

ano 21 – n. 83 | janeiro/março – 2021

Belo Horizonte | p. 1-244 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v21i83

A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

[www.revistaaec.com](http://www.revistaaec.com)

# A&C

**Revista de Direito  
ADMINISTRATIVO  
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &  
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

**FORUM**

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral  
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.  
I. Fórum.

CDD: 342  
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo  
Aline Sobreira

Capa: Igor Jamur  
Projeto gráfico: Walter Santos

### Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

#### Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

#### Entidade promotora

A A&C – *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

#### Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

#### Linha Editorial

A linha editorial da A&C – *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

#### Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

#### Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

#### Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

# Judicialização da saúde, acesso a medicamentos e diálogos institucionais

## *Judicialization of health, access to medicines and institutional dialogues*

**Daniel dos Santos Rodrigues\***

Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil)  
danielsrodrigues@live.com

**Jordão Horácio da Silva Lima\*\***

Faculdade Evangélica Raízes de Direito (Brasil)  
jordaohoracio@hotmail.com

**Recebido/Received:** 03.02.2020 / February 3rd, 2020

**Aprovado/Approved:** 13.08.2020 / August 13th, 2020

---

**Resumo:** O artigo buscou examinar os vínculos entre acesso à justiça e a efetividade de um dos aspectos do direito à saúde no Brasil, o acesso a medicamentos, a partir dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 566.741/RN e à luz da compreensão e

---

Como citar este artigo/*How to cite this article:* RODRIGUES, Daniel dos Santos; LIMA, Jordão Horácio da Silva. Judicialização da saúde, acesso a medicamentos e diálogos institucionais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 161-180, jan./mar. 2021. DOI: 10.21056/aec.v21i83.1294.

\* Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG (Belo Horizonte, MG, Brasil). Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Goiás – UFG. Graduado em Direito pela UFG. Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de Minas Gerais – MPMG. Membro auxiliar da Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP. *E-mail:* danielsrodrigues@live.com.

\*\* Professor Assistente da Faculdade Evangélica Raízes de Direito (Anápolis, GO, Brasil). Professor da Pós-Graduação de Direito Médico e Proteção Jurídica Aplicada à Saúde do Instituto de Pós-graduação e Graduação – IPOG. Doutor em Saúde Global e Sustentabilidade pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Saúde Global e Diplomacia da Saúde pela Fundação Oswaldo Cruz – Fiocruz. Especialista em Direito Internacional pela Universidade Federal de Goiás – UFG. Graduado em Direito pela UFG e em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás – PUC Goiás. Atuou como Analista de Cooperação Internacional do Ministério da Saúde de 2010 a 2015. Analista de Logística, Convênios e Contratos junto ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN. Advogado e membro da Comissão de Direito Médico, Sanitário e Defesa da Saúde da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Goiás – OAB Goiás. *E-mail:* jordaohoracio@hotmail.com.

aplicação das teorias dos diálogos institucionais pela Suprema Corte. Discutiu-se que, de maneira geral, há apenas uma enunciação retórica das teorias dos diálogos institucionais (que valorizam, em regra, as capacidades institucionais de cada Poder e a autocontenção do Poder Judiciário) sem de fato aplicá-la. Nesse sentido é representativo o voto do ministro Luís Roberto Barroso, o qual, apesar de expressamente enunciar a aplicação das teorias dos diálogos, não as aplica para resolver o problema da usurpação das funções da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC) pelo Poder Judiciário através dos Núcleos de Apoio Técnico ao Judiciário (NatJus), perpetuando a dissolução do direito constitucional a políticas públicas de saúde em um mero direito subjetivo a medicamentos. Concluiu-se que uma possível e definitiva solução dessa questão passa pelo aperfeiçoamento do *accountability* sobre o Poder Judiciário, de modo que, entre outras coisas, possa ampliar o compartilhamento das consequências políticas e econômicas de suas decisões com a sociedade.

**Palavras-chave:** Direito à saúde. Acesso a medicamentos. Judicialização da saúde. Diálogos institucionais. SUS.

**Abstract:** The paper examines the links between access to justice and the effectiveness of one aspect of the right to health in Brazil, access to medicines, based on the votes of the Brazilian Supreme Federal Court justices in the Extraordinary Appeal 566,741/RN and in light of the understanding and application institutional dialogues theories by the Supreme Court. It is argued that, in general, there is only a rhetorical enunciation of the institutional dialogues theories (which, in general, value the institutional capacities of each branch and the self-restraint of the Judicial branch) without actually applying it. In this sense, the vote of minister Luís Roberto Barroso is representative, which, despite expressly enunciating the application of the dialogues theories, does not apply them to solve the problem of the usurpation of the functions of the National Commission for the Incorporation of Technologies in SUS (CONITEC) by the Judicial branch through the Technical Support Centers for the Judiciary (NatJus), perpetuating the dissolution of the constitutional right to public health policies in a mere subjective right to medicines. It was concluded that a possible and definitive solution to this issue involves improving accountability of the Judiciary, so that, among other things, it can expand the sharing of the political and economic consequences of its decisions with society.

**Keywords:** Right to health. Access to medicines. Judicialization of health. Institutional dialogues. SUS.

**Sumário:** 1 Introdução – 2 Considerações iniciais sobre os Recursos Extraordinários nº 657.718/MG e nº 566.471/RN – 3 O voto do ministro Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário nº 566.471/RN – Parte 1 – 4 Diálogos institucionais – 5 O voto do ministro Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário nº 566.471/RN – Parte 2 – 6 Irresponsividade judicial – o problema do *accountability* do Poder Judiciário brasileiro – 7 Conclusão – Referências

## 1 Introdução

Buscando mitigar os efeitos deletérios decorrentes do fenômeno da judicialização da saúde, o Supremo Tribunal Federal (STF) se debruçou recentemente em três Recursos Extraordinários com Repercussão Geral: o de nº 657.718/MG,<sup>1</sup> no qual se discute a possibilidade, ou não, de o Estado ser obrigado a fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); o de nº 855.178/

<sup>1</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 657.718/MG. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 22 maio 2019. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Ata n. 12, de 22.05.2019. DJE n. 119, divulgada em 03.06.2019. Disponível em: [https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE\\_20190603\\_119.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20190603_119.pdf). Acesso em: 2 fev. 2020.

SE,<sup>2</sup> o qual tem como objeto a questão de saber se os entes da federação são solidariamente responsáveis, ou não, pelo fornecimento de medicamentos e outros tratamentos de saúde; e o de nº 566.471/RN,<sup>3</sup> no qual se debate o fornecimento de medicamentos não incorporados nas listas do SUS.

Os Recursos Extraordinários nº 657.718/MG e nº 855.178/SE tiveram seus julgamentos concluídos, com teses fixadas, em 22 de maio de 2019, restando ainda o Recurso Extraordinário nº 566.471/RN a ser julgado. Este último é objeto do presente artigo.

