

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

CECÍLIA BRÊDA DE ANDRADE LIMA

**O ATIVISMO E A AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL NAS DEMANDAS POR
MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO**

Recife
2018

CECÍLIA BRÊDA DE ANDRADE LIMA

**O ATIVISMO E A AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL NAS DEMANDAS POR
MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução
Cristã como requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Henrique Weil Afonso.

Recife
2018

Ficha catalográfica
Elaborada pela biblioteca da Faculdade Damas da Instrução Cristã

L732a Lima, Cecília Brêda de Andrade.
O ativismo e autocontenção judicial nas demandas por medicamentos de alto custo / Cecília Brêda de Andrade Lima. - Recife, 2018.
60 f.

Orientador: Prof. Dr. Henrique Weil Afonso.
Trabalho de conclusão de curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2018.
Inclui bibliografia

1. Direito. 2. Medicamentos. 3. Ativismo judicial. 4. Poder judiciário.
I. Afonso, Henrique Weil. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título.

340 CDU (22. ed.)

FADIC (2019-176)

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

CECÍLIA BRÊDA DE ANDRADE LIMA

O ATIVISMO E A AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL NAS DEMANDAS POR
MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Prof. Dr. Henrique Weil Afonso

Examinador(a)

Examinador(a)

Dedico esse trabalho de conclusão de curso aos meus pais, Maurício de Andrade Lima e Lucia Helena Brêda de Andrade Lima, pelo apoio que sempre me deram.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de iniciar agradecendo aos meus pais, Maurício e Lucia, por terem me apoiado, incentivado e dado a oportunidade de fazer a Faculdade de Direito, pois sempre me ajudaram a conquistar os meus objetivos.

A Túlio por ter me influenciado a fazer o Curso de Graduação em Direito, mesmo após a realização de outro curso de graduação, e à Ana Luísa pelo incentivo.

Agradeço também ao professor Henrique Weil que, com o seu apoio e a sua excelente capacidade didática, forneceu-me as ferramentas necessárias para a realização, além de ter feito uma minuciosa revisão do presente trabalho.

À coordenadora Renata Celeste, por ter acreditado em nossa turma e por estar sempre disponível a ajudá-la, além do necessário.

Por fim, aos demais professores, colegas e amigos com quem tive contato durante o curso, pois eles proporcionaram ótimos debates ao longo de toda a trajetória, contribuindo para a construção do conhecimento.

“Não faças de ti um sonho a realizar.
Vai. Sem caminho marcado. Tu és o de
todos os caminhos”.

Cecília Meireles

RESUMO

O presente estudo analisa o ativismo e a autocontenção judicial nas demandas por medicamentos de alto custo. O tema se mostra bastante relevante para a população de forma geral, sobretudo para as pessoas enfermas que não possuem condições de arcar com o alto custo desses medicamentos. Desse modo, questiona-se: qual é o limite da responsabilidade estatal na prestação de medicamentos de alto custo, aprovados pela ANVISA, mas não relacionados na tabela do SUS, à população? Muito embora a formulação de políticas públicas seja realizada pelos Poderes Executivo e Legislativo, representantes eleitos pelo povo, deve-se levar em consideração os direitos fundamentais à vida e à saúde, entendendo-se que, nos casos em que esses direitos fundamentais forem violados ou negligenciados pelo Estado na formulação dessas políticas públicas, o Poder Judiciário pode ser provocado para intervir, perante qualquer ente da unidade federativa, a fim de garanti-los. Assim, verifica-se se é obrigação do Estado prestar esses medicamentos de alto custo. A pesquisa realizada é do tipo descritiva, o método por ela utilizado é o dedutivo e a metodologia adotada é a qualitativa. Ao final da pesquisa, por meio de uma análise, com base em um aparente conflito entre a lei que regula todas as ações e serviços de saúde no Brasil e uma decisão sobre o tema proferida pela Primeira Seção do STJ, chega-se à conclusão de que, para que esses direitos fundamentais possam atingir a máxima eficácia possível, ambos devem ser aplicados, tanto o fornecimento gratuito de alguns medicamentos fornecidos pelo Poder Executivo, quanto as decisões decorrentes do Poder Judiciário, que determinem a garantia de medicamentos não previstos na lei. No entanto, o Poder Judiciário deve observar os critérios estabelecidos pelo STJ em seu julgamento para a garantia da previsibilidade do processo e da segurança jurídica.

Palavras-chave: Medicamentos. Ativismo judicial. Poder Judiciário.

ABSTRACT

The present study analyzes the judicial activism and self-restraint in the demands for high-cost drugs. The topic is very relevant for the population in general, especially for sick people who can not afford the high cost of these drugs. Thus, it is questioned: what is the limit of state responsibility in the provision of high-cost drugs, approved by ANVISA, but not related in the SUS table, to the population? Although the formulation of public policies is carried out by the Executive and Legislative Branches, elected by the people, the fundamental rights to life and health must be taken into account, provided that, in those cases where these fundamental rights are violated or neglected by the State in the formulation of these public policies, the Judiciary may be brought to intervene before any entity of the federative unit in order to guarantee them. It is therefore clear whether it is the State's obligation to provide such high-cost medicines. The research carried out is of the descriptive type, the method used by it is the deductive and the methodology adopted is qualitative. At the end of the research, through an analysis, based on an apparent conflict between the law that regulates all health actions and services in Brazil and a decision on the topic given by the First Section of the STJ, the conclusion is reached that, in order for these fundamental rights to be as effective as possible, both the free supply of certain medicines supplied by the Executive Power and the decisions deriving from the Judiciary, which determine the guarantee of medicines not provided by law, must be applied. However, the Judiciary must observe the criteria established by the STJ in its judgment to ensure the predictability of the process and legal certainty.

Keywords: Medicines. Judicial activism. Judiciary.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

CONITEC – Comissão Nacional de Tecnologias do SUS

CPC – Código de Processo Civil

Rename - Relação Nacional de Medicamentos

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUS – Sistema Único de Saúde

TCU – Tribunal de Contas da União

TRF-5 – Tribunal Regional Federal da 5ª Região

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. A EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO E AS DEMANDAS POR MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO.....	13
2.1 Antecedentes Históricos e Premissas Teóricas do Constitucionalismo.....	13
2.2 A Eficácia das Normas Constitucionais.....	20
2.3 O Constitucionalismo e o Direito à Saúde.....	24
3. NEOCONSTITUCIONALISMO E O LIMITE DA AÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO CUMPRIMENTO DOS DEVERES FUNDAMENTAIS.....	30
3.1 O Ativismo Judicial e as Demandas por Direitos Fundamentais.....	31
3.2 A Autocontenção Judicial.....	37
3.2 A Importância da Separação e da Autonomia dos Poderes e a Necessidade do Sistema de Freios e Contrapesos Para a Efetivação da Democracia.....	40
4. ANÁLISES JURISPRUDENCIAIS.....	45
4.1 Das Razões para o Indeferimento da Medicação.....	45
4.2 Das Razões para o Deferimento da Medicação.....	47
4.3 A Segurança Jurídica e a Importância do Julgamento Proferido Pela Primeira Seção do STJ.....	50
5. CONCLUSÃO.....	56
6. REFERÊNCIAS.....	58

1 INTRODUÇÃO

Apesar da existência de uma gama de assuntos que versam acerca da saúde, há destaque para a discussão quanto ao fornecimento de medicamentos de alto custo, sobretudo os que, embora sejam aprovados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, não constam na relação de medicamentos fornecidos pelo Estado por meio da tabela do Sistema Único de Saúde – SUS. Além disso, questiona-se quais seriam os entes responsáveis pela prestação desses medicamentos.

Dessa forma, pode-se encontrar uma grande quantidade de processos judiciais com o objetivo de requerer medicamentos prescritos que se encontram nessa situação. Ademais, a questão dos medicamentos de alto custo foi tema controverso perante o Superior Tribunal de Justiça – STJ, pois até o mês de abril de 2018, quando finalmente o Tribunal decidiu acerca do tema, ele não era pacificado.

Essa falta de pacificação do tema fazia com que existissem diversas decisões em sentidos diversos, ainda que proferidas por juízes vinculados ao mesmo Tribunal, o que causava a falta de previsibilidade das demandas e uma grande insegurança jurídica.

Assim, o desenvolvimento do tema é de suma importância para as pessoas que necessitam ou que possam vir a necessitar desses medicamentos, o que pode atingir a maior parte da população brasileira, tendo em vista que poucas possuem condições de arcar com os seus elevadíssimos custos. Faz-se importante ressaltar que a tabela do SUS pode demorar bastante tempo para sofrer atualizações, o que causa uma grande defasagem dos medicamentos fornecidos pelo Estado, visto que, em muitos casos, já existem fórmulas bem mais eficientes no mercado.

Discute-se se há um limite a ser imposto pelos Tribunais Superiores ou se é prestação obrigatória do Estado garantir o acesso da população, que não dispõe de recursos financeiros suficientes, a esses medicamentos.

Nesse contexto é proposta da presente pesquisa buscar a resposta do seguinte problema: qual é o limite da responsabilidade estatal na prestação de medicamentos de alto custo, aprovados pela ANVISA, mas não relacionados na tabela do SUS, à população?

Trabalha-se com a hipótese de que o não fornecimento do medicamento por parte do Estado, pelo simples fato dele não estar enquadrado na relação do SUS, apesar de todas as indicações médicas da necessidade e urgência de seu uso, mostra-se medida desarrazoada, tendo em vista as previsões de âmbito internacional e nacional que dispõem acerca do assunto.

Ademais, caso não sejam fornecidos os medicamentos pleiteados, os requerentes continuarão sofrendo com os efeitos da falta de tratamento, podendo vir a óbito, situação que vai de encontro ao ordenamento jurídico brasileiro e internacional. Assim, entende-se ser de total responsabilidade do Poder Público o fornecimento de medicamentos para que todas as pessoas tenham acesso à saúde, além de poder ser cobrado perante quaisquer entes da unidade federativa do Brasil e, caso não sejam espontaneamente fornecidos, poderão ser pleiteados perante o Poder Judiciário.

Cumpra informar que o Poder Judiciário não é provocado para que assuma o papel do Executivo e forneça os medicamentos, contrariando-o e invadindo a sua competência, mas sim para servir como um garantidor de direitos fundamentais que foram previstos na Constituição Federal pelo próprio legislador constituinte e que não poderiam ser negados pelo Estado.

