

O Conselho Nacional de Justiça e o problema da judicialização das políticas públicas de saúde: reflexos na atuação judiciária em 2019-2020

Pedro Germano dos Anjos

Gabrielle Crus Oliveira

Resumo: Aborda o exercício do poder normativo pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, a fim de compreender sua relevância normativa no cenário de intensificação do controle judicial das políticas públicas de saúde no Brasil nos últimos anos. Para tanto, baseia-se em pesquisas documentais e bibliográficas para envidar por apresentar uma contextualização do fenômeno e um histórico da jurisprudência referente ao direito à saúde no país e a influência do CNJ nesse processo. Ademais, trata da legitimidade do poder normativo do Conselho e seu impacto nesse campo mediante a Recomendação CNJ nº 31/2010, cujos traços são observados em teses recentes do Supremo Tribunal Federal – STF. Assim, percebe-se a pertinência desse ato normativo no aprimoramento das fundamentações das decisões e em uma análise interdisciplinar do problema pela magistratura.

Palavras-Chave: Direito à saúde. Poder normativo. Controle orçamentário.

Abstract: Discusses the exercise of the normative power by Nacional Council of Justice – CNJ in order to understand its normative relevance in the judicialization of judicial control of health public policies intensification scenario in Brazil during the last years. For that, it is based on documental and bibliographic studies to present a contextualization of the phenomenon and a jurisprudential background related to the right to health in the country and the CNJ's influence in that matter. Besides, explores the legitimacy of the Council's normative power and its impact in this area by means of the Recommendation nº 31/2010, whose traits are observed in recent theses of Brazilian Federal Supreme Court – STF. Therefore, it concludes the belonging of this normative act in the improvement of the decisions' justification and in interdisciplinary analysis of the problem by judiciary.

Keywords: Right to health. Normative power. Budgetary control.

Introdução

Buscamos expor sobre a relevância do exercício do poder normativo pelo Conselho Nacional de Justiça diante da intensificação das intervenções do Poder Judiciário nas políticas públicas em um contexto de judicialização das relações humanas, a partir do qual tópicos de campos diversos são encaminhados ao campo judicial para resolução. Nesse seguimento, foi examinado o recorte atinente à prestação do direito fundamental à saúde e promovida análise acerca dos reflexos da Recomendação CNJ nº 31/2010 nessa esfera, especialmente mediante as teses fixadas sobre o tema pelo Supremo Tribunal Federal em 2019-2020 e dados empíricos coletados pelo próprio CNJ, em parceria com a Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ (ASENSI; PINHEIRO, 2015).

À vista disso, realizamos um estudo descritivo e exploratório do fenômeno judicializante na realidade brasileira com enfoque na objetivação do direito social à saúde, bem como das implicações do supracitado ato normativo na resposta judicial a essas demandas, sob o panorama do Direito Constitucional e Administrativo. Em virtude de sua essência de iniciação científica, em trabalho acadêmico financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa da Bahia – FAPESB, o artigo é respaldado em pesquisas bibliográficas e documentais, com posterior rea-

lização de fichamentos do conteúdo. Assim, efetuamos a abordagem qualitativa quanto ao quadro teórico e à jurisprudência existente sobre o assunto, a fim de contribuir para a pauta de debates contemporâneos concernentes ao controle republicano de políticas públicas.

Nesse trabalho, objetiva-se refletir sobre os posicionamentos dos tribunais pátrios no tocante às prestações estatais de saúde e sua relação com os documentos provenientes da atuação normativa do Conselho, como órgão administrativo do Judiciário nacional. *In casu*, observa-se a concepção da Recomendação CNJ nº 31/2010 como um mecanismo para o estabelecimento de diretrizes relativas ao desempenho dos magistrados nesse setor, com o propósito de auxiliar a fundamentação das decisões e promover maior integração entre os poderes e diversas áreas temáticas atinentes, para a eficiência na tutela do direito social em comento.

Desse modo, trata do desenvolvimento da judicialização da saúde e acentua-se a reivindicação da concretização desse direito por intermédio da definição de uma linha evolutiva da jurisprudência dos tribunais superiores referente ao tema. Ademais, sublinhamos o cenário de atuação normativa do CNJ nessa seara e a presença de traços dessa atividade nas teses delimitadas pelo Pre-

tório Excelso, acerca da concessão judicial de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA e da responsabilidade solidária dos entes federados, com base em aspectos elementares trabalhados por Vianna *et al* (1999), Sarlet e Figueiredo (2008), Arguelhes e Leal (2011) e demais estudiosos.

1 Fenômeno judicializante como cenário da atuação do Poder Judiciário

A judicialização consiste na conversão de conflitos políticos e sociais em debates jurídicos mediante a apresentação dessas demandas na arena judicial. Compreendido na qualidade de um fenômeno relativo às democracias contemporâneas, esse processo pode ser avaliado por meio de dois vieses (STRECK, 2013): *procedimentalista*, como razão para a perda de liberdade dos cidadãos e desestímulo à solução democrática das questões políticas em consequência das intervenções judiciais nas diversas esferas da vida; ou *substancialista*, como contexto favorável à concretização da noção de justiça (DWORKIN, 2007), particularmente a social (VIANNA, *et al*, 1999), por meio de intervenções judiciais, pontuais ou não, que desbodem dos conceitos legais, ou não.

Antes de delinear o desenvolvimento desse panorama de expansão da atividade judiciária, convém sublinhar a distinção entre judicialização e ativismo judicial. O primeiro conceito trata de um corolário da organização político-social nos regimes democráticos, caracterizados especialmente pelo modelo de Estado de bem-estar social. O segundo, por sua vez, abrange elementos de arbitrariedade e criatividade dos magistrados no exercício de sua atividade hermenêutica. Nessa perspectiva, a judicialização é um aspecto fático do desenho institucional de um país, enquanto o ativismo judicial é uma postura específica e proativa de interpretação dos textos normativos em determinado sentido (BARROSO, 2012), talvez inimaginável pelo legislador, nos desbordes de um decisionismo ou até espécie de “presidencialismo de coalizão judicial” (STRECK, 2013, p. 294-5).

Considerando que o fenômeno judicializante advém da conjuntura de atuação dos Poderes, verifica-se a existência de particularidades da sua propagação em localidades distintas. Portanto, a estrutura redemocratizante da Constituição Federal de 1988, as transformações das estratégias de interpretação do Direito, os cruzamentos do

sistema jurídico com os demais sistemas e a conseqüente intensificação da atividade legislativa representam condições facilitadoras da judicialização no Brasil (VERBICARO, 2008). Nesse quadro, a afirmação de um Estado Democrático de Direito após anos de governos autoritários restou alicerçada em um documento constitucional composto por referências econômicas, políticas e sociais responsáveis por traçar os núcleos substanciais do regime, com destaque para os direitos fundamentais e a garantia de sua proteção jurídica.