Nesse sentido, o fio condutor do texto será analisar os votos já apresentados no Recurso Extraordinário nº 566.471/RN<sup>4</sup> (sem olvidar as teses fixadas nos demais Recursos Extraordinários), especialmente a do ministro Luís Roberto Barroso, de modo a buscar responder à seguinte pergunta: as respostas recentemente apresentadas pelo Poder Judiciário valorizam um genuíno diálogo entre os Poderes, considerando o estado da arte das teorias dos diálogos institucionais, que destacam, via de regra, a valorização das capacidades institucionais de cada Poder, a autocontenção do Poder Judiciário, a inexistência de uma última palavra sobre conflitos constitucionais e a deferência à maior legitimidade democrática dos demais poderes?

Ao respondermos essa pergunta, verificaremos que, de maneira geral, há apenas uma enunciação retórica das teorias dos diálogos institucionais sem de fato aplicá-la. Nesse sentido, o voto do ministro Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário nº 566.741/RN<sup>5</sup> é bem significativo, pois, apesar de expressamente enunciar as teorias dos diálogos, não as aplica para resolver o problema da usurpação das funções do Ministério da Saúde e da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC) pelo Poder Judiciário através dos Núcleos de Apoio Técnico ao Judiciário (NatJus). Se o Poder Judiciário, como ficou assentado no voto do ministro Barroso, ainda está autorizado a obrigar o Estado a fornecer

<sup>2</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Em. Decl. no Recurso Extraordinário 855.178/SE. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 22.05.2019. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Ata n. 12, de 22.05.2019. DJE n. 119, divulgado em 03.06.2019. Disponível em: [https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE\\_20190603\\_119.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20190603_119.pdf). Acesso em: 2 fev. 2020.

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471/RN. Relator: ministro Marco Aurélio. Andamento. Brasília, DJe, 11 set. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6#>. Acesso em: 3 fev. 2020.

<sup>4</sup> O julgamento do RE nº 566.471/RN ainda não havia sido concluído quando estas linhas eram escritas. No dia 28 de setembro de 2016, o STF deu continuidade ao seu julgamento, o qual foi interrompido em razão do pedido de vista do ministro Teori Zavascki (com sua morte, foi o ministro sucedido por Alexandre de Moraes), havendo votado os ministros Marco Aurélio (relator), Luís Roberto Barroso (voto-vista) e Edson Fachin. Na sessão do dia 22 de maio de 2019, que julgou os REs nºs 657.718/MG e 855.178/SE, a discussão do RE nºs 566.471/RN foi interrompida, e ainda aguarda nova data para ser pautada.

<sup>5</sup> BARROSO, L. R. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471/RN. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 15 set. 2016. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-versa%CC%83o-final.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2018.

medicamentos sem que se demonstre o descumprimento dos parâmetros da política de assistência terapêutica e de incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) (por exemplo, nos casos de mora irrazoável, erro ou fraude), então, na prática, magistrados estão a cumprir funções no lugar do Executivo, o que fulmina as premissas dos diálogos institucionais. Em resumo, tal entendimento insiste na armadilha da jurisprudência até então dominante – o “direito a tudo” – e desconsidera questões basilares de justiça distributiva, resumindo o direito constitucional a políticas públicas de saúde a um mero direito subjetivo a medicamentos.

Por fim, e a título de conclusão, levantaremos a hipótese de que, particularmente no Brasil, tais problemas possuem como uma de suas principais causas o déficit de *accountability* sobre o Poder Judiciário. Assim, sem nos esquecermos das dificuldades envolvendo um sistema presidencialista com eleições proporcionais para o Legislativo – quais sejam, maior instabilidade governamental e maior ativismo judicial –, faremos algumas considerações acerca da necessidade de novos constrangimentos institucionais sobre o Poder Judiciário e demais atores do sistema de Justiça, de modo a torná-los mais responsivos e a compartilhar as consequências políticas e econômicas de suas decisões com a sociedade.

## 2 Considerações iniciais sobre os Recursos Extraordinários nº 657.718/MG e nº 566.471/RN

Como apresentado na introdução, a intenção do presente artigo é discutir, tendo como objeto do voto do ministro Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário nº 566.471/RN, se as respostas recentemente apresentadas pelo Poder Judiciário valorizam um genuíno diálogo entre os Poderes ou apenas reforçam a posição de poder alcançada pelo último no movimento que Ran Hirschl nomeia de ‘juristocracia’.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Não obstante não ser objeto deste artigo, importante lembrarmos a tese de Ran Hirschl, de que a “juristocracia” seria um fenômeno mundial que tem como causa principal a transferência de poder, feita pelas elites (econômicas, políticas e judiciais), do Legislativo e Executivo para o Judiciário. Em outros termos, considerando que não existe vácuo na política e de que as elites agem de maneira racional e estratégica, essa transferência não seria uma abdicação de poder pelas elites. Muito pelo contrário, a ‘juristocracia’ seria um modo de elas procurarem minar a democracia e a pressão de demandas majoritárias nas arenas eleitorais (especialmente os parlamentos), resguardando seus interesses na arena judiciária, supostamente técnica e apolítica (HIRSCHL, R. The political origins of the new constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 11, n. 1, p. 71-108, 2004). Tal teoria não é exatamente uma novidade, sendo que teses semelhantes são estudadas por outros autores, abordando também diferentes momentos históricos (cf., por exemplo, BERCOVICI, G. A Constituição invertida: a Suprema Corte Americana no combate à ampliação da democracia. *Lua Nova*, São Paulo, n. 89, p. 107-134, 2013. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452013000200005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000200005&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 10 maio 2018).

No entanto, inicialmente algumas considerações gerais sobre a decisão do RE nº 657.718/MG são necessárias para melhor situar o leitor acerca das respostas recentes do STF no sentido de conter a judicialização da saúde.

Conforme o voto vencedor do ministro Luís Roberto Barroso, assim ficou a tese do acórdão no Recurso Extraordinário nº 657.718/MG:

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.<sup>7</sup>

Pois bem. Entendemos que a decisão do Recurso Extraordinário nº 657.718/MG traz inúmeros avanços com relação à jurisprudência anterior do “direito a tudo”, particularmente ao valorizar o papel da Anvisa, a agência governamental responsável pela aferição da segurança, qualidade e eficácia dos medicamentos por meio do registro sanitário. Mas pensamos também, conforme aponta Ferraz,<sup>8</sup> que a decisão possui uma lacuna que precisa ser preenchida: mesmo na situação excepcional apontada pela tese vencedora (“o Estado somente pode ser obrigado a fornecê-los na hipótese de irrazoável mora da Agência em apreciar o pedido de registro [prazo superior a 365 dias], quando preenchidos três requisitos: [...]”), não há como entender que o Poder Judiciário já estaria autorizado a obrigar o Estado a fornecer o medicamento, pois ainda resta a etapa da incorporação do medicamento pelo SUS, conforme a análise dos requisitos de seu custo-efetividade (art. 19-Q, §2º, inciso II, da Lei nº 8.080/90, alterada pela Lei nº 12.401/2011). Essa análise de custo-efetividade é feita pelo Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC). Exatamente essa a

<sup>7</sup> BARROSO, L. R. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471/RN. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 15 set. 2016. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-versa%CC%83o-final.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2018.