Assim, o limite constitucional para prestação desses medicamentos não deve ser o previsto na lei que regula o SUS, mas sim o que segue os três critérios que o STJ, em seu julgamento, determinou estarem de acordo com a Constituição: que o ator da ação comprove a imprescindibilidade do fármaco, por meio de laudo fundamentado pelo médico que o acompanha, explicando o motivo pelo qual não servem os fornecidos pelo SUS; a comprovação da incapacidade financeira do autor em arcar com os altos custos do medicamento; e a obrigatoriedade de registro do medicamento perante a Anvisa.

Diante do exposto, o presente trabalho tem como objetivo geral verificar se é obrigação do Estado prestar medicamentos de alto custo, aprovados pela ANVISA, mas não previstos na relação de medicamentos fornecidos pelo SUS. Para tanto, estabeleceu como objetivos específicos a) abordar os antecedentes históricos e as premissas teóricas do constitucionalismo, relacionando-os com a eficácia das normas constitucionais e o direito à saúde; b) avaliar qual é o papel do Poder Judiciário na efetivação da garantia do fornecimento de medicamentos de alto custo; c) analisar jurisprudências que divergem entre si, proferidas por juízes vinculados ao mesmo tribunal, e a decisão do STJ, investigando se deve existir limite na prestação de medicamentos fornecidos pelo Estado para a garantia da segurança jurídica.

A pesquisa realizada é do tipo descritiva, o método por ela utilizado é o dedutivo e a metodologia adotada é a qualitativa, realizada com base em doutrinas, artigos científicos, monografias, jurisprudências e legislação brasileira e internacional, proporcionando a elaboração dos capítulos, com a conclusão a que se chegou implicitamente no decorrer do texto.

Em consonância com os objetivos específicos, o primeiro capítulo aborda os antecedentes históricos do constitucionalismo e as suas premissas teóricas e a eficácia das

normas constitucionais, relacionando os temas com o direito à saúde, expondo as principais normas constitucionais, legais e internacionais que versam acerca do tema.

Em seguida, é demonstrado o papel essencial do Poder Judiciário, por meio do ativismo judicial, na efetivação da garantia dos referidos medicamentos, quando da omissão estatal, expondo o seu contraponto, ou seja, a autocontenção judicial, e ressaltando a importância do respeito à separação dos poderes e a necessidade de um sistema de freio e contrapesos para a efetivação da democracia.

Por fim, é realizada uma análise de jurisprudências com sentidos diversos proferidas por juízes vinculados ao mesmo tribunal, investigando se deve existir limite na prestação de medicamentos fornecidos pelo Estado, tendo por base o aparente conflito entre a Lei nº 8.080, que regula todas as ações e serviços de saúde no território brasileiro e a decisão proferida pela Primeira Seção do STJ sobre o tema e a importância do estabelecimento de um parâmetro a ser seguido por todos os tribunais a fim de que se possibilite a existência de previsibilidade e segurança jurídica para esse tipo de demanda.

2 O CONSTITUCIONALISMO E AS DEMANDAS POR MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

Um dos mais polêmicos temas relacionados à saúde no Brasil diz respeito ao fornecimento de medicamentos que foram aprovados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, mas que não são fornecidos pelo Sistema Único de Saúde - SUS.

Cumpre mencionar que foi a Constituição Federal de 1988 que introduziu o direito à saúde, em seu artigo 196, como direito de todos e dever do Estado, inspirando-se no princípio da igualdade: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988).

No Brasil, pode-se afirmar que a Constituição passou a ter uma maior força e papel central no ordenamento jurídico brasileiro com a restauração da democracia, que ocorreu com o fim do regime militar.

Assim, seguindo o que aconteceu na Europa e em outros países, a Constituição passou a ser norma jurídica autêntica, podendo ser invocada pelo Poder Judiciário para invalidar leis ou outros atos normativos que não estejam de acordo com ela. Essa situação fez com que houvesse um fortalecimento do Poder Judiciário, que não mais estaria em situação de inferioridade quando comparado aos Poderes Legislativo e Executivo.

Dessa forma, para que seja possível visualizar o papel de protagonismo da Constituição Federal, faz-se uma abordagem dos antecedentes históricos e das premissas teóricas do constitucionalismo, que elevaram a Constituição para o centro do ordenamento jurídico de diversos países, especialmente o Brasil, ressaltando a maior atuação do Poder Judiciário. Também se analisa a classificação das normas constitucionais e a proteção ao direito fundamental à saúde, dentro da abordagem constitucionalista.

2.1 Antecedentes Históricos e Premissas Teóricas do Constitucionalismo

A Constituição é um fruto da Modernidade e surgiu após o movimento iluminista e as revoluções burguesas, entre os séculos XVII e XVIII, que ocorreram na Inglaterra, Estados Unidos e França, entendem Cláudio Pereira de Souza Neto e de Daniel Sarmento (2014, p.69). Dessa forma, pode-se afirmar que a Constituição está diretamente ligada ao constitucionalismo moderno, que tem por ideologia a indispensabilidade de um governo limitado, para a organização político-social de uma comunidade, garantindo o direito dos governados.

Embora a ideia de Constituição esteja atrelada ao constitucionalismo moderno, é importante mencionar que também existiram movimentos constitucionais durante a Antiguidade e a Idade Média, conforme Souza Neto e Sarmiento (2014, p. 70-72).

Na Antiguidade foi possível identificar uma tímida ideia de constitucionalismo entre os hebreus, com um Estado teocrático, em que era assegurado aos profetas o poder de fiscalizar os atos de governo que extrapolassem os limites bíblicos.

Também foi possível fazer essa análise na antiguidade grega e romana. Na Grécia, nos séculos VI e IV a.C., durante algum tempo, prevaleceu a democracia direta, já que os seus cidadãos podiam deliberar, de forma direta, nas assembleias de praças públicas, acerca dos principais assuntos de interesse geral.

No entanto, essa participação não era direito de todos, apenas os homens livres podiam deliberar, as mulheres, os escravos e os estrangeiros eram proibidos de participar. Cumpre mencionar que existiam as funções públicas exercidas por magistrados, geralmente escolhidos por meio de sorteio, entre os cidadãos, mas eles se subordinavam às discussões da assembleia.

A ideia de um “pensamento constitucional” corresponde a experiências modernas e contemporâneas, e o termo *constituição*, de uso tão corrente nos séculos mais recentes, encontra com os seus antecessores na Antiguidade vocábulos que tinham acepção algo diferente (SALDANHA, p. 186).

A organização política grega era chamada de *politeia*, o que, para os historiadores, poderia significar Constituição. Embora existisse uma política que visava limitar o poder de atuação das autoridades, ela se preocupava mais com o bem comum, de que com a garantia das liberdades individuais. Dessa forma, para os gregos, a liberdade se restringia a fazer parte das referidas deliberações públicas. As pessoas não eram consideradas em suas individualidades, eram sempre vistas como partes integrantes de um grupo.

Em Roma, embora com ideias constitucionais ainda muito prematuras, já eram realizadas, de maneira moderna, a forma de separação dos poderes. Assim, eram repartidos em Consulado, Senado e Assembleia, visando a moderação do poder político.

O indivíduo não estava apenas sujeito à noção de coletividade, como ocorria na Grécia, já existia uma noção de individualidade e da ideia de propriedade. Também existia o Direito Privado romano e os direitos civis de seus cidadãos, a exemplo da proteção ao casamento, aos negócios jurídicos realizados, ao testamento e a possibilidade de postular em juízo.

A Idade Média, que teve início com a queda do Império Romano, foi um período de amplo pluralismo político, pois não havia um monopólio, o poder político era dividido entre a igreja, os reis, os senhores feudais, as cidades, as corporações de ofício e o imperador, sem nenhum tipo de divisão de competência ou de hierarquia entre eles, o que os afastava muito do constitucionalismo moderno.

No entanto, no fim da Idade Média, foram celebrados pactos entre reis e estamentos sociais superiores, que garantiam aos seus integrantes alguns direitos e prerrogativas, limitando o exercício do poder político. O pacto mais conhecido é a Carta Magna de 1215, da Inglaterra, assinada pelo Rei João Sem Terra, na qual ele assumia o compromisso de respeitar alguns direitos dos nobres cidadãos ingleses. A grande diferença desse pacto para o constitucionalismo moderno é que ele era restrito a poucos, não possuía um caráter universal.

O constitucionalismo moderno, ainda segundo Souza Neto e Sarmiento (2014, p. 72-74) de maneira distinta de como ocorria na Antiguidade e na Idade Média, distingue-se por limitar a atuação do Estado em face da liberdade individual e surge como uma forma de rompimento com o Estado Absolutista. O pluralismo político da Idade Média impedia que houvesse uma expansão do comércio, visto que cada feudo tinha as suas próprias regras e moeda.

Foi com a organização dos Estados Modernos que a pluralidade de fontes deu lugar ao ordenamento jurídico estatal, unificando o poder. Dessa forma, passou a existir o monismo, ou seja, somente o Estado possuiria legitimidade para produzir normas. O marco histórico do constitucionalismo moderno ocorreu com a elaboração das Constituições dos Estados Unidos da América, de 1787, e da França, de 1791.

Na visão de Thomas Hobbes, teórico absolutista, todas as pessoas passariam a abrir mão de suas liberdades individuais, em prol do Estado, por meio do contrato social. Para ele, não importava o que estava contido no ato normativo, pois seria válido se emanado pelo soberano.

Contudo, ao passo em que o Estado concentrou o poder de maneira irrestrita, passou a agir de maneira arbitrária, prejudicando o desenvolvimento do capitalismo. Essa situação revoltou a burguesia, que almejava a proteção da liberdade e dos contratos. A partir desse momento, passou-se a acreditar que o próprio Estado deveria estar submetido a um ordenamento jurídico estável e racional.

Ademais, com o fim da unidade religiosa na Europa, encerrou-se a possibilidade de fundamentar as normas políticas na vontade divina. Foi então necessário fornecer bases

racionais e secularizadas para o poder político, com a necessidade de reconhecimentos de direitos individuais invioláveis, a fim de encerrar o período de instabilidade política na Europa.

Foi a partir desse momento que as pessoas passaram a ser vistas em suas individualidades, como seres racionais e titulares de direitos, independentemente da posição social em que se encontravam. Assim, passaram a ser reconhecidos os direitos universais, inerentes a todos os indivíduos. Foi nesse período que o contrato passou a ser o instituto de formalização dos vínculos sociais.