Essas circunstâncias de composição da Lei Maior denotam sinais de acerto da concepção trabalhada por Neves (2007) acerca da hipertrofia do cunho simbólico das premissas constitucionais, em detrimento de sua função jurídico-instrumental.

[...] ocorre um bloqueio permanente e estrutural da concretização dos critérios/programas jurídico-constitucionais pela in-junção de outros códigos sistêmicos e por determinações do ‘mundo da vida’, de tal maneira que, no plano constitucional, ao código ‘lícito/ilícito’ sobrepõem-se outros códigos-diferença orientadores da ação e vivência sociais (NEVES, 2007, p. 93).

Sucintamente, trata-se da observação de que a interação entre Política e Direito pode ocasionar deficiências na normatividade do conteúdo desse documento, em virtude de maior enfoque à face político-ideológica, ante a necessidade de ratificação de valores sociais, com certo prejuízo da adequação dos dispositivos aos elementos fáticos fundamentais à sua efetividade.

De outro lado, duas das formas de legislação simbólica — a “legislação-álibi” e a “voltada à dilação de conflitos sociais”— podem proporcionar, por conceito, a reação do Poder Judiciário, porquanto constituem em verdade uma “antiatividade legislativa”. Desse modo, houve não apenas objetivo de evasão ou desvio de finalidade constitucional, mas também a intenção de violar contínua e casuisticamente o texto constitucional (NEVES, 2007, p. 31-42 e 94).

Constatam-se também indicadores da ideia de dirigismo constitucional, dotada de perspectiva concretizadora em relação às normas principiológicas, por versarem de forma mais abstrata, principalmente sobre os direitos fundamentais sociais. Nessa seara, “[...] o dirigismo constitucional realinha o eixo hermenêutico, deslocando-o para uma concepção de estatalidade positiva que aspira realizar a justiça social e a proteção dos

hipossuficientes.” (RODRIGUES, 2013, p. 181). Sob esse ângulo, a existência dos direitos sociais seria uma das razões pelas quais os cidadãos passaram a ajuizar mais ações e atribuir ao Judiciário a função de garantidor desses dispositivos, mediante suas ordens relativas à efetivação das políticas públicas pelo Executivo.

Essa prerrogativa de tutela dos direitos dos cidadãos por intermédio da atividade jurisdicional, prevista constitucionalmente, demonstra um cenário de universalização do acesso à justiça. Entretanto, a intensificação da judicialização e a maior percepção de suas implicações no desempenho dos outros poderes justificam os constantes questionamentos acerca de sua legitimidade democrática. Em consonância com Cappelletti (1999), essas indagações possuem relação com a tradição jurídica considerada. Dessa forma, essa posição mais presente do Judiciário é comum nos países de *common law*, nos quais o sistema de precedentes provoca o reconhecimento da criação do Direito pela jurisprudência, porém estranha aos países de *civil law*, em que costuma haver atuação mais restrita dos julgadores devido ao formalismo da ciência jurídica.

Sob esse prisma, deve-se assinalar que a previsão na Lei Maior da função jurisdicional de salvaguarda dos direitos fundamentais, por meio da justiciabilidade desses preceitos, indica que a atribuição dessa competência advém do exercício da soberania popular, afinal, a Carta Magna foi elaborada pelos representantes do povo. Nesse sentido, os magistrados efetuam a representação funcional dos sujeitos em circunstâncias de falhas nos diálogos interinstitucionais e, assim, assumem posição de agentes políticos, o que não se confunde com violação ao princípio de separação dos poderes.

No tocante a essa questão, é válido aludir à teoria da capacidade institucional, comumente atribuída aos estudiosos Cass Sustein e Adrian Vermule. Em síntese, trata-se de deliberar acerca das habilidades e limitações das instituições para a formação de decisões, logo, refletir sobre a conjuntura mais favorável à resolução dos conflitos os quais têm sido encaminhados à arena judicial, a exemplo do controle de políticas públicas. Esses limites se referem tanto às aptidões cognitivas, como à juridicidade das ações, seus impactos em outros sistemas e à confiabilidade do material que fundamenta as colocações (ARGUELHES; LEAL, 2011).

Nesse quadro, percebe-se uma capacidade institucional do Judiciário para promover intervenções nessas searas, haja vista sua função de garantir os direitos fundamentais e os mecanismos, os quais têm desenvolvido a fim de conferir suporte a essa atuação, como o ato normativo relativo à judicialização da saúde a ser abordado em tópico posterior. Não obstante, deve-se salientar que:

[...] A dinâmica dessas análises deve considerar, por óbvio, tanto as provisões como as limitações das instituições envolvidas em cada um dos diferentes cenários sob consideração. Enfatizar apenas habilidades ou restrições pode ser decisivo para que uma alternativa de decisão seja sobrevalorizada ou para criar visões idealizadas de instituições ('nirvanas' institucionais) [...] (ARGUELHES; LEAL, 2011, p. 41).

Desse modo, faz-se necessário adotar uma abordagem crítica quanto aos possíveis excessos do fenômeno judicializante, pois uma capacidade mais adequada do Judiciário para a resposta a determinadas situações conflitivas pode não resultar na substituição do Legislativo ou Executivo por esse poder. Trata-se de um risco sempre presente, até porque não se vê tantas críticas ao protagonismo judicial, discricionarismo ou ativismo, pelos adeptos do constitucionalismo de efetividades, como Paulo Bonavides e Luís Roberto Barroso (STRECK, 2013, p. 181).

A doutrina nacional já alinha críticas e reflexões ponderadas, como a de Humberto Ávila, sobre a desvalorização da Constituição por intermédio de discurso judicial oportunista (ÁVILA, 2009b, p. 201). Há perigo de ditadura do Judiciário, “[...] diuturnamente reforçada pelo discurso elitista e excludente da racionalidade jurídica da ponderação [...]” (KAUFMANN, 2011, p. 210) e de possível “Supremocracia”, dado que “[...] o Supremo passa a ser responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias [...]” (VIEIRA, 2009, p. 487-8).

No que tange ao controle judicial de políticas públicas, convém então adotar um modelo moderado, para atuar na excepcionalidade, somente diante da omissão ou da ineficiência da administração na garantia e concretização de direitos fundamentais sociais e núcleo político do Estado Social previsto em nossa Constituição (STRECK, 2013)

ou, ainda, para afastar a “delegação legislativa” e as legislações “suspeitas” que signifiquem grave retrocesso no âmbito dos direitos fundamentais (ELY, 2010, p. 176-7 e 183). Sob esse prisma, Ely sistematiza o devido controle pelo Poder Judiciário:

[...] em primeiro lugar, existem casos concretos em que uma motivação inconstitucional, mesmo da parte do legislativo, pode ser constatada com toda plausibilidade; e, em segundo lugar, que haverá casos em que um ato que intuitivamente parece inconstitucional só poderá ser apresentado efetivamente como tal com base na teoria da motivação (ELY, 2010, p. 184-5).