<sup>8</sup> FERRAZ, O. L. M. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 3, p. e1934, nov. 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80712>. Acesso em: 15 jan. 2020.

questão enfrentada no Recurso Extraordinário nº 566.471/RN (ainda pendente de julgamento), a qual, principalmente a partir do voto do ministro Luís Roberto Barroso e do uso que o magistrado faz das teorias dos diálogos institucionais, será o nosso objeto nas próximas linhas.

### 3 O voto do ministro Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário nº 566.471/RN – Parte 1

Não obstante os problemas do voto do ministro Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário nº 566.471/RN<sup>9</sup> com relação ao requisito da hipossuficiência e à restrição da legitimidade passiva à União,<sup>10</sup> o seu texto apresenta uma interessante discussão acerca da importância do diálogo do Poder Judiciário com os demais Poderes do Estado.

Em resumo, o voto apontou a necessidade de um procedimento de diálogo interinstitucional para tentar contornar, dentre outras coisas, as dificuldades econômicas (externalidades negativas como custos de transação, tragédia dos comuns etc.)<sup>11</sup> impostas pela judicialização de demandas individuais por tecnologias de saúde não incorporadas pelo SUS:

4. Ademais, proponho a observância de 1 (um) parâmetro procedimental: a necessária realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde (e.g., câmaras e núcleos de apoio técnico em saúde no âmbito dos tribunais, profissionais do SUS e CONITEC). Tal diálogo deverá ser exigido, em um primeiro momento, para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento. *E, em um segundo momento, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes (CONITEC e Ministério da Saúde) avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS, mediante manifestação fundamentada a esse respeito.* [Grifos nossos]

<sup>9</sup> BARROSO, L. R. Voto. *In*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471/RN. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 15 set. 2016. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-versa%CC%83o-final.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2018.

<sup>10</sup> Especificamente nesses pontos, Ferraz resume bem os problemas do voto (FERRAZ, O. L. M. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 3, p. e1934, nov. 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80712>. Acesso em: 15 jan. 2020).

<sup>11</sup> ALCÂNTARA, G. C. S. Judicialização da Saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. *Revista CEJ*, Brasília, v. 16, n. 57, p. 88-94, 2012. Disponível em: [www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1592/1569](http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1592/1569). Acesso em: 30 jun. 2019; ROCHA, L. B.; SILVA, M. C. M. Judicialização da saúde: evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a partir dos REs 566.471 e 657.718. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, Bebedouro, v. 4, 2016. p. 116. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/156>. Acesso em: 15 jul. 2019.



No entanto, diferentemente do otimismo de alguns autores,<sup>12</sup> entendemos que no voto ainda persiste o problema da falta de compreensão de como executar adequadamente esse diálogo interinstitucional entre o Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo (muito embora o voto de ministro Luís Roberto Barroso seja o único dentre os até o momento apresentados que cita e discute as teorias dos diálogos).<sup>13</sup> Em outras palavras, Barroso, muito embora intente o contrário em seu voto, reforça, ao fixar sua tese, a confusão funcional entre câmaras e núcleos de apoio técnico em saúde no âmbito dos tribunais e CONITEC, caindo na armadilha de o Judiciário continuar a realizar funções típicas do Poder Executivo, o que vai de encontro às teorias dos diálogos institucionais. Não distinguindo os NatJus da CONITEC, o Judiciário, ao invés de efetivamente provocar reações adequadas dos demais Poderes diante das limitações das políticas públicas existentes, continua a usurpar as funções daqueles e recrudesce a letargia institucional.

Primeiro, resgataremos os caracteres gerais e comuns das várias teorias dos diálogos institucionais; depois, retornaremos ao voto do ministro Barroso para verificar as dificuldades das soluções aventadas por ele.

## 4 Diálogos institucionais

Não obstante as nuances das várias correntes dentro do que podemos nominar de ‘diálogos institucionais’ (para citar algumas: as minimalistas, de Alexander Bickel e Cass Sunstein; o constitucionalismo democrático, de Robert Post e Reva Siegel; o constitucionalismo popular, de Mark Tushnet; o constitucionalismo popular mediado, de Barry Friedman; a valorização das capacidades institucionais, de Adrian Vermeule etc.), elas se orientam por 3 (três) características comuns, a saber: 1) a necessidade de haver maior deferência à maior legitimidade democrática dos Poderes Executivo e Legislativo; 2) a ideia de que o Judiciário não possui a última palavra sobre a interpretação constitucional; 3) e a compreensão e o respeito das

<sup>12</sup> ÁVILA, A. P. O.; MELO, K. C. C. de. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 83-108, abr. 2018. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2359-56392018000100083&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392018000100083&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 2 ago. 2019; MARIANO, C. M.; MAIA, I. C. Augusto. Possíveis contribuições do estado de coisas inconstitucionais para efetivação do serviço público de acesso a medicamento de alto custo: análise dos recursos extraordinários nº 566.471/RN e nº 657.718/MG. *Nomos*, Fortaleza, v. 38, p. 391-416, 2018. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/32036>. Acesso em: 30 jul. 2019.

<sup>13</sup> Os votos dos ministros Marco Aurélio (relator) (MELLO, M. A. Voto. *In*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471/RN. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 27 set. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/numeroNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019) e Edson Fachin (FACHIN, E. Voto. *In*: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471/RN. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 28 set. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/resumo-voto-fachin-re-566471.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2019) (aparentemente) ignoram completamente as teorias dos diálogos institucionais, já que em nenhum momento elas são discutidas em suas manifestações.

diferente virtudes, capacidades e limitações *prima facie* de cada um dos poderes, sendo o Judiciário mais apto à análise de direito e da microjustiça; e Legislativo e Executivo, mais preparados para a função de criação e execução de políticas públicas, respectivamente.<sup>14</sup>

Dessas três características, a de número 2 é nuclear, e dela derivam as demais. Com efeito, nas atuais democracias, não há como sustentar que algum Poder teria a “última palavra”, e isto porque é impossível estabelecer uma separação hermética entre produção (política) e aplicação (técnica) do direito. Exatamente por isso que, a rigor, conforme as teorias dos ‘diálogos institucionais’, a interpretação constitucional nunca tem fim, mas ocorre em ciclos que se reiniciam indefinidamente.<sup>15</sup>