Dessa forma, na visão do contratualismo liberal de John Locke, diferentemente de como ocorria na visão absolutista, no contrato social, o indivíduo cede apenas uma parcela de sua liberdade ao Estado, permanecendo com alguns direitos naturais, que devem ser obrigatoriamente respeitados.

O constitucionalismo moderno, na visão dos referidos autores, possui três pilares, o primeiro diz respeito à restrição do poder dos governantes, por meio da separação dos poderes, a segunda é a garantia dos direitos individuais, tidos como direitos negativos oponíveis ao Estado e o último é a necessidade de legitimação do governo pelo consentimento dos governados, por meio da representação democrática. No entanto, ressaltam os autores que o último desses pilares não foi sempre respeitado, visto que os Estados constitucionais, até meados do século XX, adotavam o voto censitário e masculino, justificando que somente os homens mais instruídos e de melhor condição social poderiam representar de forma adequada a vontade de todos.

É válido mencionar que as versões mais influentes do constitucionalismo moderno ocorreram na Inglaterra, nos Estados Unidos e na França.

A principal característica do constitucionalismo moderno foi a criação de Constituições, ou seja, leis fundamentais que visassem a delimitação do poder do Estado. Assim, foram criadas Constituições escritas e rígidas, inspiradas pelos ideais do Iluminismo e que visavam a proteção da liberdade.

Ocorre que, essas primeiras Constituições, ditas liberais, continham basicamente normas que regulavam a organização do Estado, do exercício e da limitação do poder estatal, estabelecendo direitos e garantias fundamentais aos indivíduos e a separação dos poderes. Isto porque o Estado era tido como o maior adversário dos direitos, o que justificava a sua limitação, em defesa da liberdade individual. Dessa forma, a referida fase ocorreu conforme a primeira geração dos direitos fundamentais, amplamente relacionada ao ideal de liberdade.

Nessa época se defendia o Estado mínimo e se confiava na mão invisível do mercado, na promoção de um bem comum. O Estado não deveria interferir na esfera econômica,

que seria sujeita apenas às forças do próprio mercado. Ele seria responsável pela segurança da população e das propriedades, mas não poderia intervir no âmbito social, pois se partia da premissa de que sujeitos iguais poderiam celebrar os seus próprios negócios jurídicos. Assim, determinadas áreas sociais eram regidas pelo direito privado, como por exemplo as relações de trabalho, que não permitiam que o Estado agisse em favor dos trabalhadores.

Cumprir mencionar que o liberalismo considerava a igualdade, mas numa premissa meramente formal, não se preocupava com a promoção da igualdade material entre todos. Ademais, apesar de pregar a igualdade para todos, restringia o direito ao voto aos integrantes da elite econômica. Tal situação obstava que as demandas das classes menos favorecidas fossem discutidas no parlamento e servissem para a elaboração de novas normas jurídicas. Esses casos eram mais notórios em países que tiveram a escravidão, a exemplo do Brasil e dos Estados Unidos.

Assim, na visão de Souza Neto e Sarmiento (2014, p. 81) “Não havia qualquer preocupação com a liberdade real das pessoas, que pressupõe a existência de condições materiais mínimas necessárias para que cada um possa fazer conscientemente as suas escolhas e persegui-las em sua vida particular”.

Dessa forma:

[...] o modelo não estatista do liberalismo iria tender e conceder crescentemente ao estatismo. O direito natural (como teoria dos direitos naturais) havia nutrido as reformulações constitucionais, mas aos poucos punha o problema de serem as “liberdades naturais”, algo estranho ao jurídico (SALDANHA, p. 189).

Entende-se que a referida liberdade voltava-se à esfera econômica, não protegendo o plano da liberdade existencial, não sendo essa noção de liberdade aplicada aos mais pobres. Dessa forma, mantinha-se o *status quo*, garantindo que o alto escalão da sociedade se mantivesse no poder, sem se preocupar com a condição dos menos favorecidos, que muitas vezes na extrema miséria. Essa situação fez com que se buscasse por um maior ideal de igualdade e de dignidade da pessoa humana.

Foi no início do século XX que se percebeu a necessidade de se concretizar a igualdade de oportunidades a todos, com o advento da ideologia socialista. Foi então que surgiram as primeiras constituições relativas à segunda geração dos direitos fundamentais, a Constituição Mexicana, de 1917, e a Constituição Alemã, de Weimar, de 1919. Elas estabeleceram os direitos sociais, econômicos e culturais, com um ideal de igualdade. Pode-se afirmar que essa fase inaugurou o constitucionalismo contemporâneo.

No Brasil, essa forma de constitucionalismo surgiu com o advento da Constituição Federal de 1934, que foi a terceira Constituição do país, tendo sido a primeira a tratar acerca da ordem econômica e social, cuja criação foi inspirada na Constituição Alemã de 1919.

Com a pressão social dos grupos que eram excluídos, junto ao medo da burguesia diante de possíveis revoluções com ideais de esquerda, em meio a um cenário do crescente índice de desemprego e inadimplência, o Estado abandona então o abstencionismo e passa a intervir na sociedade, a fim de dirimir as desigualdades existentes.

O marxismo, o socialismo utópico e a doutrina social da Igreja Católica contribuíram com as ideias para o constitucionalismo social, pois todos criticavam os abusos do liberalismo burguês. Percebeu-se que a economia não regulamentada era incompatível com o desenvolvimento econômico e com a estabilidade social, a exemplo da quebra da Bolsa de Nova York, em 1929.

Houve então uma expansão das pessoas que teriam direito ao voto, o que terminou levando questões inerentes aos mais excluídos ao parlamento e ajudou a finalizar com as políticas voltadas exclusivamente para a burguesia. Dessa forma, o Estado passou a intervir nas atividades econômicas e a realizar políticas públicas para garantir certos direitos sociais, a exemplo da saúde, da previdência social, da moradia e da educação. O Estado passou a ter uma participação cada vez mais atuante na seara econômica, exercendo ele mesmo muitas atividades de produção de bens e serviços, a exemplo das grandes obras públicas.

Nesse momento a propriedade privada passou a ser flexibilizada, pois só seria inviolável nos casos em que cumprisse com a sua função social. Os contratos também passaram a ser relativizados, pois a negociação não mais seria livre, visto que o Estado poderia intervir em favor das partes mais vulneráveis.

Dessa forma:

A separação dos poderes foi flexibilizada, para possibilitar uma atuação mais forte dos poderes públicos na seara social econômica. A produção de normas cresceu exponencialmente, para dar conta das demandas por regulação em sociedades cada vez mais complexas, deixando de ser monopolizada pelo Legislativo. Mas é a função administrativa que mais se avolumou, pela crescente necessidade de prestação de serviços e de intervenção estatal direta ou indireta na ordem econômica (SARMENTO; SOUZA NETO, p. 83).

Em muitos lugares, a falência do liberalismo e a necessidade de uma maior intervenção estatal, entre 1930 e 1940, foram utilizadas como justificativas para a instalação de governos totalitários e autoritários, que eliminaram alguns direitos individuais e a própria democracia, não adotando esses locais um constitucionalismo social.

O constitucionalismo social era mais inclusivo e sensível às condições dos indivíduos e visava ampliar a noção de liberdade e dignidade para as esferas desprivilegiadas da sociedade.

Ainda no século XX, segundo ensinam Souza Neto e Sarmiento (2014, p. 88-96) a elaboração das Constituições passou a se preocupar de forma mais acentuada com os interesses coletivos, ou seja, com os direitos transindividuais, ou metaindividuais, incluindo os direitos difusos, os direitos coletivos e os direitos individuais homogêneos. Assim, a terceira geração dos direitos fundamentais foi marcada pelos ideais de fraternidade. São exemplos desses direitos coletivos o direito ao meio ambiente equilibrado, ao desenvolvimento, à paz social, à comunicação entre os povos.

É importante ressaltar que até meados do século XX as Constituições era utilizada para inspirar o Poder Legislativo, mas não era ela uma norma jurídica que poderia ser utilizada pelo Poder Judiciário para solucionar casos concretos. As leis e códigos criados pelo Poder Legislativo é que ocupavam um papel central, já que o Legislativo seria legítimo e representaria a vontade da maioria. Ao Poder Judiciário somente era permitida a análise dos casos concretos, aplicando-lhes as normas já existentes. Assim, não era possível o controle de constitucionalidade das leis, o Judiciário tinha um papel bastante reduzido.

Foi com o fim da Segunda Guerra Mundial que a Constituição passou a assumir papel central no ordenamento jurídico, sobretudo na Europa, devido à ocorrência de graves violações aos direitos humanos ocorridas durante o Nazismo. Percebeu-se então a necessidade de controlar os abusos cometidos. Nessa época, países como Alemanha, Itália e França criaram Tribunais ou Cortes Constitucionais que passaram a exercer o controle de constitucionalidade das demais normas jurídicas. Tal modelo se expandiu para países fora do continente europeu. No Brasil, a Constituição passou a ter mais força com o fim do regime militar e com a restauração da democracia.

As constituições passaram a ser normas jurídicas autênticas, podendo ser invocadas pelo Poder Judiciário para invalidar leis ou outros atos normativos que não estejam de acordo com elas. Houve então um fortalecimento do Poder Judiciário, que não mais estaria em situação de inferioridade quando comparado aos Poderes Legislativo e Executivo, com representantes eleitos majoritariamente.

Mesmo que com o advento do constitucionalismo contemporâneo o Estado seja soberano e adote a Constituição como a sua norma jurídica central, sendo ele o detentor do monopólio para a produção de normas jurídicas, para a jurisdição e para o uso da força em seu território, não se pode desconsiderar o fenômeno de globalização mundial e o advento de

normas e tratados de caráter internacional, sobretudo os que versam acerca dos direitos humanos e do direito ambiental.

O Brasil, após o Pacto de San José da Costa Rica, passou a atribuir o caráter de norma Constitucional aos Tratados de Direitos Humanos aprovados por três quintos do Senado e da Câmara dos Deputados em dois turnos cada. Contudo, os demais tratados internacionais ratificados pelo país são normas infraconstitucionais e para que tenham eficácia, devem estar em consonância com a Carta Magna.

É importante dizer que outras formas de jurisdição, não exercida pelo Estado Soberano, estão acontecendo por conta do direito transnacional, alguns exemplos são as cortes arbitrais utilizadas por muitas empresas multinacionais e o direito regional ao qual se submetem os países da União Europeia, embora ainda não seja possível falar da existência de uma Constituição Regional.