De qualquer modo, o modelo moderado deve vir acompanhado de uma teoria de decisão judicial para impedir posturas ativistas, descoladas da realidade administrativa, financeira e orçamentária dos entes públicos. Essa necessidade resta patente tanto na evolução jurisprudencial da matéria, quanto nas tentativas do CNJ de tentar disseminar protocolos processuais para atendimento de tantas demandas sociais.

2 Evolução jurisprudencial acerca do controle judicial das políticas públicas de saúde

A judicialização da saúde passa a integrar a realidade brasileira com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o evidente fenômeno de constitucionalização das distintas esferas da vida. Desde então, houve a construção de uma jurisprudência em consonância com as perspectivas históricas acerca da objetivação do direito social à saúde no país, por intermédio de políticas públicas de cunho social e econômico, associada à justiciabilidade dos direitos.

Conforme Valle e Camargo (2011), a existência de conflito entre os direitos fundamentais à saúde e à inafastabilidade de uma jurisdição efetiva, quanto ao meio para a materialização do direito social, implica a indispensabilidade da utilização do princípio hermenêutico de concordância prática ou harmonização. Afinal, faz-se necessário aplicar a interpretação que ocasiona o menor sacrifício de um dispositivo em relação a outro, porquanto não há distinção de valor entre os bens jurídicos protegidos constitucionalmente, o que também justifica a excepcionalidade das intervenções do Judiciário nesse setor.

Os posicionamentos dos tribunais superiores no que tange à prestação estatal do direito à saúde podem ser ordenados em

três etapas (BALESTRA NETO, 2015). Inicialmente, era defendida a tese de que as normas nas quais estavam contidos os direitos em pauta eram dotadas de eficácia limitada e caráter programático. A classificação de José Afonso da Silva (2008) denota que a produção de seus efeitos requer a promoção de medidas pelos órgãos estatais legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos, pois apenas delimitam diretrizes relativas às finalidades do Estado Democrático de Direito. Dessa maneira, não poderiam ser objeto de ações judiciais porque não possuíam aplicabilidade direta e imediata.

Já a norma de eficácia limitada, não possui eficácia direta, pois está condicionada a um instrumento normativo específico (eficácia indireta, mediata, reduzida). São exemplos os dispositivos cuja redação expressa “A lei regulará”, “a União promoverá” e “É dever do Estado”.

A tarefa de regular a matéria que veiculam foi outorgada pela Constituição ao legislador ordinário (ditas “de legislação”) ou ao Administrador para realizar uma “política pertinente” (normas ditas “programáticas”), restando em aberto o controle dessa atividade nos dois casos em sede de omissão legislativa ou administrativa (ANJOS, 2014, p. 243).

Sob essa ótica, Globekner (2011) interpreta que o fenômeno judicializante evidencia a localização do direito à saúde em uma espécie de plano suspenso por se distanciar dos direitos individuais de primeira dimensão, ao depender precipuamente de uma pretensão positiva do Estado e dos preceitos de segunda dimensão, pois a sua inserção no rol de direitos sociais já seria suficiente para suprir a sua carência de concreção legislativa. Essa percepção encontraria respaldo na referida classificação dessas disposições como normas programáticas, uma vez que sinalizam os princípios a serem materializados a partir das políticas de governo. Restaria apenas uma “eficácia negativa”, como explicita Virgílio Afonso da Silva:

[...] se não se tem o direito subjetivo no seu aspecto positivo, como poder de exigir uma prestação fundada numa norma constitucional programática, surge ele, porém, em seu aspecto negativo, como possibilidade de exigir que o Poder Público não pratique atos que a contravenham (SILVA, 2009, p. 177-8).

Nesse diapasão, apenas

Seriam, pode-se asseverar, *princípios* que teriam a *eficácia mínima* de toda e qualquer norma: informam interpretação

do ordenamento jurídico, ser vigentes (no sentido de rígidas constitucionalmente) e servir ao controle de constitucionalidade (inconstitucionalidade de leis supervenientes contrárias aos princípios instituídos pelas normas *programáticas*), ou seja, apenas no aspecto negativo (ANJOS, 2014, p. 244).

A partir da década de 2000, as reivindicações judiciais da população passaram a salientar os conflitos decorrentes da contraposição entre a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana e a teoria da reserva do possível. Essa discussão ressaltou a noção básica da escassez de recursos materiais para a satisfação das prerrogativas conferidas formalmente aos cidadãos, a qual suscita a inevitabilidade de uma seleção de demandas prioritárias para a configuração de um mínimo existencial, porquanto todos os direitos implicam custos.

Assim, com influência da teoria dos princípios e a consequente necessidade de sopesamento entre princípios constitucionais (ALEXY, 2010), começou-se a compreender a eficácia plena do direito fundamental à saúde, em virtude da exigência da sua materialização para a garantia de uma existência digna. Na prática, prevaleceu a dignidade da pessoa humana como fundamentação, de modo a ocorrer um atendimento quase indiscriminado às ações ajuizadas em relação a prestações de saúde.

Nessa conjuntura, a etapa jurisprudencial ora em comento pode ser concebida como marcada pelo viés da confirmação, a partir do qual a fundamentação das decisões, em sua maioria favoráveis aos demandantes, seria apenas uma corroboração de intuições do julgador, em consequência do caráter absoluto e primordial atribuído ao direito à saúde (FREITAS, 2018), mais um viés a modelar a interpretação judicial, que acaba por automatizar a atividade do intérprete. Contudo, ao considerar que a definição do mínimo existencial varia consoante a situação suportada por cada requerente (SARLET; FIGUEIREDO, 2008), constata-se a natureza determinante de uma instrução processual com elementos probatórios suficientes para a avaliação pelo juiz da necessidade ou não de assistência a algum pleito por via judicial.

Por fim, o terceiro estágio da jurisprudência coaduna-se com essa percepção acerca do mínimo existencial, pois é caracterizado por uma litigância centrada na apreciação das particularidades de cada caso em razão do aumento da quantidade

de demandas. Em 2009, foi convocada uma audiência pública pelo Supremo Tribunal Federal com o intuito de discutir essa temática, no decorrer da qual foram apresentados argumentos relacionados à segurança e efetividade das ações, disponibilidade de recursos financeiros, princípios regulamentadores do Sistema Único de Saúde – SUS e ao papel do Judiciário no controle das políticas dessa seara (GOMES *et al*, 2014). Nessa direção, é válido mencionar o julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 pelo Pretório Excelso, em que foram fixados parâmetros para as respostas judiciais às ações de saúde (STF, 2010).