Conforme a teoria dos diálogos, uma decisão judicial que desafia o Legislativo, por exemplo, provoca a reação desse poder, o qual “responde” com novas propostas legislativas (seja rechaçando, concordando ou aprimorando a interpretação jurisdicional), “dialogando” com o Judiciário, com os demais Poderes e também com a sociedade. Esse é o modelo dos movimentos pendulares do *judicial review*, ora fraco (*weak*), ora forte (*strong*), descrito por Tushnet,<sup>16</sup> a depender do grau de consenso político e social e da complexidade em torno das prestações de um direito fundamental. As cortes (geralmente) exercem um modelo forte quando há consenso político sobre as obrigações que envolvem os direitos e/ou quando essas mesmas obrigações demonstram menor grau de complexidade para serem entregues. Quando faltam consensos políticos e/ou as obrigações e prestações dos direitos são deveras complexas, as cortes (geralmente) preferem exercer um

<sup>14</sup> CLÈVE, C. M.; LORENZETO, B. M. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 3, set./dez. 2015. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/44534>. Acesso em: 2 jul. 2019; GODOY, M. G. de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 113-166; KOZICKI, K.; ARAÚJO, E. B. Um contraponto fraco a um modelo forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. *Sequência*, Florianópolis, n. 71, p. 107-132, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n71/2177-7055-seq-71-00107.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2018; MENDES, C. H. *Direitos fundamentais, separação dos Poderes e deliberação*. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acesso em: 2 abr. 2018.

<sup>15</sup> CLÈVE, C. M.; LORENZETO, B. M. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 3, set./dez. 2015. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/44534>. Acesso em: 2 jul. 2019; GODOY, M. G. de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017; KOZICKI, K.; ARAÚJO, E. B. Um contraponto fraco a um modelo forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. *Sequência*, Florianópolis, n. 71, p. 107-132, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n71/2177-7055-seq-71-00107.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2018.

<sup>16</sup> TUSHNET, M. *Weak Courts, strong rights: judicial review and social welfare rights constitutional law*. Kindle Edition. Princeton: Princeton University Press, 2008. Há certo diálogo mesmo em modelos fortes de controle constitucionalidade, como os do Brasil e dos EUA, nos quais se teria uma “última palavra provisória” por parte das cortes constitucionais (KOZICKI, K.; ARAÚJO, E. B. Um contraponto fraco a um modelo forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. *Sequência*, Florianópolis, n. 71, p. 107-132, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n71/2177-7055-seq-71-00107.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2018).

controle fraco, sem entrar em rota de colisão com o Legislativo ou o Executivo, adiando ou evitando decisões peremptórias ou transferido tais decisões para os demais Poderes ou com esses compartilhando os ônus decisórios.

Não se afirma aqui que as teorias dos ‘diálogos institucionais’ sejam a solução para todos os dilemas da judicialização (e entre Direito e política) – de fato ela é mais uma descrição do atual estado de coisas que uma receita prescritiva –, mas sua correta compreensão pode nos ajudar a melhor analisar o fenômeno e nos apontar caminhos para o reequilíbrio dos poderes políticos do Estado contemporâneo na seara da efetividade das políticas públicas em geral, especialmente as de saúde.

## 5 O voto do ministro Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário nº 566.471/RN – Parte 2

Avaliemos agora o voto de Barroso à luz das características comuns das teorias dos diálogos institucionais. Escreve o magistrado, fixando sua tese que

O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos: (i) a incapacidade financeira do requerente para arcar com o custo correspondente; (ii) *a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes*; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema. Ademais, deve-se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS.<sup>17</sup>

O trecho destacado em itálico contradiz os preceitos dos diálogos institucionais sustentados pelo próprio voto ao permitir o fornecimento de medicamentos não incorporados pelo SUS sem a provocação dos órgãos competentes, em especial a

<sup>17</sup> BARROSO, L. R. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471/RN. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 15 set. 2016. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-versa%CC%83o-final.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2018.

CONITEC. Esse requisito *ii* é o mais problemático, mas, a rigor, todos os demais são desnecessários ou contraproducentes, por um motivo muito simples: ele rivalizam com os requisitos que já estão inscritos na própria política pública de incorporação de tecnologias descritas, especialmente no art. 19-Q, §2º, da Lei nº 8.080/90 (alterada pela Lei nº 12.401/2011), que prescreve que a dispensação de medicamentos pelo SUS só pode ser realizada após sua incorporação pelo Ministério da Saúde, assessorado pela CONITEC, levando em consideração os requisitos seguintes:

I – as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;

II – a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.<sup>18</sup>

Em suma, o requisito *ii* fulmina as premissas dos diálogos ao instaurar o Judiciário como um substituto aos órgãos competentes pela incorporação de tecnologias, e não um corretivo às deficiências da atuação desses órgãos.

Neste ponto, discordamos de Ferraz,<sup>19</sup> o qual, muito embora corretamente entenda que a tese proposta pelo ministro Luís Roberto Barroso seja um grande avanço em vista do entendimento que vigorou nos últimos anos (como dito, o “direito a tudo”), não vai à raiz do problema, qual seja, o fato de não ser função do Judiciário conceder medicamento não incorporado. Isso não é papel do Poder Judiciário e não deveria ser. Isso é papel da política pública executada pelo Executivo (mais especificamente pelo Ministério da Saúde, com apoio da CONITEC). Se, e somente se, essa política pública estiver sendo mal executada (mora irrazoável, erro ou fraude na decisão de não incorporação) é que deveria o Poder Judiciário intervir – aí sim com a ajuda do NatJus; caso contrário, não faz sentido o Judiciário manter aparatos técnicos (os NatJus) para perscrutar, antes ou paralelamente à CONITEC, os requisitos do art. 19-Q da Lei nº 8.080/90. A CONITEC já faz isso. Uma

<sup>18</sup> BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm). Acesso em: 28 jan. 2020.

<sup>19</sup> FERRAZ, O. L. M. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 3, p. e1934, nov. 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80712>. Acesso em: 15 jan. 2020.

analogia pode nos dar a dimensão do que estamos argumentando: imagine o Poder Judiciário criando um núcleo de concessão de licenças ambientais, com estrutura e peritos rivalizando com os órgãos ambientais nesse mister. Temos a certeza de que tal situação seria tachada prontamente de absurda pela comunidade jurídica.

E não se diga que os NatJus não rivalizam com a CONITEC, sob o argumento de que o Poder Judiciário só interfere em casos individuais, e não em toda a política pública do SUS de dispensação de medicamentos. Ora, sabemos hoje dos *lobbies* e do assédio da indústria farmacêutica e das associações de pacientes sobre as cortes, além do uso massivo da internet e das redes sociais, sendo inegável perceber os efeitos deletérios e “epidêmicos” de uma decisão individual que obriga o Estado a fornecer um medicamento sobre todo o sistema de justiça, bastando lembrar do caso da pílula do câncer (fosfoetanolamina sintética).

Por isso, em suma, o parâmetro procedimental da parte final da tese do ministro Barroso (“a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde”), apesar de avançar nas teses até então sustentadas no STF, não resolve completamente o problema, pois permite que o demandante cobre o fornecimento de fármaco não incorporado antes de qualquer manifestação do Ministério da Saúde e da CONITEC. Ora, o que deve caber ao Poder Judiciário é exigir do Executivo que cumpra melhor a política pública definida se, e somente se, ela não estiver sendo executada corretamente, sendo justamente neste ponto que ganham relevo as teorias dos diálogos institucionais.

