurisdição, em que o Poder Judiciário invade a competência dos demais poderes, em abuso de função, substituindo a arena pública.

O CNJ vem atuando na normatização de procedimentos e fornecimento de apoio técnico para a magistratura, buscando acelerar a resolução das demandas, produzir decisões mais técnicas e cientificamente embasadas, fortalecendo iniciativas consensuais e uma visão médica e farmacêutica nas demandas judiciais de saúde. No entanto, essa atividade não está livre de críticas, sendo a abordagem "medicalizante" um dos pontos mais controversos.

Apesar dos desafios, pode-se afirmar que a atuação normativa do CNJ tem como objetivo aprimorar o sistema de saúde e garantir que os direitos fundamentais sejam respeitados, mesmo em situações difíceis de alocação de recursos. Por isso, é fundamental que todos os atores envolvidos no processo de judicialização da saúde atuem de maneira

cooperativa e transparente, a fim de minimizar conflitos e maximizar a efetividade das políticas públicas.

Por todo o exposto, o que se observa, na verdade, são desafios profundos na relação entre Estado, sociedade e instituições jurídicas no processo de efetivação do direito à saúde (MARQUES, et al., 2019).

O processo estrutural (*structural injunction*), assim, pode ser uma alternativa, inclusive alinhando-se aos anseios do CNJ de solução consensual nos conflitos de saúde (Rec-CNJ n.º 100/2021), em perspectiva fundada na transparência, construção de espaços abertos e democráticos de formação da decisão administrativa (CRISTÓVAM, 2014:25), vez que pode promover a ampliação da participação dos demais atores institucionais das políticas públicas de saúde (Rec-CNJ n.º 31/2010), melhor respeitando o princípio democrático ínsito nas escolhas orçamentárias.

Apesar das tentativas de se qualificar procedimentos e de iniciar diálogo entre Poderes diversos, entende-se que a atuação normativa do CNJ deve ser revista e repensada. Ao menos, deve-se atentar à necessidade de se engendrar um controle efetivo aos direitos prestacionais (TASSINARI, 2013:37) mas *com extrema deferência*, verdadeira abertura cognitiva às razões da Administração (VALLE, et al., 2018:541), que possa considerar de forma mais abrangente, impessoal e interdisciplinar as complexas questões envolvidas na Judicialização da Saúde.

O diálogo interinstitucional deve ser mais largamente recomendado pelo CNJ, de modo a considerar também as possibilidades de planejamento orçamentário em programas e ações em Saúde, contextualizando as demandas locais e o poder de absorção e universalização das medidas, a fim de se efetivar não apenas o direito à Saúde, mas os princípios da igualdade, legalidade e deferência administrativa, fortalecendo-se a democracia e a cidadania.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução de Zilda Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Coleção Teoria e Direito Público. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ANJOS, Pedro Germano dos. A filosofia hermenêutica de Hans-Georg Gadamer e as escolhas orçamentárias de políticas públicas. *Revista Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*. v. 6, n. 2. Brasília-DF: Uniceub, 2009. Acesso em 22 mai 2023.
- ANJOS, Pedro Germano dos; OLIVEIRA, Gabrielle Cruz. O Conselho Nacional de Justiça e o problema da judicialização das políticas públicas de saúde: reflexos na atuação judiciária em 2019-2020. *Revista Eletrônica CNJ*, Brasília, v. 4, n. 1, p. 272, jan/jul 2020. Acesso em 18 mai 2023.
- ANJOS, Pedro G.; XAVIER, Joyce K. B. Controle Judicial Orçamentário e a Recomendação CNJ Nº. 31/2010: reflexos teóricos. *Revista da Faculdade de Ilhéus*, vol. 01. Pp. 73-92, 2018. Disponível em <http://siga.faculdadedeilheus.com.br/>. Acesso em 18 mai 2023.
- ANJOS, Pedro Germano dos. O Direito na Sociedade do cansaço: entre o “ativismo narcísico” e o “Yes, we can judicante”. *Revista Diké (UESC)*, v. 22, n 22, Edição Especial, p. 219-243, 2023. Disponível em <https://doi.org/10.36113/dike.22.2023.3713>. Acesso em 30 abr 2023.
- APPLEBAUM, Anne. *O Crepúsculo da Democracia*. Tradução de Alessandra Bonruquer. Rio de Janeiro: Record, 2021.
- ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Nova Cultural, 2001.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. 16ª ed. revista e atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo. *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 109-128, jan./abr. 2018.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. *Revista Diálogo Jurídico*. Nº. 15 (2007) Salvador. Disponível em www.direitopublico.com.br. Acesso em 09/08/2022.
- BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de direito do Estado de Salvador*, n. 13, jan./mar. 2009.

BINENBOJM, G.; DIONISIO, P. H. Os três passos do controle do erro administrativo: as diferentes etapas e objetivos na construção de parâmetros de controle. *Revista de Direito Administrativo*, 280 (2), 2021, p. 109–135.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. A gestão pública do direito à saúde e a possibilidade de anulação de atos orçamentários: possibilidades a partir de uma observação da teoria sistêmica. In: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; NIEBUHR, Pedro de Menezes; SOUSA, Thanderson P. *Direito Administrativo em perspectiva: diálogos interdisciplinares*. Florianópolis: Habitus, 2020.

BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Tradução de Maria Georgina Segurado. Rio de Janeiro: Edições 70, 1980.

BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri – SP: Manole, 2007.

BORGES, José Souto Maior. *Introdução ao Direito Financeiro*. Max Limonad: São Paulo, 1998.