Em consonância com a colocação do ministro Gilmar Mendes no referido julgado, a princípio deve ser considerada a existência ou não de política pública referente ao pedido efetuado. Em seguida, analisa-se a razão pela qual determinada prestação de saúde não é fornecida pelo SUS, nas hipóteses de oferecimento de um serviço ou insumo alternativo ou de ausência de um tratamento específico para a patologia. Por fim, faz-se necessária a apresentação de provas durante a instrução processual, com o fito de evitar a concessão precipitada de medidas cautelares para o atendimento de pleitos que poderiam ser supridos por medidas já promovidas pelo poder público.

Esses novos entendimentos jurisprudenciais foram complementados pelas Resoluções nº 107/2010 e nº 238/2016, do Conselho Nacional de Justiça, bem como pela Recomendação CNJ nº 31/2010. Haja vista o propósito desses atos normativos, qual seja, fornecer suporte técnico no que tange à solução judicial das demandas de saúde, depreende-se que as orientações contidas na recomendação objeto desse estudo visam ao que Sarlet e Figueiredo (2008) intitulam como “revitalização do papel ativo do Judiciário”, pois tratam de promover desempenho mais eficaz dos magistrados na composição das lides.

Essa nova postura a ser observada pelos tribunais pátrios revela a adoção de “[...] teoria externa para a definição dos limites ao direito à saúde [...]” (CEDENHO, 2016, p. 139), uma vez que se trata da avaliação pelo magistrado com base nas circunstâncias fáticas, as quais são alheias à delimitação meramente jurídico-normativa desse direito social. Nessa fase, há intensificação dos questionamentos acerca das implicações orçamentárias do controle jurisdicional das

diligências responsáveis pela concretização dos preceitos fundamentais.

Conquanto as decisões no campo de judicialização da saúde possam ser percebidas como estímulos para as “ações prestativas do bem”, equivalentes às providências adotadas para a realização das pretensões positivas necessárias à materialização dos direitos sociais pelo Estado (AMARAL, 2001), identifica-se crescente realocação de recursos na execução orçamentária vinculada às políticas públicas de saúde, com influências negativas à própria capacidade orçamentária de entes federados e ao princípio constitucional do planejamento orçamentário. Desse modo, ressalta-se a imprescindibilidade de considerar as forças econômicas como aspectos fáticos no desenrolar dos processos, pois tais demandas judiciais afetam diretamente a universalidade no acesso aos serviços de saúde, preconizada no artigo 7º, I, da Lei Orgânica da Saúde como diretriz para as operações governamentais.

3 Exercício do poder normativo pelo CNJ e a Recomendação CNJ nº 31/2010

Antes de examinar um dos principais atos referentes ao quadro de alargamento da judicialização da saúde no país, deve-se abordar o contexto da atuação normativa do órgão administrativo do Judiciário. Criado em 2004 por intermédio da Emenda à Constituição nº 45, o Conselho Nacional de Justiça teve sua legitimidade questionada em diferentes ações de controle de constitucionalidade e confirmada no julgamento da ADI nº 3.367, pelo STF. Na ADI nº 4.638, ressaltou-se inclusive que “[...] a escolha pelo constituinte derivado do termo ‘Conselho’ para a instituição interna de controle do Poder Judiciário mostrar-se-ia eloquente para evidenciar a natureza administrativa do órgão e para definir, de maneira precisa, os limites de sua atuação.” (STF, 2012).

Em seguida, tornou-se objeto de discussão o exercício de seu poder normativo, cuja constitucionalidade foi declarada mediante a ADC nº 12, pela qual foi fixado entendimento acerca da natureza primária dos atos normativos do CNJ, dado que advém diretamente da CF/88, em observância ao artigo 103-B, §4º, I. Declarou-se a constitucionalidade da Resolução CNJ nº 7/2005, sobre vedações à prática de nepotismo em todos os tribunais:

Os condicionamentos impostos pela Resolução 7/2005 do CNJ não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos

em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. Improcedência das alegações de desrespeito ao princípio da separação dos poderes e ao princípio federativo (STF, 2008).

Consonante Silva (2011, p. 38), o fenômeno de constitucionalização do Direito trata-se da irradiação dos efeitos das normas constitucionais aos outros ramos do direito. Assim, ocasiona substituição da noção de legalidade estrita pelo conceito de juridicidade, de modo que o fundamento de validade de determinados atos administrativos encontra-se na Lei Maior, sem a necessidade de previsão infraconstitucional (BINENBOJM, 2006). Em análise do voto proferido pelo relator da ADC nº 12, o então ministro Ayres Britto, Déborah Silva (2014) salienta que a atuação normativa primária do CNJ está prevista também no inciso II do artigo 103-B, §4º, o qual versa sobre o dever de assegurar a tutela dos princípios da administração pública quando praticados atos administrativos na esfera do Judiciário.

Portanto, haveria a aplicação da teoria norte-americana dos poderes implícitos, segundo a qual a mera delimitação de objetivos para a configuração de órgãos administrativos implica autorização para a prática de sua atividade regulamentar (SILVA, 2014). Contudo, faz-se essencial sublinhar que, originalmente, essa doutrina confere ao Legislativo a atribuição de averiguar se a lei é um meio necessário e apropriado para a consecução de competência prevista constitucionalmente (HODUN, 2015).

Nesse sentido, observa-se que a teoria foi importada para o Brasil com alteração para a prerrogativa de que o próprio Judiciário efetue o reconhecimento desse poder implícito, independentemente de posicionamento do legislador (SOUSA, 2017). Pode-se, então, compreender a execução do poder normativo pelo CNJ na qualidade de instrumento crucial para viabilizar a concretização de suas finalidades, consolidadas em dispositivo constitucional.

No tocante à judicialização, em exercício desse poder foi expedida pelo Conselho a Recomendação CNJ nº 31/2010, com enfoque direcionado às demandas judiciais de saúde, a fim de propor aos tribunais formas de auxiliar a fundamentação das deli-

berações atinentes ao controle jurisdicional das políticas desse setor, por intermédio da disponibilização de suporte técnico para a apreciação dos referidos pedidos e da observação da conjuntura comunitária em relação à prestação desse direito. Para mais, constam orientações às escolas de formação de magistrados com a intenção de que a disciplina de direito sanitário seja desenvolvida tanto nos cursos oferecidos como em eventos e mobilizações científicas sobre a matéria.

Na perspectiva de Cavalcante (2017), a publicação e os corolários desse ato evidenciam traços da já citada teoria da capacidade institucional, porquanto prezam pela compreensão pelos juízes acerca dos efeitos sistêmicos de suas decisões no âmbito da judicialização da saúde, a partir da complementação de seus juízos de valor por materiais especializados. Com esse raciocínio, percebe-se o desenvolvimento da dimensão objetiva dessa capacidade institucional (ARGUELHES; LEAL, 2011), a qual se constitui por capacidades materiais, ilustradas pela configuração dos núcleos de apoio técnico relativo às demandas de saúde, e funcionais, observadas no processamento e uso desses dados assimilados pelos magistrados na fundamentação de suas decisões.