Daí que o voto poderia ter fixado uma tese ao cabo mais consentânea aos diálogos, e não o fez, a qual, para nós, poderia ser a seguinte:

O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo no caso de descumprimento dos parâmetros da política nacional de incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), definida pela Lei nº 8.080/90, alterada pela lei nº 12.401/2011. São casos de descumprimento dos parâmetros da política nacional de incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS): (i) mora irrazoável na análise da incorporação de tecnologia; (ii) erro (técnico ou jurídico) ou fraude na decisão de não incorporação de tecnologia. No caso de mora irrazoável na análise da incorporação da tecnologia, decisão judicial, com apoio técnico do NatJus, poderá determinar a sua concessão, sempre de acordo com os requisitos do art. 19-Q, da Lei nº 8.080/90. No caso de demanda judicial argumentando erro ou fraude na decisão de não incorporação de tecnologia, o magistrado, com apoio técnico do NatJus, reavaliará a correção da decisão, conforme os parâmetros do art. 19-Q, da Lei nº 8.080/90.

Alguém poderia argumentar, talvez ainda se valendo das lentes da doutrina do “direito a tudo”: mas não haveria casos de urgência, risco de vida a um paciente, que autorizaria uma decisão judicial, especialmente uma liminar, concedendo um medicamento não registrado e/ou não incorporado? Primeiro, há que lembrar do debate sobre a segurança, qualidade e eficácia da tecnologia, o que só pode ser aferido com o deferimento do seu registro na Anvisa. Essa questão parece ter sido equacionada pela decisão no Recurso Extraordinário nº 657.718/MG. Em resumo: o Judiciário finalmente admitiu que não possui condições de competir com a Anvisa no sentido de aferir esses critérios para o fornecimento de novas tecnologias em saúde.

O ponto nevrálgico, então, passa a ser a análise de custo-efetividade via procedimento de incorporação, sobrelevando-se, portanto, a preocupação com relação às consequências sistêmicas de uma decisão judicial que passa ao largo de uma política pública estabelecida por lei. Neste caso, em qualquer decisão do STF fatalmente entrará em cena o princípio de interpretação conforme a Constituição,<sup>20</sup> que invariavelmente se envereda por um juízo político e discricionário (portanto, criativo), fortemente baseado em conceitos jurídicos abstratos (e isso é facilmente constatável por meio da simples leitura da tese, com todos seus requisitos, fixada pelo ministro Luís Roberto Barroso em seu voto no Recurso Extraordinário nº 566.471/RN. Trata-se, evidentemente, de criação do direito).

Disso deriva uma última questão assaz interessante: se as normas impugnadas no citado Recurso Extraordinário são constitucionais (mesmo que em parte), então o STF não poderá ignorar o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) (alterada pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018), que prescreve que “[n]as esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Pois bem. Essas inovações da LINDB vieram justamente para enfrentar as questões que envolvem as consequências das decisões jurídicas (consequencialismo), ignoradas historicamente pelo Judiciário e especialmente importantes para os direitos sociais prestacionais, os quais não se realizam a partir do éter, mas por meio de políticas públicas. Aliás, é exatamente isso o que está inscrito no art. 196, *caput*, da Constituição, quando prescreve que a saúde é um direito “de todos e dever do Estado, *garantido mediante políticas sociais e econômicas*” (grifos nossos). Ou seja, o direito constitucional prescrito nesse dispositivo não é um “direito a medicamentos” (o que ocorre hoje, infelizmente), mas, sim, um ‘direito ao acesso ao sistema de saúde (público)’, como ocorre,

<sup>20</sup> Imagina-se a não aplicação desse princípio, seja no controle difuso ou abstrato de constitucionalidade, somente quando a norma impugnada é declarada constitucional sem qualquer condição (isto é, sem o uso da técnica de interpretação conforme à Constituição).

por exemplo, no *National Health Service* (NHS) inglês, o qual serviu de inspiração para o SUS e que cujas funções (particularmente as do *The National Institute for Health and Care Excellence* (NICE), agência que também serviu de inspiração para a CONITEC) não são usurpadas pelo Judiciário.<sup>21</sup>

Daí seguem as perguntas fundamentais: possui o Judiciário condições materiais, técnicas e temporais para aferir (especialmente em caráter liminar) os critérios de custo-efetividade do art. 19-Q, §2º, inciso II, da Lei nº 8.080/90? Se o prazo para a avaliação e incorporação da tecnologia é de 180 (cento e oitenta) dias da data do protocolo do pedido (conforme o art. 19-R da Lei nº 8.080/90), teria o Judiciário melhores condições de avaliar e deferir um pedido de tutela de urgência em menor prazo? Quais são a legitimidade e a capacidade do Poder Judiciário em fazer a análise de custo efetividade (que não é simplesmente uma análise econômica, mas, também, de justiça distributiva, alcançada, em última instância, por um processo político de alocação orçamentária dentre as várias prestações que o Estado deve entregar, sempre, é claro, balizado pelas normas constitucionais e infraconstitucionais) sem que tenha havido o descumprimento, por parte do Estado, dos parâmetros da política nacional de incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS? São essas questões que os votos dos ministros do STF devem enfrentar, no caso de haver maioria (o que é provável que aconteça), pela constitucionalidade (ainda que parcial) da Lei nº 8.080/90, com a redação dada pela Lei nº 12.401, de 29 de abril de 2011.

Em resumo, o papel que deve caber ao Judiciário (por meio dos seus Comitês Nacional e Estaduais de Saúde e dos NatJus) é o de poder avaliar a correção, em última instância e em casos excepcionais (mora irrazoável, erro ou fraude) das condutas dos órgãos técnicos do Executivo competentes para a incorporação de tecnologias no SUS. Assim não faz sentido permitir que se demande o fornecimento de fármaco não incorporado quando sequer o Ministério da Saúde e CONITEC foram provocados. Aqui o que sustentamos assemelha-se com a tese fixada no Recurso Extraordinário nº 631.240, Tema 350 com repercussão geral, no qual o STF entendeu que a apreciação judicial de demandas sobre a concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento administrativo do interessado, “não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise”.<sup>22</sup> Deste modo, não há

<sup>21</sup> WANG, D. W. L. *Can litigation promote fairness in healthcare?* The judicial review of rationing decisions in Brazil and England. 2013. Thesis – London School of Economics and Political Science, London, 2013. Disponível em [http://etheses.lse.ac.uk/739/1/Wang\\_can\\_litigation-promote.pdf](http://etheses.lse.ac.uk/739/1/Wang_can_litigation-promote.pdf). Acesso em: 20 ago. 2019.