Esse breve histórico acerca da evolução do constitucionalismo é necessário para mostrar como a Constituição passou a ser o centro do ordenamento jurídico de diversos países, sobretudo do Brasil, e para entender que os direitos fundamentais nela contidos possuem aplicabilidade imediata, a exemplo do direito à saúde e do direito à vida, conforme o seu artigo 5º, parágrafo 1º.

Dessa forma, quando as pessoas não tiverem esses direitos fundamentais garantidos ou caso eles sejam violados, podem socorrer-se ao Poder Judiciário para que ele determine que o Poder Público cumpra o que foi constitucionalmente previsto, já que há essa viabilidade, segundo o entendimento do Ministro Luiz Roberto Barroso (2008, p.6).

Por fim, é importante mencionar que o Brasil, além de prever expressamente o direito à saúde e a vida em sua Carta Magna, também é signatário de tratados internacionais que protegem o direito fundamental à vida, dentre eles a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

2.2 A Eficácia das Normas Constitucionais

As normas constitucionais, para Sarmiento e Souza Neto (2016, p. 361 e 362), em regra, incidem diretamente sobre a realidade social e podem ser aplicadas em casos concretos, sem que seja necessária a edição de normas infraconstitucionais. Isto porque as normas constitucionais consagram os princípios e valores mais relevantes de uma comunidade política.

Assim, ainda segundo os autores, as normas previstas na Constituição devem servir para orientar o operador do Direito na interpretação e na aplicação de todas as normas

infraconstitucionais, além de servirem como parâmetro de validade para as demais normas, que não podem ser com elas conflitantes.

Uma característica comum das normas constitucionais é o elevado grau de abstração de seus textos. Essa abertura é bastante importante, já que assegura uma maior plasticidade à Constituição, pois ela pode evoluir em sua interpretação, sem que haja a necessidade de uma alteração formal, ou seja, sem que seja necessária a alteração de seu texto.

Entretanto, essa plasticidade da Carta Magna faz com que ocorra uma maior falta de previsibilidade e de segurança jurídica nos julgamentos de causas que se utilizam de suas normas. Ademais, com a possibilidade do controle de constitucionalidade, essa abertura faz com as pessoas se socorram cada vez mais ao Poder Judiciário, que poderá invalidar decisões proferidas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo.

Dessa forma, é de suma importância que os intérpretes do Poder Judiciário resolvam os conflitos constitucionais com base em argumentações plausíveis, motivando as suas decisões, para que evitem excessos em suas interpretações.

Cumprido mencionar que diversos doutrinadores procuraram classificar as normas constitucionais, Ruy Barbosa (BARBOSA, *apud* SARMENTO; SOUZA NETO, 2016, p. 370) foi um deles, que, baseado no ordenamento jurídico norte-americano, propagou que as normas constitucionais seriam classificadas em autoaplicáveis e não autoaplicáveis. Assim, as primeiras seriam aquelas que contivessem em seu texto todos os elementos para que fosse possível a sua imediata aplicação e incidiriam independentemente de atuação legislativa. As não aplicáveis seriam normas mais vagas, que dependeriam de uma regulamentação infraconstitucional para que pudessem ser aplicadas.

Contudo, a classificação dada por José Afonso da Silva (SILVA, *apud* MORAES, 2015, p. 11 e 12), quanto aos efeitos das normas constitucionais, foi a mais difundida no Brasil. Para ele, todas as normas seriam dotadas de algum grau de eficácia, embora fossem variáveis. Classificou-as em três grupos.

As primeiras são as normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata, que não necessitam de legislação infraconstitucional, pois já possuem aptidão para produzir todos os efeitos jurídicos com o advento da Constituição. Ademais, esses efeitos sequer podem ser restringidos pela legislação infraconstitucional. Para Maria Helena Diniz (DINIZ, *apud* MORAES, 2015, p. 12 e 13), acima das plenas existiriam ainda as normas de eficácia absoluta, que não poderiam ser restringidas, ainda que por meio de emenda constitucional

As normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata já possuem total condição para que produzam os seus efeitos, ainda que desprovidas de regulamentação. No entanto, podem sofrer limitações com edição de normas infraconstitucionais posteriores que as regulamentem.

Por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada são as que possuem eficácia indireta e reduzida, são normas postergadas e agem de maneira mediata, já que somente com a edição de uma norma infraconstitucional podem produzir a eficácia. Muito embora dependam de uma norma posterior que as regulamentem, elas já são capazes de produzir alguns efeitos jurídicos.

As normas constitucionais de eficácia limitada são subdivididas em normas de princípio institutivo e normas de princípios programáticos. As primeiras são as que o legislador constituinte previu esquemas, de maneira geral, acerca da estruturação e atribuições de determinados órgãos, entidades ou institutos. Contudo, cabe ao legislador ordinário estruturá-los por meio de lei. Um exemplo de norma institutiva seria a prevista no art. 131 da Constituição Federal, que prevê a existência da Advocacia Geral da União, no entanto necessita de uma norma superveniente para a sua criação.

As normas de princípios programáticos são implementadas para organizar uma política de governo que devem ser seguidas pelo legislador ordinário. Elas estabelecem as diretrizes e os fins apontados pelo Estado para atingir as finalidades sociais. Um exemplo ocorre no art. 170, VIII, da Constituição Federal, que aduz ser princípio da ordem econômica a busca do pleno emprego, sem, no entanto, definir o que isso significa.

Muito embora a classificação das normas dada por José Afonso da Silva seja bastante difundida no Brasil, ela não está isenta de críticas. Dessa forma, Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 30 e 31) afirma serem incompatíveis essa classificação dada às normas e a teoria contemporânea dos direitos fundamentais, já que não existem direitos fundamentais de caráter absoluto, assim, nenhum deles poderia ter eficácia plena. Isso acontece porque os direitos fundamentais podem ser relativizados, de maneira proporcional, para que outros direitos também possam ser tutelados. Dessa forma, as normas de eficácia plena e as normas de eficácia contida produziriam o mesmo efeito.

Assim, para Virgílio Afonso da Silva, a efetivação dos direitos fundamentais acontece por meio da intervenção estatal que procura assegurar as condições fáticas, sociais e institucionais necessárias para a produção de seus efeitos. Logo, também não teria mais sentido a existência de normas de eficácia limitadas.

[...] se tudo é restringível, perde sentido qualquer distinção que dependa da aceitação ou rejeição de restrições a direitos - logo, não se pode distinguir entre normas de eficácia plena e normas de eficácia contida ou restringível; além disso, se tudo é regulamentável e, mais do que isso, depende de regulamentação para produzir todos os seus efeitos, perde sentido qualquer distinção que dependa da aceitação ou rejeição de regulamentações a direitos - logo, não se pode distinguir entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada (SILVA, p. 30 e 31).

Em relação ao caráter das normas relativas à saúde, existe uma grande discussão acerca da sua natureza jurídica, pois uma corrente entende ser a norma prevista no art. 196 da Constituição Federal, “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988), uma norma de eficácia limitada e a outra corrente entende ser uma norma de eficácia plena.

Entretanto, de acordo com a tese de Virgílio Afonso da Silva, toda norma que garante um direito fundamental sofre limitação na sua eficácia, por isso “todas as normas são de eficácia limitada”. (2006, p. 34).

Assim, o autor explica que, com isso, as pessoas podem pensar que a tese defendida por ele daria um menor grau de proteção aos direitos fundamentais, contudo afirma ocorrer o contrário. Pois a crença de que algumas normas possuem eficácia plena, sobretudo normas que versam sobre direitos fundamentais, dá uma ideia de que não é preciso agir para que se desenvolva a eficácia dessas normas, pois, já que são plenas, nada mais precisaria ser feito.

Dessa forma, existiria a ideia de que as normas de eficácia plena já teriam atingido o ápice da normatividade constitucional. Logo, ao se mitigar a ideia, pode-se buscar ampliar a proteção dada a essas normas, conferindo-lhes mais proteção.

Por outro lado, afirma que as normas que possuem eficácia meramente limitada podem, com base no entendimento acerca da separação dos poderes, dar a entender que os operadores do direito não poderiam fazer nada a não ser esperar por uma ação dos poderes políticos ou, em sentido diverso, aparentar que a tarefa dos operadores do direito é substituir os juízos de conveniência e oportunidade dos demais poderes.

Em sua concepção, nenhum desses entendimentos seria o correto. Os direitos fundamentais imporiam uma postura mais adequada, ou seja, “aquela que se disponha a um desenvolvimento e a uma proteção dos direitos fundamentais baseados nem na omissão nem na ação isolada e irracional, mas a partir de um diálogo constitucional fundado nessas premissas de comunicação intersubjetiva entre os poderes estatais e a comunidade” (SILVA, p. 35).

Nesse sentido, é possível deduzir que não importa a classificação dada as normas, pois o Estado deve procurar cada vez mais promovê-las e otimizar os seus efeitos, sobretudo no que diz respeito ao atendimento dos direitos fundamentais, seja essa promoção realizada pelos Poderes Executivo e Legislativo ou pelo Poder Judiciário.

2.3 O Constitucionalismo e o Direito à Saúde

Conforme foi dito anteriormente, o tema que trata acerca do fornecimento de medicamentos que foram aprovados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, mas que não são fornecidos pelo Sistema Único de Saúde – SUS, é um dos mais polêmicos relacionados à saúde no país, devido ao grande número de demandas judiciais que os pleiteiam.

Para que se possa ter ideia da magnitude do problema que envolve saúde pública no país, é importante mencionar que os valores gastos pelo Ministério da Saúde para cumprir decisões judiciais vêm sofrendo um aumento substancial, passando de R\$ 70.104.252,00, em 2008, para R\$ 1.013.331.821,30, em 2015, dados coletados pelo Tribunal de Contas da União – TCU e expostos em seu portal¹.

É válido lembrar que o direito à saúde, previsto pelo artigo 196 da Constituição Federal, está intimamente relacionado com o direito fundamenta à vida, também elencado na Carta Magna de 1988, em seu art. 5º, caput: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (BRASIL, 1988); na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu art. III: “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” (FRANÇA, 1948); e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, parte III, art. 6º, 1: “O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida” (BRASIL, 1992).