Não obstante entendimento pacificado a respeito da legitimidade da atuação normativa do CNJ, ainda há debates quanto aos limites dessa função. Ao considerar que a amplitude de um produto do poder regulamentar é inversamente proporcional à densidade normativa do dispositivo legal que lhe dá origem (ARAGÃO, 2001) e que os dispositivos identificados como princípios são particularizados por seu elevado grau de abstração anterior à interpretação do texto (ÁVILA, 2009a), constata-se que a quantidade de premissas apresentada pela recomendação em tela encontra respaldo no viés principiológico da disposição constitucional sobre o direito à saúde.

Ademais, os atos editados pelo Conselho derivam da coleta de dados para a elaboração de seus relatórios referentes ao desempenho do Judiciário nacional. No panorama abordado, assinalado pelas tentativas de delimitação do conteúdo desse direito social, assim como pelo intenso crescimento do número de demandas judiciais de saúde e suas implicações sobre os orçamentos públicos, tal ato normativo visa à uniformização da jurisprudência e, conseqüentemente, melhor *performance* do

Poder Público no que tange às políticas da área.

A execução dessa competência pelo CNJ promove a criação de uma zona de interface com a independência jurisdicional, por via abstrata e prévia à decisão, em detrimento de interferência nesse segmento (MOREIRA, 2015). Isto é, essa atuação normativa não provoca relação de sobreposição entre o órgão administrativo e os tribunais pátrios, porquanto somente implica a definição de diretrizes e instruções para a execução efetiva da jurisdição. Nesse sentido, ter-se-ia restabelecimento da independência jurisdicional a partir do bom funcionamento do Conselho, uma vez que é o órgão responsável por zelar pela atividade judiciária.

Portanto, percebe-se que a edição de uma recomendação não confere ao Conselho o poder de revisão das decisões que sejam incompatíveis com suas proposições. Nesse contexto, a Recomendação CNJ nº 31/2010 visa à orientação dos magistrados para que adotem determinadas condutas capazes de promover maior eficiência nas respostas judiciais às demandas de saúde, mas não gera a possibilidade de correção dos atos jurisdicionais contrários a essa proposta.

4 Traços da Recomendação CNJ nº 31/2010 no contexto atual

Com alicerce na evolução do cenário de judicialização da saúde analisada previamente, notam-se vínculos entre as iniciativas do Judiciário destinadas ao assentamento das respostas judiciais a tais demandas, haja vista a concepção da Recomendação CNJ nº 31 pelo CNJ no ano seguinte à audiência pública convocada pelo STF com o intuito de discutir o tema. Sob essa ótica, tem-se embasamento para afirmar que a execução do poder regulamentar pelo Conselho está vinculada a algum suporte legal ou jurisprudencial (SILVA, 2014, p. 161). Outrossim, é possível observar influências desse ato normativo no decurso dos entendimentos do Pretório Excelso, ainda que seja direcionado à atuação nos Tribunais de Justiça dos Estados e Tribunais Regionais Federais.

A princípio, é válido mencionar o posicionamento do ministro Gilmar Mendes no julgamento da STA nº 421, ocorrido já durante a vigência da Recomendação CNJ nº 31, o qual enfatizou a relevância da instrução processual das ações de saúde com relatórios médicos. Nessa ocasião frisou-se

a necessidade de materiais técnicos capazes de fundamentar os pleitos e comprovar as particularidades da situação concreta, elementos essenciais para o juízo a ser efetuado pelo magistrado, por intermédio da adequação do caso ao conteúdo do direito à saúde, e destacados no texto normativo em tela. Considerando o lapso temporal entre a expedição do ato, em 30 de março de 2010, e o feito tratado, sucedido em 24 de abril de 2010, pode-se perceber que o voto sublinhado exprime o paradigma da terceira fase jurisprudencial comentada anteriormente e consolidado na recomendação examinada.

Não obstante tal referência, efetuada a título de ilustração dos reflexos da Recomendação CNJ nº 31/2010 na jurisprudência, tenciona-se abordar suas nuances em três teses fixadas pelo STF em 2019-2020 na seara do controle judicial de políticas públicas de saúde. A primeira trata da inviabilidade de concessão judicial de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, ressalvadas algumas hipóteses. A segunda, por sua vez, diz respeito à existência de responsabilidade solidária dos entes federados, em virtude da competência comum de prestação dos serviços de saúde.

Em 17 de novembro de 2011 foi reconhecida a existência de repercussão geral da questão tratada no Recurso Extraordinário nº 657.718/MG, referente à obrigatoriedade ou não de o Estado fornecer medicamento não registrado na ANVISA, qualificada como Tema nº 500 no STF.

SAÚDE – MEDICAMENTO – FALTA DE REGISTRO NA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – AUSÊNCIA DO DIREITO ASSENTADA NA ORIGEM – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL – CONFIGURAÇÃO. Possui repercussão geral a controvérsia acerca da obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (STF, 2011).

No julgamento do mérito, fixou-se a tese pela *impossibilidade* de se obrigar o Estado a fornecer medicamentos experimentais, em regra, aqueles que não possuem registro na ANVISA, pois ele é o órgão responsável por garantir a segurança e eficácia no que tange à prestação do direito à saúde (bem por isso tais ações devem ser propostas contra a União). No entanto, o Pretório Excelso salientou a hipótese de concessão desses insumos quando constatada a ex-

trema necessidade do medicamento, a incapacidade financeira do paciente e de sua família, além da mora irrazoável na apreciação do pedido de registro, configurada após o prazo máximo de noventa dias previsto no art. 12, §3º, da Lei nº 6.360/1976.

Os requisitos para configurar-se a mora são: a) existência do requerimento de registro no Brasil, exceto para medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras; b) o registro em renomadas agências de regulação estrangeiras; e c) ausência de substituto terapêutico registrado no Brasil. Irônica e tragicamente, a decisão não foi efetiva, porquanto a destempe: a requerente teria direito ao fornecimento conforme tais regramentos, mas faleceu antes do Acórdão.

Na mesma linha, recentíssima decisão julgada em repercussão geral, no RE nº 566.471/RN, de que o Estado não é obrigado a fornecer *medicamentos de alto custo* solicitados judicialmente, *quando* não estiverem previstos na relação do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional, do Sistema Único de Saúde. As situações excepcionais ainda serão definidas na formulação da tese de repercussão geral para o Tema nº 06, em assentada posterior (STF, 2020).