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 631.240/MG. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrido: Marlene de Araújo Santos. Acórdão. Julgamento: 03.11.2014. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Brasília, DJe, 10.11.2014. Ata n. 167/2014. DJe n. 220, divulgado em: 07.11.2014 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/>

que se falar em violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, mas, sim, em ausência de interesse de agir (necessidade). Se minimamente não se consegue demonstrar indícios de problemas no desenho e na execução da política pública de incorporação de tecnologia no SUS, não há motivo suficiente para a interferência do Poder Judiciário.

Talvez aqui o voto do ministro Barroso demonstre dificuldades de *path dependence*<sup>23</sup> (considerando os custos que foram aplicados pelo Poder Judiciário e pelo Conselho Nacional de Justiça na constituição do Fórum Nacional de Saúde, dos Comitês Executivos Nacional e Estaduais de Saúde e dos NatJus desde 2010, na esteira da Audiência Pública convocada pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes particularmente para subsidiar o julgamento da STA nº 175 e com a edição pelo CNJ da Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010) e também o receio de perda de influência política.<sup>24</sup> Assim, levando em conta que meras exortações da academia não serão suficientes no sentido de demonstrar ao Poder Judiciário a necessidade de respeitar as políticas públicas sanitárias normativamente construídas, há que avançarmos na compreensão das causas remotas desse problema de modo a propor soluções mais sustentáveis. A seguir, arriscamos algumas linhas neste caminho.

## 6 Irresponsividade judicial – o problema do *accountability* do Poder Judiciário brasileiro

No Brasil, para explicar esse desconhecimento geral das teorias dos diálogos institucionais por parte do Poder Judiciário, especialmente no que concerne à análise das políticas públicas de saúde, uma hipótese que podemos levantar aqui é a de uma certa disfuncionalidade de todo o sistema de justiça brasileiro (*Rule of Law*),

---

processo/verProcessoPeca.asp?id=275839084&tipoApp=.pdf. Acesso em: 2 fev. 2020. Inclusive o voto vencedor desse acórdão foi o do ministro Luís Roberto Barroso, relator deste Recurso Extraordinário; importante transcrever um trecho: “17. Esta é a interpretação mais adequada ao princípio da separação de Poderes. Permitir que o Judiciário conheça originariamente de pedidos cujo acolhimento, por lei, depende de requerimento à Administração significa transformar o juiz em administrador, ou a Justiça em guichê de atendimento do INSS, expressão que já se tornou corrente na matéria. O Judiciário não tem, e nem deve ter, a estrutura necessária para atender às pretensões que, de ordinário, devem ser primeiramente formuladas junto à Administração” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 631.240/MG. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrido: Marlene de Araújo Santos. Acórdão. Julgamento: 03.11.2014. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Brasília, DJe, 10.11.2014. Ata n. 167/2014. DJe n. 220, divulgado em: 07.11.2014 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=275839084&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2020).

<sup>23</sup> Como explicam Prado e Trebilcock, a teoria do “*path dependence*” descreve como o reforço de um dado conjunto de arranjos ao longo do tempo aumenta o custo de mudá-los” (PRADO, M. M.; TREBILCOCK, M. J. *Path dependence, development, and the dynamics of institutional reform*. *Legal Studies Research Paper*, Toronto, n. 09-04, p. 1-46, 30 abr. 2009. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1415040>. Acesso em: 2 ago. 2019 – tradução nossa).

<sup>24</sup> HIRSCHL, R. The political origins of the new constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 11, n. 1, p. 71-108, 2004.



o qual possui uma alta taxa de irresponsividade. Sendo a judicialização da saúde um fenômeno mais agudo em países em desenvolvimento,<sup>25</sup> com constituições recentes, geralmente com maior influência do racionalismo e tecnicismo do *civil law* napoleônico, os quais possuem uma relação mais conflituosa entre direito e política, tais sistemas depositaram esperanças demais nos sistemas de Justiça e pouco se atentaram para o seu *accountability*.<sup>26</sup>

Mesmo aderindo em parte à ideia rawlsiana e dworkiana da importante função das cortes na discussão de questões de princípio (de legitimidade substantiva, portanto),<sup>27</sup> bem como à concepção de visualizar a Constituição como um documento representativo do “povo perpétuo”, o qual deve estar a salvo das maiorias de ocasião (“povo atual”),<sup>28</sup> o déficit democrático do Poder Judiciário no Brasil não nos permite dispensar uma profunda revisão de seus procedimentos decisórios. Em outros termos, mesmo que não se ignore que a legitimidade tenha adquirido um sentido ‘reflexivo’, passando a ser definida também “pela qualidade da sua expressão junto à sociedade”,<sup>29</sup> não há como ignorar a necessidade de o Poder Judiciário ampliar sua legitimidade democrática e aperfeiçoar o compartilhamento das consequências políticas e econômicas de suas decisões com a sociedade (*agir com o Outro*) e a capacidade de os indivíduos intervirem decisivamente na tomada de suas decisões (*capacidade de influência do Outro*).<sup>30</sup> Considerando que as iniciativas do próprio Poder Judiciário serão muito provavelmente insuficientes, caberá primordialmente à sociedade – e, conseqüentemente, ao Poder Legislativo – provocar essas mudanças

<sup>25</sup> PIERRO, B. Demandas crescentes. *Pesquisa Fapesp*, v. 252, p. 18-25, fev. 2017. Disponível em: [https://revistapesquisa.fapesp.br/wp-content/uploads/2017/02/018-025\\_Judicializacao\\_252\\_NOVO.pdf](https://revistapesquisa.fapesp.br/wp-content/uploads/2017/02/018-025_Judicializacao_252_NOVO.pdf). Acesso em: 30 jun. 2019.

<sup>26</sup> TOMIO, F. R. de L.; ROBL FILHO, I. N. *Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*. *Revista de Sociologia e Política*, v. 21, n. 45, p. 29-46, 2013.

<sup>27</sup> MENDES, C. H. *Direitos fundamentais, separação dos Poderes e deliberação*. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acesso em: 2 abr. 2018.

<sup>28</sup> BURGOS, M.; VIANNA, L. W. *Revolução processual do Direito e democracia progressiva*. In: VIANNA, L. W. (org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ; FAPERJ, 2002. p. 337-491. p. 362. Sem se olvidar das pertinentes críticas ao elitismo da tradição do constitucionalismo estadunidense, conforme aponta Gilberto Beroovici (A Constituição invertida: a Suprema Corte Americana no combate à ampliação da democracia. *Lua Nova*, São Paulo, n. 89, p. 107-134, 2013. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452013000200005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000200005&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 10 maio 2018).

<sup>29</sup> SOMBRA, T. L. S. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 236-273, abr. 2017. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322017000100236&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000100236&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 4 maio 2018. Neste sentido reflexivo, Sombra escreve sobre a importância crescente para o conceito contemporâneo de legitimidade democrática dos fatores de *accountability* e de responsividade (SOMBRA, 2017, p. 239).