Os direitos sociais assegurados pela Constituição Federal de 1988 são denominados direitos de segunda dimensão. Dessa forma, esses direitos exigem uma atuação ativa do Estado, principalmente em benefício dos indivíduos socialmente menos favorecidos e dos setores

1 BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Auditoria Operacional Sobre Judicialização da Saúde**. Data: 16 de ago. de 2017. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-sobre-judicializacao-da-saude.htm>> Acesso em: 22 de set. de 2018.

economicamente mais debilitados da sociedade. Nesse sentido, todas as pessoas se tornam legítimas para reivindicar certas prestações positivas e materiais do Estado.

Cumprе mencionar que o art. 23 da Constituição Federal de 1988 aduz ainda que: “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência” (BRASIL, 1988).

Assim, em conformidade com o art. 23 da Carta Magna, o Relator Ministro Luiz Fux, em julgamento de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 607381 (STF, 2011), deu ênfase à solidariedade passiva dos entes federativos no que concerne a prestação de serviços de saúde, destacando o fornecimento de medicamentos, assim como a necessidade de efetivação do direito social à saúde.

Na ótica de José dos Santos Carvalho Filho, a competência comum “é aquela na qual se atribui a todos os entes federativos a execução de uma relação de atividades ou serviços, e, por essa razão, o dispositivo cuida da competência material, ou administrativa” (2013, p. 15).

Ademais:

A ideia que inspirou a criação de uma competência conjunta de todos os entes federativos para certos serviços calçou-se no projeto de federalismo cooperativista, diante do qual as unidades da federação estariam associadas para a consecução de metas de interesse da coletividade e do próprio Estado (CARVALHO FILHO, p. 15).

Para o Ministro Fux (STF, 2011), o art. 196 da Carta Magna almeja garantir que seja efetivo o direito fundamental à saúde, orientando entes públicos na aplicação de medidas que facilitem o acesso dos necessitados à prestação de serviços médico-hospitalares e medicamentos, sobretudo para os hipossuficientes, que não têm condições de arcar com o próprio tratamento.

No entanto, apesar de a Constituição Federal de 1988 determinar que a saúde é um direito fundamental, ficou a cargo do Poder Executivo relacionar quais devem ser os serviços e medicamentos que devem ser prestados e fornecidos na Relação Nacional de Medicamentos – Rename.

Em 1990 foi instituída a Lei nº 8.080, que regula todas as ações e serviços de saúde no território brasileiro. Dessa forma, informa em seu art. 2º: “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício” (BRASIL, 1990). A Lei ainda orientou, em seu art. 7º, inciso II, a atuação do Poder Público acerca da: “integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das

ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema” (BRASIL, 1990).

Ocorre que, a mesma lei, responsável por regular a Política Nacional de Medicamentos, informa, em seu art. 19-M, inciso II, que ofertará apenas os procedimentos terapêuticos constantes nas tabelas elaboradas pelo gestor federal do SUS. Dessa forma, todos os medicamentos que devem ser fornecidos gratuitamente são previamente relacionados pelo Poder Executivo.

Entretanto, a lista de medicamentos excepcionais fornecidos pelo SUS estará sempre defasada, visto que as formulas para os tratamentos evoluem rapidamente devido aos avanços tecnológicos, e não inclui muitos itens necessários para diversos tipos de tratamento. Ademais, a medicina também muda constantemente e abarca cada vez mais tipos de fórmulas e tratamentos para as mais diversas doenças possíveis, não podendo as pessoas que necessitam terem os seus tratamentos limitados devido à burocracia existente no Brasil. Assim, o direito à saúde é fundamental e deve ser exigível, a qualquer tempo, perante o Poder Público, sendo a União, os Estados e os Municípios solidariamente responsáveis por sua garantia.

Para se esquivar da obrigação de prestar à população esses medicamentos excepcionais, os Entes alegam o princípio da reserva do possível, cuja ideia é de que a efetivação dos direitos sociais prestacionais seria na medida da real disponibilidade dos recursos públicos, com discricionariedade das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público. Assim, existiria a necessidade de se adequar às pretensões da população com o orçamento público.

Segundo Andreas Krell *apud* Sarlet (2008, p. 29), a Teoria da “Reserva do Possível” teve origem na Alemanha, a partir dos anos setenta. A discussão foi realizada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que chegou à conclusão que a prestação reclamada deveria estar relacionada ao que a pessoa pode, de maneira razoável, exigir da sociedade. Assim, mesmo que o estado tenha recursos e poder de disposição, não terá a obrigação de prestar demandas que não estejam dentro dos limites do razoável, conforme aduziu Sarlet (2003, p. 265).

Dessa forma, é possível visualizar que a teoria da “Reserva do Possível”, não surgiu pautada sobre a existência ou não de recursos financeiros suficientes para suprir a prestação reclamada, mas sim sobre a razoabilidade do que fora pretendido.

Contudo, no Brasil, a interpretação e aplicação da teoria foi distorcida para uma teoria da reserva do financeiramente possível, estabelecendo ela como limite à efetivação dos direitos fundamentais. Assim, com relação à saúde pública, “percebe-se um confronto entre a

necessidade de cumprimento do direito fundamental à saúde, de um lado, e a escassez dos recursos orçamentários do Estado, de outro” (GONÇALVES; SILVA, p. 248 e 249).

Nesse contexto, Sarlet (2003, p. 286) afirma que a efetivação dos direitos fundamentais depende da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado e da capacidade jurídica que ele tem de dispor. Ademais, o legislador ordinário é quem deve decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, mesmo as que dizem respeito às prioridades das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, pois alegam tratar-se de uma questão de competência. Uma possível outorga ao Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais mesmo à revelia do legislador, é considerada uma afronta ao princípio da separação dos poderes e ao Estado de Direito.

Ocorre que tal princípio, além de ter sido aplicado de forma distorcida no Brasil, não pode ser invocado para se sobrepor aos direitos à vida e à saúde, ou seja, não se pode negar o mínimo necessário à vida digna, pois quando o legislador constituinte classificou os direitos sociais como direitos fundamentais, o Brasil se comprometeu com a sua efetivação, devendo os entes pautarem as suas atividades almejando atender esses direitos.

Ressalte-se, ainda, que possíveis alegações de falta de recursos por parte do Poder Público não podem ser empecilho para o cumprimento do direito subjetivo da pessoa a ter uma vida digna, consubstanciada pelo atendimento integral a sua saúde. Assim já consignou o Supremo Tribunal Federal:

[...] Ademais, a falta de prévia dotação orçamentária não serve como justificativa para inviabilizar o direito do agravado à intervenção cirúrgica; o direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele (STF, 2010).

Para o Ministro Fux, deve-se sempre levar em consideração a máxima efetividade da Constituição, dessa forma:

[...] a escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever normativo, fomentando a edificação do conceito da 'reserva do possível'. Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. [...] Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade" (Recurso Especial nº 811.608/RS, Superior

Tribunal de Justiça, Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 15/05/2007, publicado em 04/06/2007).

O Supremo Tribunal Federal entende que o Poder Público não pode alegar a falta de recursos para a aquisição de medicamentos adequados, pois a alegação de escassez de recursos não pode se sobrepor à importância dos direitos à saúde e à vida.

Ademais, também em recente julgamento do STF, o Ministro Gilmar Mendes (STF, 2010) considerou que o fato de o SUS não fornecer determinados medicamentos não os excluem da prestação obrigatória pelo Estado, mesmo os de alto custo, desde que sejam registrados na ANVISA e que sejam os únicos medicamentos eficientes para determinadas enfermidades.

O Supremo Tribunal Federal, em sede de Agravo Regimental em Recurso Extraordinário, nº 273834 (DJ 02/02/2001), cujo relator reconheceu que:

O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional (STF, 2001).

Segundo o Ministro Celso de Mello, na decisão de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 393175-0/RS (STF, 2016), o direito à saúde é um direito subjetivo inalienável, indispensável para a vida humana e, entre a proteção do direito à vida e à saúde, previsto pela própria Constituição, e o interesse financeiro e secundário do Estado, o julgador deve privilegiar o primeiro.

Dessa forma, o Estado não pode se escusar do dever de fornecer os meios de tratamento adequados, pois a sua negativa macula a dignidade da pessoa humana e os direitos à saúde e à vida, direitos estes resguardados pela Constituição Federal.

Nesse ponto, deve ser considerado então o entendimento adotado por Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 35), de que os direitos fundamentais necessitam de uma postura mais adequada, que parte de um diálogo constitucional fundado nas premissas de comunicação intersubjetiva entre os poderes estatais e a comunidade. Entende-se assim que todos os Poderes são legitimados no que diz respeito à otimização na garantia dos direitos fundamentais.

Assim, diante das falhas do Poder Executivo em prestar esse direito fundamental, principalmente ao gerir de maneira inadequada a implementação da Política Nacional de Medicamentos, o Poder Judiciário o tem suprido, determinando que o Estado custeie os que forem prescritos aos pacientes, ainda que estejam fora da lista do SUS.

Ressalte-se que a determinação do fornecimento dos referidos medicamentos não é unânime por parte dos magistrados, tanto que a pauta foi tema controverso tratado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Em 25 de abril de 2018, a primeira Seção do STJ encerrou julgamento em que determinou ser obrigação do Poder Público fornecer e garantir medicamentos indispensáveis, ainda que não constantes na Relação Nacional de Medicamentos do SUS, modulando os seus efeitos para que somente fossem válidas as ações judiciais distribuídas depois da referida decisão.

No entanto o fornecimento não deve ser aleatório, tendo sido determinado que, para a sua efetivação, seja necessário simultaneamente: que o ator da ação comprove a imprescindibilidade do fármaco, por meio de laudo fundamentado pelo médico que o acompanha, explicando o motivo pelo qual não servem os fornecidos pelo SUS; a comprovação da incapacidade financeira do autor em arcar com os altos custos do medicamento; e a obrigatoriedade de registro do medicamento perante a Anvisa.

O julgamento realizado pelo STJ informou que os órgãos julgadores, após o trânsito em julgado desse tipo de ação, comuniquem ao Ministério da Saúde e à Comissão Nacional de Tecnologias do SUS (CONITEC) para que realizem estudos que avaliem a viabilidade de incorporação de tais medicamentos no âmbito do SUS. Dessa forma, o procedimento para a inclusão dos medicamentos pleiteados provavelmente se daria de forma mais célere.