Considerando que evitar autorizar o fornecimento de medicamentos de alto custo, não registrados ou em fase experimental, salvaguardadas as hipóteses previstas em lei, consiste na segunda conduta sugerida aos magistrados no ato normativo analisado (dispositivo I, alínea b.2 da Recomendação CNJ nº 31/2010), depreende-se que há influência direta na tese abordada. Nesse seguimento, cabe assinalar que essas concepções jurisprudencial e normativa derivam de interpretação sistemática do ordenamento pátrio, visto que o artigo 12 supracitado prevê que nenhum medicamento ou insumo farmacêutico pode ser entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.

Deve-se pontuar, também, que a verificação da existência ou não de um medicamento alternativo com registro no país, a fim de identificar a referida hipótese de excepcionalidade para a concessão judicial, possui relação com a diretriz para a juntada de relatórios médicos aos autos dos processos acerca do direito à saúde. Desse modo, apenas reitera a substancialidade desses materiais para uma instrução processual efetiva, necessária à formação de juízo especializado e completo pelos juízes competentes.

Já em 5 de março de 2015 houve o reconhecimento da repercussão geral bem como a reafirmação de jurisprudência dominante, no Recurso Extraordinário 855.178/SE, relativo à responsabilidade solidária dos entes da Federação pelo dever de prestação de assistência à saúde, classificada como Tema nº 793 do STF.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente (STF, 2015).

Apesar do julgamento do mérito nessa oportunidade, o ministro Marco Aurélio ostentou pronunciamento favorável à afetação da questão constitucional pelo Tribunal Pleno. Assim, em ensejo da apreciação de embargos de declaração no dia 22 de maio de 2019, os quais foram rejeitados, ocorreu deliberação sobre a concepção de tese de repercussão geral.

Dessa forma, em 23 de maio de 2019 restou fixada tese segundo a qual a solidariedade das obrigações dos entes federados nas demandas de prestações de saúde advém de sua competência comum nesse setor e cabe ao juiz conduzir o cumprimento das ordens decorrentes dos pedidos apresentados, em observância aos critérios de descentralização e hierarquização. Ainda, e não menos importante, a autoridade judicial deve utilizar o mesmo parâmetro para estabelecer o ressarcimento àquele que tiver suportado o ônus financeiro.

Importante mencionar, ademais, que o Superior Tribunal de Justiça adere a tal entendimento, antes mesmo da repercussão geral reconhecida, inclusive para afastar a violação a dispositivos infraconstitucionais, como se depende do Acórdão proferido no REsp nº 1.756.010:

[...] no que diz respeito à apontada violação aos arts. 2º; 4º; 5º; 6º, I, “d”, e VI, 7º, I, II, IV e IX; 19-M, 19-N, 19-O, 19-P, 19-Q, 19-R, 19-T, e 19-U, da Lei 8.080/1990, sob o argumento de que deve ser respeitada a organização das políticas públicas em prol do acesso a todos de modo igualitário aos serviços estatais, observa-se que, comprovadas a eficácia e a necessidade do tratamento solicitado, é

inafastável o reconhecimento do direito à tutela requerida [...] (STJ, 2018).

Nesse cenário, é preciso averiguar a atribuição concernente a cada ente, especialmente em razão da organização do SUS, além de detectar a promoção ou não de políticas públicas por esse ente responsável. Para tanto, faz-se oportuno contatar os gestores para essa avaliação da conjuntura da comunidade em questão e, então, determinar a inscrição do postulante em programas assistenciais desenvolvidos na localidade, medidas identificadas entre as sugeridas pelo Conselho na Recomendação CNJ nº 31/2010 (dispositivo I, alíneas b.3 e b.5 do ato).

É válido destacar que em pesquisa empírica consolidada em 2015 pelo CNJ, com levantamento de dados dos Tribunais de Justiça de seis estados, foi constatado que a maior parte das respostas judiciais às demandas de saúde não fez referência à Recomendação CNJ nº 31/2010 nem aludiu ao Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário – NAT-JUS como estratégia para a atuação judiciária nesse campo (ASENSI; PINHEIRO, 2015, p. 16). No entanto, observou-se tendência à utilização dessa ferramenta mediante a solicitação e juntada de relatórios técnicos para a avaliação dos casos concretos, no sentido de fomentar fundamentação mais especializada das decisões. Desse modo, apesar da carência de citações diretas às medidas promovidas, salienta-se o impacto do ato normativo examinado, o qual deve ser expandido em virtude dos entendimentos recentes do Pretório Excelso, haja vista sua influência em relação aos demais tribunais pátrios.

No tocante às implicações da judicialização da saúde no orçamento público, brevemente abordadas em tópico anterior e sobre as quais o ato normativo em exame não versa diretamente, verifica-se que a jurisprudência carece de tratamento mais aprofundado, especialmente quanto à legalidade orçamentária das intervenções do Judiciário.

Em análise de acórdãos publicados pelo STF entre 2010 e 2011 (MAZZA, 2013), logo após a Audiência Pública da Saúde, observa-se que as principais colocações relativas à questão orçamentária tratam sobre a inadmissibilidade do não fornecimento de medicamentos sob a justificativa de seu alto custo, devido à existência de política de dispensação de medicamentos excepcionais, e a não presunção de lesão à ordem e à economia decorrente do atendimento às demandas. Assim, constata-se omissão das

sentenças em relação à observância das regras e princípios orçamentários bem como à necessidade de realocação de recursos financeiros no cumprimento das ordens judiciais.

Nesse diapasão, Asensi e Pinheiro (2015) identificam a capacitação inteligente dos sujeitos envolvidos na judicialização da saúde como desafio do cotidiano decisório, porquanto depende de conhecimentos específicos sobre a saúde e, especialmente, de diálogo efetivo entre as instituições competentes para a materialização desse direito. Esse reconhecimento da imprescindibilidade de avaliação interdisciplinar das demandas, bem como da cooperação entre o Judiciário e a administração pública, ressaltou também a necessidade de manifestação da vontade política de magistrados e gestores para a transformação desse cenário.

Ao deliberar sobre o assunto, Lima (2013) realça a adoção pela jurisprudência de uma visão comutativa, em detrimento de um ideário de justiça distributiva, a qual depende dessa avaliação interdisciplinar com amparo das matérias econômicas e da administração pública. Dessa forma, a percepção do direito à saúde na qualidade de direito público social tem sido utilizada somente como instrumento retórico para a sua consolidação como prerrogativa individual indisponível, materializada mediante as intervenções do Judiciário. Esse tipo de atuação jurisdicional pode ser considerado *álibi*, na previamente comentada perspectiva simbólica de Marcelo Neves (2007), pois demonstra um discurso de tutela dos direitos fundamentais deficiente de reflexão acerca da situação fática global.

Inclusive, a pesquisa nacional aplicada com apoio do CNJ identificou que “[...] as demandas apresentadas versam de forma predominante sobre aspectos curativos da saúde (medicamentos, tratamentos, próteses etc.) e menos sobre aspectos preventivos (vacinas, exames etc.) [...]” (ASENSI; PINHEIRO, 2015, p. 16). Ainda, sublinhou que esses pleitos tratam, majoritariamente, sobre questões individuais.