<sup>30</sup> SOMBRA, T. L. S. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 236-273, abr. 2017. p. 238. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322017000100236&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000100236&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 4 maio 2018.

normativas, particularmente levando-se em conta os estudos recentes da ciência política e da economia que apontam para a maior instabilidade de governos (e para o maior ativismo judicial) sob sistemas presidencialistas com eleições proporcionais para o preenchimento de vagas no Legislativo.<sup>31</sup>

No contexto do equacionamento das políticas públicas de saúde, sobreleva-se a necessidade de rediscussão das soluções até então aventadas pelos Poderes Executivo, Legislativo e o Judiciário e a problemática da relação e do diálogo entre eles. Assim, vários temas derivados se destacam e merecem atenção atual e futura.

*Com relação ao Poder Judiciário, particularmente ao STF, a discussão de novos desenhos e estrangimentos institucionais ao Poder Judiciário,*<sup>32</sup> os papéis dos Comitês de Saúde e dos NatJus, bem como o impacto da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), são prementes, considerando a persistente desconsideração do ordenamento legal e das políticas públicas do SUS por parte considerável dos juízes brasileiros.<sup>33</sup>

Com relação ao Poder Legislativo, pergunta-se como ele se comportará de modo a dar uma resposta legislativa adequada (com equidade econômica e razoavelmente justa do ponto de vista distributivo) a essas questões, as quais vêm sendo discutidas no Congresso por vários projetos de lei (destacam-se: o PL nº 139/1999 e o PL nº 437/2018, que visam flexibilizar a Lei nº 9.279/96 e tornar mais acessíveis

<sup>31</sup> ACKERMAN, B. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, p. 633-729, jan. 2000. p. 653; COOTER, R. *The strategic constitution*. Princeton University Press, 2002. p. 191, 229. Segundo a Lei de Duverger, eleições proporcionais para o Legislativo (como as para os cargos de vereadores, deputados estaduais e federais no Brasil) tendem a aumentar o número de partidos, enquanto eleições majoritárias tendem a consolidar partidos, criando geral e naturalmente um ambiente bipartidário (como nos EUA). Tal lei define um padrão de estabilidade dos governos, no qual partidos fragmentados tendem a gerar governos instáveis, ao passo que partidos consolidados tendem a governos estáveis. Por que isso acontece? Em razão dos custos de transação e barganha: quanto maior o número de partidos, mas difícil barganhar e construir coalizões políticas; ao contrário, quanto menor o número de partidos, mais fácil barganhar e estabelecer coalizões políticas. Com relação à instabilidade de sistemas presidencialistas, a lógica é semelhante, sendo útil uma analogia entre a separação dos Poderes e a desestabilização de cartéis na teoria antitruste: separar os Poderes do Estado desestabiliza cartéis políticos ao exigir a necessidade de maior cooperação entre os agentes estatais para monopolizar o governo. A lógica da separação dos Poderes na democracia é evitar a ditadura, assim como a lógica em uma economia competitiva é evitar o monopólio. Ocorre que, se em uma democracia a ausência de competição (entre partidos e entre Poderes) não é desejável, a sua manutenção não ocorre sem dificuldades: os custos de transação serão maiores quanto maior o número de Poderes. Além disso, temos ainda outra dificuldade: apesar de sabermos que a barganha política é típica entre os poderes eleitos (Executivo e Legislativo, geralmente), a maior separação dessas duas funções em um sistema presidencialista (o governo é formado por um corpo diferente do parlamento) aumenta a necessidade de intervenção do Judiciário, isto é, aumenta-se a judicialização da política (COOTER, R. *The strategic constitution*. Princeton University Press, 2002. p. 29-30, 53-4, 228).

<sup>32</sup> ARGUELHES, D. W.; RIBEIRO, L. M. 'The Court, it is I'? Individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and their implications for constitutional theory. *Global Constitutionalism*, v. 7, n. 2, p. 236-262, 2018; RODRIGUES, D. dos S. Judicialização da política e democracia – uma análise a partir de Chantal Mouffe e Mark Tushnet. *Revista Brasileira de Filosofia do Direito*, v. 5, n. 1, p. 100-121, 2019.

<sup>33</sup> MAPELLI JR., R. *Judicialização da saúde e políticas públicas: assistência farmacêutica, integralidade e regime jurídico-constitucional do SUS*. 2015. 369 f. Tese (Doutorado em Medicina) – Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 348-349. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5151/tde-23022016-162923/pt-br.php>. Acesso em: 2 jul. 2019.

os preços dos medicamentos; o PLC nº 56/2016, que pretende criar uma Política Nacional para Doenças Raras, em substituição à Portaria MS nº 199/2014).

Por fim, no que tange ao Poder Executivo, necessária maior análise sobre o aperfeiçoamento de compras públicas de tecnologias em saúde e parcerias mais cooperativas com a indústria, destacando-se a incipiente experiência dos contratos de compartilhamento de risco e de instrumentos análogos.

## 7 Conclusão

A partir dos votos já apresentados no Recurso Extraordinário nº 566.471/RN, pudemos concluir que o Poder Judiciário, aqui representado pelo STF, não valoriza um genuíno diálogo entre os Poderes, considerando os parâmetros das teorias dos diálogos institucionais (a valorização das capacidades institucionais de cada Poder, a autocontenção do Poder Judiciário, a inexistência de uma última palavra sobre conflitos constitucionais e a deferência à maior legitimidade democrática dos demais Poderes).

Nesse sentido, o voto do ministro Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário nº 566.741/RN é emblemático, pois, muito embora expressamente enuncie as teorias dos diálogos, de fato não as aplica de modo a solucionar o problema de o Poder Judiciário (com a ajuda dos NatJus) estar, na prática, realizando funções que são de competência *prima facie* do Ministério da Saúde e da CONITEC.

Fulminando os parâmetros das teorias dos diálogos institucionais, a tese fixada pelo ministro Barroso (particularmente no requisito *ii*, “a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes”), apesar dos avanços, ainda deixa a porta aberta para que se demande judicialmente o fornecimento de fármaco não incorporado quando sequer o Ministério da Saúde e CONITEC foram provocados. Se ao cidadão, mesmo antes de manifestação do Executivo e sem que este tenha descumprido suas obrigações legais na execução da política pública, é permitido cobrar no Judiciário o fornecimento de um fármaco ainda não incorporado, na prática tal entendimento persiste na dissolução do direito constitucional a políticas públicas de saúde em um mero direito subjetivo a medicamentos.

Assim, e conforme os parâmetros das teorias dos diálogos, o que deve caber ao Poder Judiciário é exigir do Executivo que cumpra melhor a política pública de assistência farmacêutica e de incorporação de tecnologias do SUS se, e somente se, ela não estiver sendo executada corretamente (casos de mora irrazoável, erro ou fraude).