Contudo, ainda se questiona qual seria o limite dessas determinações judiciais, frente as alegações de que as demandas individuais podem prejudicar as comuns a todos, gerando certo descontrole das contas públicas, que terminam deslocando recursos que já haviam sido previstos para outros fins. Entende-se aqui que os Poderes Executivo e Legislativo deveriam estabelecer políticas que otimizassem e facilitassem o fornecimento de medicamentos pela rede pública de saúde. Um bom exemplo se daria com uma maior celeridade na substituição de medicamentos obsoletos na lista do SUS por medicamentos mais modernos e eficazes.

Isto, porque, muitos pacientes antes fazem uso dos medicamentos fornecidos pelo SUS, e após a falta de modificação no quadro clínico, recorrem ao judiciário por um medicamento mais eficaz. Essa situação faz com que o poder público custeie, por mais de uma vez, o tratamento dessas pessoas, conforme será constatado pelas análises jurisprudenciais.

Por fim, cumpre mencionar que as decisões proferidas pelo poder judiciário têm gerado diversas críticas, tanto positivas, quanto negativas. No entanto, decisões polemicas proferidas por Cortes Constitucionais não ocorrem só no Brasil, apenas se diferenciam pelo seu grande volume.

3 O NEOCONSTITUCIONALISMO E O LIMITE DA AÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO CUMPRIMENTO DOS DEVERES FUNDAMENTAIS

Segundo Luís Roberto Barroso (2008, p. 1) foi após o término da Segunda Guerra Mundial que se pôde verificar, nos países ocidentais, uma maior atuação do Poder Judiciário em detrimento dos Poderes Legislativo e do Executivo.

O término da referida Guerra é consagrado como um marco histórico para o as versões do século XX do constitucionalismo, por conta das terríveis violações contra os direitos humanos, o que gerou uma grande demanda por medidas que garantissem os direitos fundamentais e restringissem a atuação dos governantes.

Apesar da existência de três poderes distintos, quais sejam Executivo, Legislativo e Judiciário, diante da insatisfação das pessoas com as políticas públicas, Gonçalves e Silva esclarecem que

[...] o Poder Judiciário passou a se autolegitimar representante das demandas sociais, sendo o neoconstitucionalismo o pano de fundo para a concretização dos ideais emancipatórios e de justiça albergados na Constituição. No entanto, considerando o espaço privilegiado que deve ter a política, como expressão da vontade majoritária, não resta dúvida de que se está diante de uma distorção (se é que se pode falar assim) da democracia representativa no Brasil. Não é por outra razão que esse fenômeno de expansão da jurisdição constitucional chegou a um ponto na vida pública nacional que sua atuação político-social tem sido identificada como “judicialização da política”. E, tão importante quanto à “judicialização da política” é também a “politização da justiça”, identificada como o uso da jurisdição pelos magistrados para atividades tipicamente políticas, o que também não pode ser ignorado. (GONÇALVES E SILVA, p. 245).

No entanto, segundo Barroso (2007, 24) discute-se a legitimidade das decisões proferidas pelo judiciário em relação às políticas públicas, pois se alega que o Poder Judiciário não detém legitimidade para essa atuação, visto que os seus membros não representariam a sociedade por não serem eleitos, ao contrário do que ocorre com os que representariam a população e o sistema majoritário, a exemplo dos membros do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

Para Bunchaft, a interferência do Poder Judiciário está diretamente ligada ao grau de participação popular e de discussão pública anterior à aprovação da lei:

Não obstante, em se tratando de grupos minoritários, a intervenção judicial associa-se ao nível de participação e deliberação destes no processo democrático de elaboração da lei por meio de mecanismos como, por exemplo, audiências públicas.

Portanto, em determinadas situações, ser maximalista também pode promover a democracia. Nesse particular, quando os mecanismos das instâncias deliberativas funcionam adequadamente, e os grupos minoritários são efetivamente contemplados no processo decisório, a intervenção judicial minimiza-se; mas, quando o processo político não atende às expectativas normativas destes grupos, a tendência é a atuação judicial expandir-se, de forma a suprir o déficit de representação política de minorias estigmatizadas, quando for o caso (BUNCHAFT, p. 179).

Ocorre que, alguns críticos entendem que estaria sendo modificada a forma de participação popular, havendo uma transferência de poder dos representantes legítimos do povo para os juízes e tribunais.

Assim, faz-se necessária a realização de uma abordagem acerca do ativismo judicial, além de se explicar a atuação do Poder Judiciário e o motivo pelo qual ele pode interferir nas demandas por direitos fundamentais. Ademais, ressalta-se a importância da separação e da autonomia dos poderes e a necessidade do sistema de freios e contrapesos para a efetivação da democracia.

3.1 O Ativismo Judicial e as Demandas por Direitos Fundamentais

De acordo com Barroso (2008, p. 5), após o regime militar brasileiro, com o reestabelecimento da democracia no país e a vigência da Carta Magna de 1988, vista como inovadoras e progressistas, o Judiciário passou a exercer um forte poder político, garantindo que se faça cumprir o estabelecido na Constituição e nas leis. Assim, por ser legítimo garantidor, por diversas vezes, precisa ir de encontro ao estabelecido pelos outros Poderes.

Pode-se afirmar que, com a volta da democracia e do amplo acesso aos mais diversos meios de informações, as pessoas estão cada vez mais esclarecidas acerca de seus direitos e, conseqüentemente, buscam, com frequência, a proteção desses direitos por meio do poder judiciário.

Dois outros relevantes acontecimentos na busca pela efetivação dos direitos constitucionais foram a expansão da atuação do Ministério Público, que não mais se restringe à esfera penal, e a ampliação da Defensoria Pública, abrangendo cada vez mais pessoas em diferentes áreas do Brasil.

Faz-se importante destacar que as Constituições de vários países passaram a abarcar diversas matérias que originalmente eram decididas por meio de políticas e de leis esparsas, a exemplo da portuguesa de 1976 e da espanhola de 1978, tendência que foi seguida pela Constituição Federal brasileira de 1988.

Outro importante aspecto que envolve o Poder Judiciário e as suas decisões diz respeito ao controle de constitucionalidade brasileiro. Segundo Anderson Vichinkeski Teixeira “Uma característica própria do nosso período constitucional pós-1988 é a ampla possibilidade de utilização do controle abstrato de constitucionalidade” (2012, p. 40), que é um dos mais abrangentes do mundo, sendo classificado como híbrido, visto que é formado pela combinação do sistema americano e do europeu.

Assim, utiliza-se do modelo americano de controle incidental e difuso, em que todo juiz ou tribunal é competente para apreciar a constitucionalidade na análise de um caso concreto a ele submetido, e do formato europeu de controle de constitucionalidade pela ação direta, que admite que certas matérias sejam levadas de maneira imediata ao Supremo Tribunal Federal.

Na ótica de Hirschl, a judicialização deve se limitar a aspectos específicos:

Enquanto a supervisão de aspectos procedimentais dos processos democráticos – monitoramento judicial de procedimentos e regulamentações eleitorais, por exemplo, - encontra-se dentro do âmbito de competência da maioria dos tribunais constitucionais, questões como a legitimidade de um regime, a identidade coletiva de uma nação ou a conciliação de um Estado com episódios desagradáveis de seu passado, refletem principalmente dilemas políticos e morais profundos, e não, dilemas judiciais. Assim sendo, elas devem - ao menos em princípio – ser contempladas e decididas pelo próprio povo, por meio de seus representantes eleitos. A resolução judicial de tais questões é inerente e substantivamente um exercício político que vai além da aplicação de disposições de direitos ou de normas de justiça processual (HIRSCHL, p. 36)

No entanto, pontua Barroso que em todas as decisões proferidas pelo STF o Tribunal foi provocado e, por essa maneira, não poderia abster-se de julgar, respeitando os limites do processo:

É importante assinalar que, em todas as decisões referidas acima, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar e o fez nos limites dos pedidos formulados. O Tribunal não tinha a alternativa de conhecer ou não as ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento. Não se pode imputar aos Ministros do STF a ambição ou a pretensão, em face dos precedentes referidos, de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial. A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente. Pessoalmente, acho que o modelo tem nos servido bem (BARROSO, p. 5).

O Poder Judiciário decide nos casos em que lhe é cabível, pois quando se existe uma norma constitucional e dela derive alguma pretensão, o juiz tem o dever de conhecê-la e de realizar o seu julgamento, essa situação é denominada de judicialização.

Para Calsamiglia:

La teoría positivista como teoría del derecho es incompleta porque necesita una teoría de la adjudicación que enfoque cómo deben razonar los tribunales con los materiales ofrecidos por las fuentes del derecho y por los otros materiales. Buena prueba de esta tesis es la escasa atención que ha prestado el positivismo jurídico a la interpretación, entendida como una teoría que pretende ofrecer criterios para resolver casos difíciles. Las razones que muchos positivistas tenían para enmudecer eran coherentes con su posición emotivista, pues los criterios para decidir en los casos difíciles exigen compromisos valorativos, y según su concepción de la ciencia no es posible prescribir porque el postulado de la separación entre el derecho y la moral no se lo permite (CALSAMIGLIA, p.212).

Assim, para o autor, a teoria positivista do direito é incompleta, pois precisa de uma teoria de adjudicação que se concentre em como os tribunais devem raciocinar, tanto com os materiais oferecidos por fontes do direito, como outros materiais.

Foi pouca a atenção dada pelo positivismo jurídico à interpretação, entendida como uma teoria que busca oferecer critérios para resolver casos difíceis. Nesse sentido, muitos positivistas tiveram que silenciar de maneira coerente com as suas posições emotivas, porque os critérios para decidir os casos difíceis requerem compromissos avaliativos, e de acordo com sua ciência, não é possível prescrever porque o postulado da separação entre a direita e a moral não permite.

Na opinião do autor, o positivismo aceita que o direito não oferece solução para todos os problemas e que, por isso, é necessário conhecimento para resolver esses casos.

Cumpra mencionar que a judicialização não é sinônimo de ativismo judicial, visto que este ocorre quando há a interpretação da Constituição, o que amplia o seu sentido e alcance. Ela geralmente acontece nos casos em que há omissão por parte do Poder Legislativo e do Poder Executivo, o que faz com que os anseios da sociedade não sejam atendidos de forma efetiva (BARROSO, p. 6).