Tais dados evidenciam que a judicialização da saúde no Brasil tende a ser superficial nos planos horizontal e vertical. No plano horizontal, as demandas de saúde pertencem à microlitigação, isto é, se concentram em ações individuais. Já no plano vertical, versam sobre parte das medidas as quais devem ser promovidas pela administração pública (ASENSI; PINHEIRO, 2015, p.

16). Entretanto, as demandas deveriam ser profundas: abarcar o máximo de sujeitos beneficiários a cada demanda e concentrar os pedidos em demandas que abarcassem os serviços de saúde como um todo, incluindo as medidas preventivas. Esse acúmulo de ações individuais gera desafios para as partes, o Judiciário e a própria gestão em saúde, com impactos orçamentários e administrativos de realce, ocasionando impossibilidades de planejamento (STF, 2020).

Nesse viés, Mendes Neto (2013) apresenta proposta no sentido de lidar com os impactos dessas decisões nos orçamentos públicos por intermédio do próprio Judiciário. Para o autor, tem-se a possibilidade de o Conselho participar do processo de elaboração das leis orçamentárias, a julgar pelo suporte normativo nos objetivos constantes da Resolução CNJ n. 70/2009, a qual prevê o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário.

Sob essa ótica, entende-se que a emissão de relatórios pelo Conselho acerca do funcionamento desse poder lhe fornece subsídios para comprovar a intensificação das demandas judiciais de saúde e, com base nesses dados, cooperar com a formulação do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual. Desse modo, seria possível sinalizar a quantidade de recursos a ser destinada pela administração pública a essa área e, então, viabilizar a redução de custos com a execução de ordens judiciais.

Considerações finais

Nesse artigo, analisamos a função e atuação do Conselho Nacional de Justiça em seu viés normativo e sua importância no contexto de judicialização da saúde no Brasil, por intermédio da presença de traços dos seus atos normativos na jurisprudência atual. Compreendemos, então, que a concepção da Recomendação CNJ nº 31/2010 como meio para impulsionar o atendimento mais especializado às demandas judiciais de saúde demonstra o papel do órgão administrativo do Judiciário nacional na orientação e aprimoramento da conduta dos magistrados nessa seara.

Dessa forma, foi constatada a expansão do fenômeno judicializante no âmbito de materialização do direito à saúde em virtude de sua fundamentalidade formal e material, bem como da prerrogativa constitucional de inafastabilidade de jurisdição

efetiva. Nessa conjuntura, o exercício da justiciabilidade dos direitos acarreta postura mais ativa dos tribunais pátrios no controle de políticas públicas e, conseqüentemente, impactos orçamentários da resolução desses pleitos. Assim, faz-se necessário avaliar as ferramentas das quais esse poder dispõe para deliberar nesse sentido e os efeitos sistêmicos de suas decisões, aspectos trabalhados na referida recomendação e que evidenciam nuances da teoria da capacidade institucional nessa atuação do Conselho.

Por intermédio do julgamento pelo STF dos recursos extraordinários nº 566.471/RN em 2020 e de nº 657.718/MG e 855.178/SE, em 2019, percebemos que as teses fixadas nessas ocasiões revelam o reconhecimento da relevância de aspectos sinalizados na Recomendação CNJ nº 31/2010. No tocante aos dois primeiros julgados, o entendimento pela inviabilidade de concessão judicial de medicamentos não registrados na ANVISA, ressalvadas algumas hipóteses, reproduz um dos dispositivos do documento supracitado e repisa a substancialidade da juntada de relatórios médicos aos autos das demandas atinentes ao direito à saúde para a realização de instrução processual adequada.

Quanto ao terceiro julgamento citado, a reafirmação da jurisprudência dominante no sentido de afirmar a responsabilidade solidária dos entes da Federação pelo dever de prestar assistência à saúde sinaliza a necessidade de observar a organização do Sistema Único de Saúde e averiguar o quadro de políticas públicas delineado pelos gestores, também em consonância com o previsto no ato normativo em comento. Assim, as decisões ora exaradas pelo Pretório Excelso reiteram o teor das diretrizes estabelecidas pelo CNJ e denotam os corolários da execução do poder regulamentar por esse órgão.

Sob esse prisma, pode-se observar não apenas a legitimidade dessa modalidade de atuação do Conselho, a qual possui natureza primária, haja vista a previsão constitucional de tal poder normativo, mas o seu relevo no restabelecimento da independência jurisdicional mediante o fomento à atividade judiciária mais eficiente. Não obstante, constata-se da análise da jurisprudência pátria a carência de abordagem mais aprofundada em relação aos impactos no orçamento público das decisões judiciais de controle da prestação estatal do direito à saúde.

Concluimos do presente estudo, portanto, a pertinência da Recomendação CNJ nº 31/2010 diante das dificuldades de

delimitação do direito à saúde e da fundamentação técnica especializada das deliberações no atendimento a esses pleitos. Por conseguinte, verificou-se o desempenho do Judiciário nacional na ampliação de sua capacidade institucional a fim de oportunizar resolução apropriada às reivindicações dos cidadãos no contexto de crescente incorporação das demandas sociais à arena judicial.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2010.

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. Hermenêutica e aplicabilidade dos textos constitucionais: revisitando a eficácia normativa constitucional. *In*: PAMPLONA, Rodolfo; ASSIS, Luis Carlos (Org.). **Hermenêutica Aplicada**. São Paulo: Saraiva, 2014, v.1, p. 241-264.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da legalidade e poder regulamentar no estado contemporâneo. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 225, p. 109-29, jul./set. 2001. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47568/44782>. Acesso em: 15 fev. 2020.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 38, 2011. Disponível em: http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/01_Arguelhes_Leal.pdf. Acesso em: 2 mar. 2020.

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Coord.). **Judicialização da saúde no Brasil**: dados e experiências. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: www.cnj.jus.br/publicacoes. Acesso em: 10 mar. 2020.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10. ed. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2009a.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de;

SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009b.

BALESTRA NETO, Otávio. A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – Evolução rumo à racionalidade. **Revista Direito Sanitário**, São Paulo, v. 16, n. 2, p. 87-111, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.23169044.v16i1>

p87-111. Acesso em: 30 ago. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Justiça@ Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal**, Brasília, DF, a. 3, n. 19, p. 1-50, ago. 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>. Acesso em: 2 mar. 2020.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 28 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 6.360/1975, de 23 de setembro de 1976. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 set. 1976.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 set. 1990.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CAVALCANTE, Ramon Gabriel Matos. **Judicialização do direito à saúde e a recomendação nº 31/2010 do CNJ**: instrumentos para uma jurisdição constitucional aberta ou superação da (in) capacidade institucional do Judiciário? 2017. 158f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, Universidade de Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11624/2084>. Acesso em: 26 jun. 2019.