Por fim, levantamos a hipótese de que, particularmente no Brasil, tais problemas possuem como uma de suas principais causas o déficit de *accountability* sobre o Poder Judiciário, o que merece maior estudo e atenção por parte da academia e dos

profissionais do sistema de justiça. Em termos gerais, no entanto, especialmente para a realização dos direitos sociais prestacionais por meio de políticas públicas adequadas, entendemos que há que o Poder Judiciário ampliar sua legitimidade democrática e aperfeiçoar o compartilhamento das consequências políticas e econômicas de suas decisões com a sociedade (*agir com o Outro*) e a capacidade de os indivíduos intervirem decisivamente na tomada de suas decisões (*capacidade de influência do Outro*), cobrança que cabe primordialmente à sociedade.

## Referências

ACKERMAN, B. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, p. 633-729, jan. 2000.

ALCÂNTARA, G. C. S. Judicialização da Saúde: uma reflexão à luz da teoria dos jogos. *Revista CEJ*, Brasília, v. 16, n. 57, p. 88-94, 2012. Disponível em: [www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1592/1569](http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1592/1569). Acesso em: 30 jun. 2019.

ARGUELHES, D. W.; RIBEIRO, L. M. 'The Court, it is I'? Individual judicial powers in the Brazilian Supreme Court and their implications for constitutional theory. *Global Constitutionalism*, v. 7, n. 2, p. 236-262, 2018.

ÁVILA, A. P. O.; MELO, K. C. C. de. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 83-108, abr. 2018. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2359-56392018000100083&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392018000100083&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 2 ago. 2019.

BARROSO, L. R. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471/RN. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 15 set. 2016. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-versa%CC%83o-final.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BERCOVICI, G. A Constituição invertida: a Suprema Corte Americana no combate à ampliação da democracia. *Lua Nova*, São Paulo, n. 89, p. 107-134, 2013. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452013000200005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000200005&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 10 maio 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm). Acesso em: 28 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Em. Decl. no Recurso Extraordinário 855.178/SE. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 22.05.2019. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Ata n. 12, de 22.05.2019. *DJE* n. 119, divulgado em 03.06.2019. Disponível em: [https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE\\_20190603\\_119.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20190603_119.pdf). Acesso em: 2 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471/RN. Relator: ministro Marco Aurélio. Andamento. Brasília, *DJe*, 11 set. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6#>. Acesso em: 3 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 631.240/MG. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Recorrido: Marlene de Araújo Santos. Acórdão. Julgamento: 03.11.2014. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Brasília, *DJe*, 10.11.2014. Ata n. 167/2014. *DJe* n. 220, divulgado em: 07.11.2014 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=275839084&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 657.718/MG. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 22 maio 2019. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Ata n. 12, de 22.05.2019. *DJE* n. 119, divulgado em 03.06.2019. Disponível em: [https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE\\_20190603\\_119.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20190603_119.pdf). Acesso em: 2 fev. 2020.

BURGOS, M.; VIANNA, L. W. Revolução processual do Direito e democracia progressiva. In: VIANNA, L. W. (org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ; FAPERJ, 2002. p. 337-491.

CLÈVE, C. M.; LORENZETO, B. M. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 3, set./dez. 2015. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/44534>. Acesso em: 2 jul. 2019.

COOTER, R. *The strategic constitution*. Princeton University Press, 2002.

FACHIN, E. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471/RN. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 28 set. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/resumo-voto-fachin-re-566471.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2019.

FERRAZ, O. L. M. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 3, p. e1934, nov. 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogy/article/view/80712>. Acesso em: 15 jan. 2020.

GODOY, M. G. de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

HIRSCHL, R. The political origins of the new constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 11, n. 1, p. 71-108, 2004.

KOZICKI, K.; ARAÚJO, E. B. Um contraponto fraco a um modelo forte: o Supremo Tribunal Federal, a última palavra e o diálogo. *Sequência*, Florianópolis, n. 71, p. 107-132, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n71/2177-7055-seq-71-00107.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2018.

MAPELLI JR., R. *Judicialização da saúde e políticas públicas: assistência farmacêutica, integralidade e regime jurídico-constitucional do SUS*. 2015. 369 f. Tese (Doutorado em Medicina) – Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5151/tde-23022016-162923/pt-br.php>. Acesso em: 2 jul. 2019.

MARIANO, C. M.; MAIA, I. C. Augusto. Possíveis contribuições do estado de coisas inconstitucionais para efetivação do serviço público de acesso a medicamento de alto custo: análise dos recursos extraordinários nº 566.471/RN e nº 657.718/MG. *Nomos*, Fortaleza, v. 38, p. 391-416, 2018. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/32036>. Acesso em: 30 jul. 2019.

MELLO, M. A. Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471/RN. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 27 set. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/numeroNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019.

MENDES, C. H. *Direitos fundamentais, separação dos Poderes e deliberação*. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas,

Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/pt-br.php>. Acesso em: 2 abr. 2018.

PIERRO, B. Demandas crescentes. *Pesquisa Fapesp*, v. 252, p. 18-25, fev. 2017. Disponível em: [https://revistapesquisa.fapesp.br/wp-content/uploads/2017/02/018-025\\_Judicializacao\\_252\\_NOVO.pdf](https://revistapesquisa.fapesp.br/wp-content/uploads/2017/02/018-025_Judicializacao_252_NOVO.pdf). Acesso em: 30 jun. 2019.

PRADO, M. M.; TREBILCOCK, M. J. Path dependence, development, and the dynamics of institutional reform. *Legal Studies Research Paper*, Toronto, n. 09-04, p. 1-46, 30 abr. 2009. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1415040>. Acesso em: 2 ago. 2019.

ROCHA, L. B.; SILVA, M. C. M. Judicialização da saúde: evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a partir dos REs 566.471 e 657.718. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas*, Bebedouro, v. 4, 2016. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/156>. Acesso em: 15 jul. 2019.

RODRIGUES, D. dos S. Judicialização da política e democracia – uma análise a partir de Chantal Mouffe e Mark Tushnet. *Revista Brasileira de Filosofia do Direito*, v. 5, n. 1, p. 100-121, 2019.

SOMBRA, T. L. S. Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na deliberação. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 236-273, abr. 2017. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322017000100236&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000100236&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 4 maio 2018.

TOMIO, F. R. de L.; ROBL FILHO, I. N. Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Revista de Sociologia e Política*, v. 21, n. 45, p. 29-46, 2013.

TUSHNET, M. *Weak Courts, strong rights: judicial review and social welfare rights constitutional law*. Kindle Edition. Princeton: Princeton University Press, 2008.

WANG, D. W. L. *Can litigation promote fairness in healthcare? The judicial review of rationing decisions in Brazil and England*. 2013. Thesis – London School of Economics and Political Science, London, 2013. Disponível em [http://etheses.lse.ac.uk/739/1/Wang\\_can\\_litigation-promote.pdf](http://etheses.lse.ac.uk/739/1/Wang_can_litigation-promote.pdf). Acesso em: 20 ago. 2019.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

RODRIGUES, Daniel dos Santos; LIMA, Jordão Horácio da Silva. Judicialização da saúde, acesso a medicamentos e diálogos institucionais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 161-180, jan./mar. 2021.

---