De acordo com Barroso (2008, p. 6), pode-se ocorrer o ativismo por parte do Judiciário nos casos em que se aplica a Constituição a circunstâncias que não foram previstas de forma expressa em seu conteúdo e sem que tenha havido uma manifestação do legislador ordinário nesse sentido; quando se declara a inconstitucionalidade de atos normativos advindos do legislador, com base em critérios que não são tão rígidos como os de uma efetiva violação da Constituição; quando se impõe ao Poder Público a realização ou não de determinadas políticas públicas.

Nesse contexto:

No Brasil, a temática relativa ao ativismo judicial só ganhou expressão com a entrada em vigor da Constituição de 1988, pois esta atribuiu uma série de prerrogativas ao magistrado, impulsionando-o, inevitavelmente, a uma atuação mais presente na sociedade e, em consequência, com maior repercussão midiática; veja-se, por exemplo, todos os milhares de casos em que se faz necessário assegurar direitos fundamentais que não encontram previsão legal em condições de lhes dar regulamentação (TEIXEIRA, p. 40).

O Brasil tem adotado uma posição bastante ativista, nas mais diversas situações. Um exemplo é a imposição, tanto oriunda da Justiça Federal, quanto da Justiça Estadual, aos Entes Federados do fornecimento de medicações e tratamentos por meio de decisões judiciais. Isto ocorre porque a distribuição de medicamentos realizada pelo Poder Público tem se mostrado ineficiente e muitos desses medicamentos são demasiadamente caros, inclusive para as classes sociais de maior poder aquisitivo.

Na visão de Teixeira (2012, p. 40 e 41), tem ocorrido uma judicialização exacerbada, pois as pessoas têm recorrido ao Judiciário para a resolução de conflitos que antes eram resolvidos por outras esferas da sociedade. Assim, os primeiros questionamentos que surgem são sobre uma possível ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Contudo o problema ultrapassa essa possível ofensa. Aduz Teixeira que o país enfrena uma “confusão conceitual e funcional entre Direito e Política” (2012, p. 420). Nesse contexto, o ativismo judicial se torna um dos sintomas mais perceptíveis de que as pessoas estão insatisfeitas com os serviços públicos oferecidos e tutela de direitos individuais, visto que o Estado tem se mostrado incapaz de lidar com as necessidades e demandas que crescem substancialmente.

A administração pública, ainda dotada de muitos procedimentos burocráticos, não consegue acompanhar as expectativas projetadas pela população:

A insuficiência do Estado em atender aos anseios da sua população, bem como em buscar a realização dos objetivos que lhe foram postos: trata-se de uma patologia constitucional. Uma conduta que deveria ser a exceção à regra converte-se em forma ordinária de composição dos mais diversos conflitos sociais, transformando o Judiciário em “esfera pública” de decisão tanto das questões mais fundamentais para o Estado e para a sociedade quanto de situações banais do cotidiano (TEIXEIRA, 2012).

São inúmeros os casos em que pessoas enfermas falecem ou mesmo têm os seus quadros agravados por conta da omissão estatal, no que se refere ao fornecimento de

medicamentos que possibilitariam um tratamento adequado para combater as doenças ou suavizar os seus efeitos.

Assim, são diversos os julgamentos que obrigam o Poder Executivo, tanto por meio da União, quanto dos Estado ou do Município, já que são solidariamente responsáveis, a fornecer remédios e tratamentos que não foram listados pelo SUS. Em alguns casos, a justiça determina até mesmo tratamentos que ainda são experimentais ou que têm que ser realizados fora do país. Dessa forma:

Em meio à combatida capacidade política dos Poderes Executivo e Legislativo, o Poder Judiciário assumiu nos últimos anos a posição de protagonista na efetivação de políticas públicas, cujo ativismo judicial tem sido mais conhecido como “judicialização da política”. No âmbito das políticas que veiculam direitos sociais, a saúde ocupa um lugar de destaque em termos de déficit de concretização, razão pela qual a intensa demanda perante o Poder Judiciário recebe o rótulo específico de “judicialização do direito à saúde” (GONÇALVES; SILVA, p. 239).

Dessa forma, apesar de o artigo 196 da Constituição Federal prever a concretização do direito à saúde, o STF e outros tribunais, “por meio de controle difuso de constitucionalidade, tem interpretado que se trata de um direito individual, que pode ser usufruído diretamente por cada indivíduo, e não necessariamente pela implementação de uma política pública” (GONÇALVES; SILVA, p. 248).

O STJ, em decisão em Agravo Regimental no Recurso Especial, nº 1136549/RS (DJ 08/06/2010), proferiu que:

Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal (STJ, 2010).

Até o século XIX era prevalente o Estado Legislativo de Direito, baseado na soberania parlamentar, ou seja, era do Poder Legislativo a função de estabelecer quais seriam os direitos fundamentais por meio da elaboração de normas.

Ocorre que, conforme já mencionado, foi a partir do século XX que se deu origem ao Estado Constitucional e Democrático de Direito, modelo que leva em conta a Constituição

Federal, a estabelecendo como o parâmetro de validade e interpretação de todas as outras normas jurídicas, denominado como neoconstitucionalismo (BARROSO, p. 1).

A polêmica que cerca o Poder Judiciário, nesse novo modelo neoconstitucionalista, diz respeito ao fato de que os seus membros não são eleitos para que desempenhem o poder político ou para que possam ter a prerrogativa de invalidar os atos dos demais Poderes. Contudo, pode-se dizer que a sua legitimidade para tornar inválidas as decisões proferidas pelos poderes que exercem mandato popular decorrem do fundamento de que a Constituição atribui de forma expressa esse papel ao poder ao Judiciário, sobretudo, ao STF.

Outrossim, a omissão administrativa ou legislativa em seu dever de dar efetividade à Constituição não pode ser corroborada também pelo Judiciário.

Saliente-se que o judiciário deve ter natureza técnica e deve atuar de maneira imparcial, sem que existam quaisquer situações em que atue de acordo com a sua própria vontade política, cabendo a ele também dar sentido a termos vagos, fluidos e indeterminados, concretizando situações em que existam certas abstrações principiológicas. Assim, ao aplicar a Constituição e as leis, está tornando concretas decisões originalmente tomadas pelo Poder Legislativo, sendo este formado por representantes da população.

Dessa forma:

Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.²

Ademais, cabe ao judiciário proteger as minorias, pois nem sempre o sistema majoritário deve prevalecer, caso contrário, nenhum grupo minoritário teria assegurados os seus direitos fundamentais. De modo que, quando exercida de maneira adequada, a jurisdição constitucional representa uma garantia e não um risco à democracia.

O ativismo judicial positivo, ocorreria de maneira benéfica, no entendimento de Teixeira, quando:

1. Decisão que busque primordialmente assegurar direitos fundamentais; 2. Decisão orientada à garantia da supremacia da Constituição; 3. Decisão fundamentada substancialmente em princípios jurídicos, sobretudo em princípios constitucionais; 4.

² Celso de Mello, Discurso proferido, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23.4.2008. Disponível em: www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf, p. 11.

Decisão sustentada por técnicas hermenêuticas que não extrapolem a mens legis e não derroquem a mens legislatoris do ato normativo em questão (2012, p. 52).

Apesar de toda a importância do Judiciário como garantidor dos direitos fundamentais e guardião da Constituição, não se pode esquecer das questões políticas e de que o governo é feito pela maioria, por meio dos Poderes Legislativo e Executivo. Logo, o Poder Judiciário tem que respeitar as decisões tomadas pelo Legislativo, com a ressalva de que se deve respeitar e fiscalizar os fins democráticos e os direitos fundamentais, atuando de maneira legítima quando consegue fundamentar racionalmente as suas decisões proferidas, com embasamento na Constituição Federal, garantindo a dignidade da pessoa humana.

3.2 A Autocontenção Judicial

De acordo com Luís Roberto Barroso, a autocontenção judicial ocorre de maneira contrária ao ativismo judicial, quando o Poder Judiciário tende a reduzir a sua interferência perante os demais Poderes, como ocorria antes da promulgação da Carta Magna de 1988.

O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas. (2008, p. 7).

Nesses casos, evita-se a aplicação direta da Constituição Federal a circunstâncias em que ela não preveja expressamente; são utilizados critérios rígidos e conservadores para que possa ser declarada a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos; e também não interferem nas decisões das políticas públicas.

Alguns fundamentos contrários ao ativismo judicial e que, de certa forma, sustentariam a tese da autocontenção foram observados por Teixeira (2012, p. 51 e 52). O primeiro deles ocorre quando o Judiciário atua como legislador positivo, pois ele viola e extrapola a sua necessária condição de imparcialidade ao produzir construções normativas.

O segundo fundamento recai sobre a tão mencionada ofensa ao princípio da separação dos Poderes, quando o Judiciário ultrapassa as suas prerrogativas funcionais e usurpa competências pertencentes aos outros Poderes, sem respeitar os limites de suas apreciações.

O terceiro fundamento acontece quando ele não observa precedentes jurisprudenciais nos casos em que foram decididas matérias análogas ou idênticas, sem que existam circunstâncias supervenientes que ensejem na mudança de orientação jurisprudencial.

Por fim, o último fundamento é acerca das decisões judiciais viciadas por decisionismo político, quando as decisões fogem dos limites jurídicos da causa e são orientadas por questões morais, ideológicas ou políticas.

Para Santiago Lima e Gomes Neto a autocontenção reconhece as dificuldades que o judiciário enfrenta para que as suas decisões sejam aceitas em um ambiente político:

Em meio a estas diversas concepções dos papéis dos órgãos judiciais no exercício da revisão judicial, concentrada ou difusa, a autolimitação judicial reconhece a necessidade de inserção da corte num ambiente predominantemente político - às voltas com diversas variáveis estratégicas que condicionam a atividade jurisdicional: desde a necessidade de aceitabilidade de suas decisões às dificuldades - inclusive técnicas - que enfrenta para o exercício de sua atividade. (GOMES NETO; LIMA, p. 225).

Os autores fazem ainda uma crítica à autocontenção, pois ela afeta o modelo de diálogos institucionais, nesse caso o Tribunal “não se reconhece como a principal instância do debate político ou enfrenta situações em que não deseja arcar com os demasiados custos políticos de assumir “a última palavra” sobre os litígios constitucionais” (GOMES NETO; LIMA. p. 244 e 245), nos julgamentos que possam interferir no equilíbrio democrático, no funcionamento das instituições ou no crescimento econômico.

Na autocontenção prevalecem as decisões tomadas pelos Poderes Legislativo e Executivo, cujos membros são eleitos e, em tese, respeitam a vontade da maioria.