CEDENHO, Antonio Carlos. **Critérios jurídicos do supremo tribunal federal na**

construção do acesso à saúde. 2016. 254f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19857/2/Antonio%20Carlos%20Cedenho.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação CNJ nº 31**, de 30 de março de 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atosnormativos?documento=877>. Acesso em: 29 mar. 2019.

_____. **Resolução CNJ nº 7**, de 18 de outubro de 2005. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/Trib_Sup/STF/CNJ/Res_07_05.html. Acesso em: 29 maio 2020.

_____. **Resolução CNJ nº 70**, de 18 de março de 2009. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_bra_STF_res70.pdf. Acesso em: 29 maio 2020.

_____. **Resolução CNJ nº 107**, de 6 de abril de 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=173>. Acesso em: 29 mar. 2019.

_____. **Resolução CNJ nº 238**, de 6 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3191>. Acesso em: 29 mar. 2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FREITAS, Juarez. Interpretação judicial: exame crítico dos vieses. **Revista da AJUFERGS**, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, n. 10, p. 57-84, 2016/2018. 2018. Disponível em: [http://meriva.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/15040/2/Interpretacao_](http://meriva.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/15040/2/Interpretacao_Judicial_exame_critico_dos_vieses.pdf)

[Judicial_exame_critico_dos_vieses.pdf](http://meriva.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/15040/2/Interpretacao_Judicial_exame_critico_dos_vieses.pdf). Acesso em: 8 jul. 2019.

GLOBEKNER, Osmir Antonio. **A saúde entre o público e o privado**: o desafio da alocação social dos recursos sanitários escassos. Curitiba: Juruá, 2011.

GOMES, Dalila Fernandes. *et al.* Judicialização da saúde e a audiência pública convocada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009: o que mudou de lá para cá? **Saúde Debate**, Rio de Janeiro, v. 38, n. 100, p. 139-56, jan./mar. 2014. Disponível em:

<http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v38n100/0103-1104-sdeb-38-100-0139.pdf>. Acesso em: 1º fev. 2020.

HODUN, Milozs. **Doctrine of Implied Powers as a judicial tool to build federal Politics** – comparative study on the doctrine of implied powers in the European Union and the United States of America. 2015. 320f. Tese (Doutorado em Direito) – School of Law, Reykjavik University. Reykjavik. Islândia. Disponível em: <https://skemman.is/bitstream/1946/20824/1/Doctrine%20of%20implied%20powers%20as%20a%20judicial....pdf>. Acesso em: 19 fev. 2020.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo**. São Paulo: Almedina, 2011.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. **O paradoxo da atuação do supremo tribunal federal em direito à saúde: uma descrição sistêmico-pragmática (Luhmann – Pierce) num diálogo com Marcelo Neves**. 2013. 223f. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e do Estado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6345>. Acesso em: 29 fev. 2020.

MAZZA, Fábio Ferreira. **Os impasses entre a judicialização da saúde e o processo orçamentário sob a responsabilidade fiscal: uma análise dos fundamentos decisórios do supremo tribunal federal**. 2013. 160f. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6135/tde-21052013-162419/pt-br.php>. Acesso em: 6 fev. 2020.

MENDES NETO, João Paulo. **A tutela do direito à saúde e a integração legislativa na constituição federal: uma investigação de efetividade do poder judiciário sob a ótica do conselho nacional de justiça**. 2013. 171f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6124>. Acesso em: 06 fev. 2020.

MOREIRA, Diogo Rais Rodrigues. **Atuação do conselho nacional de justiça e independência jurisdicional: interfaces e interferências**. 2015. 308f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6124>. Acesso em: 06 fev. 2020.

MOREIRA, Diogo Rais Rodrigues. **Atuação do conselho nacional de justiça e independência jurisdicional: interfaces e interferências**. 2015. 308f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6124>. Acesso em: 06 fev. 2020.

<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6937>. Acesso em: 06 fev. 2020.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 2007.

RODRIGUES, Márcia Sleiman. **Análise das decisões da presidência do STF sobre o direito fundamental à saúde**. 2013. 260f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3410/M%c3%a1rcia%20Sleiman%20Rodrigues.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 fev. 2020. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html. Acesso em: 25 fev. 2020.

SILVA, Déborah Leite. **Os limites do poder regulamentar do conselho nacional de justiça no contexto do estado constitucional brasileiro**. 2014. 183f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/20313>. Acesso em: 6 fev. 2020. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2011.

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

SOUSA, Pedro. **A importação da teoria dos poderes implícitos: uma análise comparativa entre a teoria dos poderes implícitos na suprema corte estadunidense e no supremo tribunal federal**. 2017. 59f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Distrito Federal. Disponível em: <http://bdm.unb.br/handle/10483/18997>. Acesso em: 17 fev. 2020.

STF. Supremo Tribunal Federal. ADC nº. 12. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ, 20 ago. 2008. Tribunal Pleno. **Diário da Justiça**

Eletrônico, 18 dez. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 33671 AgR/DF**. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJ 17 mar. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363371>. Acesso em: 29 maio 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4384 AgR/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ 07 fev 2019. Tribunal Pleno. **Diário da Justiça Eletrônico**, 19 fev. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 566.471/RN. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ 11 mar 2020. Tribunal Pleno. **Diário da Justiça Eletrônico**, 17 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 657.718/MG. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ 17 nov. 2011. Tribunal Pleno. **Diário da Justiça Eletrônico**, 12 mar. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 855.178/SE. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ , 5 mar. 2015. Tribunal Pleno. **Diário da Justiça Eletrônico**, 16 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. STA 175-AgR/CE. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ, 17 mar. 2010. Tribunal Pleno. **Diário da Justiça Eletrônico**, 30 abr. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF**. Brasília: 1º a 3 fev. 2012, nº 653. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo653.htm>. Acesso em: 29 maio 2020.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.756.010**. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. DJ, 3 set. 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**, 4 set. 2018.

STRECK, Lênio Luis. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

VALLE, Gustavo Henrique Moreira do; CAMARGO, João Marcos Pires. A audiência pública sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na jurisprudência do supremo tribunal federal. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 11, n. 3, p. 13-31, nov. 2010/fev. 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13220/15034>>. Acesso em: 25 fev. 2020.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 389-406, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a03v4n2.pdf>>. Acesso em: 2 mar. 2020.

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

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In: SARMENTO, Daniel. (coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Pedro Germano dos Anjos

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET/SP). Professor Assistente de Direito Constitucional na Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC).

Gabrielle Crus Oliveira

Graduanda em Direito na Universidade Estadual de Santa Cruz. Pesquisadora de IC na Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado da Bahia (2019/2020).