CAMARGO JUNIOR, K. R. Medicalização, farmacologização e imperialismo sanitário. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 29, n. 5, p.844-6, 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2013000500002. Acesso em: 12 abr. 2022.

CHALHOUB, Joseph M.; TORRES, Beatriz M.; ANJOS, Pedro G. Políticas Públicas de Enfrentamento à Pandemia da Covid-19: o saneamento básico como direito fundamental. In: OLIVEIRA, Antonella C. (Org.). *Função política e social do direito e teorias da constituição*. v. 3. 3 ed. Ponta Grossa/PR: Atena, 2022.

CONRAD, P. *The medicalization of society: on the transformation of human conditions into treatable disorders*. The Johns Hopkins University Press: Baltimore, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade*. Brasília: CNJ, 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Enunciados da I, II e III Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>. Acesso em 18 mar 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Estatísticas Processuais de Direito à Saúde 2023*. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,cursel>. Acesso em: 19 mar 2023.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2015.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais: uma abordagem a partir da teoria de Robert Alexy*. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2005.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *O conceito de interesse público no estado constitucional de direito: o novo regime jurídico administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2014.

DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2023.

DIDIER JR., Fredie; FERNANDEZ, Leandro. Recomendações do Conselho Nacional de Justiça: um ensaio sobre as virtudes do *soft law* em matéria processual. In: FUGA, Bruno A. S.; PEIXOTO, Ravi. *Comentários à Recomendação n.º 134 do CNJ*. Londrina-PR: Thoth, 2023.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. n° 75, jan./mar. 2020.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 10ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FOUCAULT, M. *Microfísica do Poder*. 13. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1998.

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

GROSTEIN, Julio. *Ativismo judicial: análise comparativa do Direito Constitucional brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Almedina, 2019.

GUETZÉVITCH, Boris Mirkine. *As Novas Tendências do Direito Constitucional*. São Paulo: Nacional, 1933.

HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur. (Org.) *Introdução à Filosofia do Direito e à teoria do direito contemporâneas*. 2ª Ed. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The costs of right: why liberty depends on taxes*. New York: Norton and Company, 1999.

HORN, Norbert. *Introdução à Ciência do Direito e à Filosofia Jurídica*. Tradução de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HORVATH, Estevão. *Princípio do não-confisco no Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2002.

- JHERING, Rudolf von. *A luta pelo Direito*. São Paulo: JG, 2002.
- JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- JORDÃO, Eduardo; CABRAL JR. Renato Toledo. A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJRJ à AGENERSA. *Revista Estudos Institucionais*, v. 4, n. 2, p. 537-571. Rio de Janeiro: UFRJ, 2018.
- KOLM, Serge-Christophe. *Teorias Modernas da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. 2ª ed. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais. In: FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MARQUES, A., ROCHA, C., ASENSI, F., & MONNERAT, D. M. (2019). Judicialização da saúde e medicalização: uma análise das orientações do Conselho Nacional de Justiça. *Estudos Avançados*, 33, n. 95, 217–234. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s0103-4014.2019.3395.0014>.
- MEDEIROS, Isaac Kofi. *Ativismo judicial e princípio da deferência à Administração Pública*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2020.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed. 7ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. 7ª Ed. Tradução de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2000.
- NASCIMENTO, Bianca Araújo. ANJOS, Pedro Germano dos. A intervenção do Poder Judiciário na Política de Assistência Farmacêutica do Município de Ilhéus-Bahia. In: SOUZA, Isaac Maynard C. M.; ANJOS, Pedro Germano dos; RIOS, Marcos C. S. (Org.). *Direito Público em Foco*. Campina Grande: Papel da Palavra, 2023. v. 1. 240p.
- NIEBUHR, Pedro de M.; et al. Tribunais ativistas ou deferentes? O que revela a análise da jurisprudência. *Revista Direito GV*, 18 (3). São Paulo: FGV, 2022. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/88497>. Acesso em: 18 mar 2023.
- OLIVEIRA, Fabiana Luci de; CUNHA, Luciana Gross. Os indicadores sobre o Judiciário brasileiro: limitações, desafios e o uso da tecnologia SciiELO, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/>. Acesso em: 19 mar 2023.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social: princípios de direito público*. Tradução de Vicente Sabino Jr. São Paulo: CD, 2000.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Teoria dos Jogos e Processo Penal: a short introduction*. 3. ed. Florianópolis: EMais, 2018.

SÁ, Mariana Oliveira de; BONFIM, Vinícius Silva. A atuação do Supremo Tribunal Federal frente aos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v5i2.3126>. Acesso em: 19 mar 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, Frederico P.; NEVES, Isadora Ferreira; LORENZONI, Pitro Cardia. É perigoso (não) defender limites à atuação do Poder Judiciário nos dias atuais? In: *Consultor Jurídico*. Diário de Classe, 19 de setembro de 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-set-19/perigoso-nao-defender-limites-atuacao-judiciario>. Acesso em 31 mar 2023.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn (org.). *The global expansion of judicial power*. NY Univ Press, 1995.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do controle do poder. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 25, n. 1, p. 110-132, jan./abr. 2020.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Rev. Direito GV* [online]. v. 4, n. 2, p. 441-463, 2008. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/>. Acesso em 18 mai 2022.

ZORZANELLI, R.; ORTEGA, F.; BEZERRA, B. Um panorama sobre as variações em torno do conceito de medicalização entre 1950-2010. *Ciência & Saúde Coletiva*, v.19, n.6, p.1859-68, 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232014000601859. Acesso em: 20 fev. 2023.