Contudo, são poucos os estudiosos que não defendem a existência do controle judicial de constitucionalidade, que está inserido no ativismo judicial. No entanto, questiona-se qual seria o limite desse ativismo. Esta discussão gerou tentativas intermediárias de se conciliar o ativismo e a autocontenção judicial.

Entende o Desembargador Neilton Guedes:

Quando a posição da política ou da moral pessoal do julgador prevalece, deixando em segundo plano o direito legitimamente disposto pelo legislador, o que floresce, de regra, não é a justiça do caso concreto, mas injusta aleatoriedade e indeterminação na atuação do direito. [...] O magistrado, certamente bem intencionado, flerta com a justiça do caso concreto, mas acaba dormindo com a aleatoriedade de decisões

impostas ex post facto, casuísticas, não generalizáveis e quase sempre não isonômicas. Como se vê, em tais situações, perde-se muito em segurança jurídica e não se sabe bem exatamente o que se ganha em justiça. (GUEDES, 2008, on line).

Assim, no que se refere ao controle de constitucionalidade, é preciso que o Poder Judiciário se restrinja ao controle judicial de maneira plural e recíproca com outros poderes, impedindo que haja uma supremacia judicial. Dessa forma, não seria papel exclusivo dos Tribunais proferir de maneira final o controle de constitucionalidade:

[...] é muito difundida a opinião que a Corte constitucional possui o poder da última palavra em temas constitucionais. Essa opinião faz parte do arsenal argumentativo das próprias Cortes. O Supremo Tribunal Federal se considera “árbitro definitivo da constitucionalidade das leis”. Entende que sua função “de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102 ‘caput’), confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental”. E com uma formulação mais simples: “Somos os únicos da República, conforme dito várias vezes aqui, que podemos errar por último”. A tese da “última palavra” é adotada por alguns autores como forma de ordenação e pacificação definitiva das relações jurídicas, propiciando segurança jurídica (DIMOULIS; GASPARETTO, 2011, p. 467).

Ademais, quando se considera que a decisão final sobre determinada norma é de responsabilidade do Poder Judiciário, pode-se provocar um conflito de poderes. Desse conflito pode ocorrer a chamada reação legislativa, com a edição de leis e emendas que modifiquem decisões proferidas pelo Judiciário, que, por seu turno, poderia retaliar exercendo o controle repressivo de constitucionalidade, gerado uma insegurança jurídica.

Cumprir mencionar que nos casos de reação legislativa, no que diz respeito à edição de leis, não existe um limite de controle de constitucionalidade a ser exercido pelo judiciário, aliás, lei superveniente que contraria algo que já foi decidido em controle de constitucionalidade nasce com presunção relativa de inconstitucionalidade e cabe ao Poder Legislativo demonstrar o contrário para que a matéria não seja julgada novamente inconstitucional.

Contudo, os casos em que forem editadas Emendas Constitucionais supervenientes à declaração de inconstitucionalidade de determinada lei, apenas cabe ao Judiciário o controle formal de sua constitucionalidade.

Essa afirmação pode ser constatada por meio do seguinte voto:

O Plenário, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 1º e 2º da Lei 12.875/2013, que, ao promoverem alterações nas Leis 9.096/1995 e 9.504/1997, restringem, aos novos partidos políticos, criados após a realização das eleições para a Câmara dos Deputados, qualquer acesso aos recursos do Fundo Partidário, bem como qualquer tempo destinado a propaganda eleitoral. De início, **o Colegiado destacou que as disposições ora impugnadas decorreriam de superação legislativa da interpretação conferida pelo STF ao art. 47, § 2º, II, da Lei 9.504/1997 (ADI**

4.430/DF, DJe de 19.9.2013 e ADI 4.795/DF, DJe de 30.10.2013). Na oportunidade, o Tribunal dera interpretação conforme ao preceito questionado, para salvaguardar aos partidos novos, criados após a realização de eleições para a Câmara dos Deputados, o direito de acesso proporcional aos dois terços do tempo destinado à propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão. Poucos meses após o julgamento dos casos supracitados, o Congresso editara a Lei 12.875/2013 que, em sentido oposto ao pronunciamento da Corte, subtraía dessas novas legendas o acesso aos recursos do Fundo e ao direito de antena. Caberia perquirir, portanto, **quais os limites de reações legislativas a decisões proferidas pelo STF, tendo em vista o impacto na esfera de liberdade de conformação do legislador. Nesse sentido, o Tribunal deteria a última palavra no que se refere à interpretação da Constituição, imune a qualquer controle democrático. Não se ignoraria, entretanto, a legitimidade, em algumas hipóteses, do ativismo congressual, ou seja, de reversão legislativa a decisões da Corte, desde que observadas algumas balizas constitucionais. Nesses casos, o Legislativo buscaria reverter situações de autoritarismo judicial ou de comportamento antidialógico, incompatível com a separação de poderes.** Ao legislador seria, assim, franqueada a capacidade de interpretação da Constituição, a despeito de decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF. Seria possível extrair as seguintes conclusões a respeito do tema: a) o Tribunal não subtrai “ex ante” a faculdade de correção legislativa pelo constituinte reformador ou pelo legislador ordinário; b) **no caso de reversão jurisprudencial via emenda constitucional, a invalidação somente ocorrerá nas hipóteses estritas de ultraje aos limites do art. 60 da CF;** e c) **no caso de reversão jurisprudencial por lei ordinária, excetuadas as situações de ofensa evidente ao texto constitucional, a Corte tem adotado comportamento de autorrestrição e de maior deferência às opções políticas do legislador** (ADI 5105/DF, rel. Min. Luiz Fux, 1º.10.2015. ADI-5105) Grifos nossos.

Por fim, conforme foi visto anteriormente, é de suma importância o controle exercido pelo poder judiciário, pois ele assegura direitos e garantias fundamentais das minorias, cujas previsões são constitucionais e, dificilmente, seriam assegurados caso fosse aceita unicamente a vontade da maioria. No entanto, deve-se sempre respeitar os limites estabelecidos pela Constituição.

3.3 A Importância da Separação e da Autonomia dos Poderes e a Necessidade do Sistema de Freios e Contrapesos Para a Efetivação da Democracia

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu como um de seus princípios fundamentais a divisão de poderes, determinando que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si (SILVA, 2015, p.108).

O reconhecimento da existência dos Poderes se dá por meio da aceitação social de que eles são legítimos para impor limites, esforços, sacrifícios e exigir também determinadas condutas.

Essa separação é uma forma de combater o absolutismo, ela serviu como base para os mais diversos movimentos, a exemplo da revolução americana e da revolução francesa. José Afonso da Silva ressalta que essa teoria “Tornou-se, com a Revolução Francesa, um dogma constitucional, a ponto de o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789

declara que não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação de poderes” (2015, p.111).

Dessa forma, objetiva-se a não concentração de poder em uma única pessoa, ou seja, combate o absolutismo, preservando a liberdade individual. Logo, faz-se necessária a colaboração e o consenso das mais variadas autoridades estatais nas tomadas de decisões. Ademais, existem os meios de fiscalização e responsabilização recíproca entre os poderes, com o sistema de freios e contrapesos, com a finalidade de evitar possíveis abusos de poder.

Assim, para Silva (2015, p.110), o Poder Legislativo é responsável por editar regras gerais, abstratas e inovadoras da ordem jurídica, que são as leis. O Poder Executivo, por sua vez, é responsável por resolver os problemas concretos, de maneira individualizada, nos parâmetros das leis. No entanto, ele não está adstrito à execução das leis, pois possui prerrogativas que não possuem caráter geral e impessoal, ou seja, exerce as funções de governo, com prerrogativas políticas, colegislativas e de decisão. O Poder Executivo possui, ainda, a função administrativa, podendo intervir, fomentar e prestar serviço público. Por fim, o Poder Judiciário que deve dar a melhor aplicação do direito aos casos concretos em que haja conflito de interesses.

Cumprido destacar que o princípio da separação de poderes já não é mais tão rígido, pois “a ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão na da teoria da separação dos poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário” (SILVA, 2015, p.111). O termo atual mais adequado seria a chamada colaboração de poderes, uma forte característica do parlamentarismo, já que nele o governo depende da confiança do Parlamento.

No entanto a Constituição Federal de 1988 afirma que os poderes são independentes e harmônicos entre si, “próprio da divisão de poderes no presidencialismo (SILVA, 2015, p. 111) Muito embora sejam poderes independentes, devem coexistir de maneira harmônica. Nesse sentido, por conta da independência, ainda segundo Silva, os poderes, no exercício de suas próprias atribuições, não precisam consultar e nem serem autorizados pelos outros poderes.

Contudo, respeitando-se as prerrogativas e faculdades individuais de cada um dos três poderes, eles devem exercer o chamado controle recíproco uns sobre os outros, evitando que seja oferecido qualquer tipo de risco à democracia e aos direitos fundamentais, é o chamado sistema de freios e contrapesos.

Faz-se importante frisar que nos casos em que existem divergências em relação às normas previstas na Constituição Federal ou mesmo na legislação infraconstitucional, quem deve interpretar tais normas é o Poder Judiciário. Dessa forma, se o Judiciário não pode influir

no Legislativo, é autorizado a declarar a inconstitucionalidade das leis, não as aplicando ao caso.

Essa situação não significa que tudo deverá ser apreciado pelo Poder Judiciário, nem legitima a sua interferência em qualquer matéria de forma aleatória, principalmente as que envolvam questões técnicas e científicas que o magistrado não tem o necessário conhecimento.

Ademais, o Poder Judiciário, por muitas vezes, não possui todas as informações necessárias e todo o conhecimento e tempo precisos para ver quais serão as repercussões que as suas decisões terão.

No entanto, conforme já explanado, a judicialização não é uma faculdade do Poder Judiciário, já que foi estabelecida pelo legislador constituinte, devendo ele agir sempre que for provocado (MENDES, 2010, p. 1065).

Assim, para que não seja questionada a legitimidade dos membros do Judiciário, por não serem eles eleitos, a atuação de seu Poder deve se ater ao que está disposto na Constituição Federal e nas leis.

Diferentemente de como ocorre com os Poderes Executivo e Legislativo, os juízes não devem atuar de forma que expressem as suas vontades, pois se desrespeitaria, dessa maneira, a legitimidade. Eles devem atuar sempre respeitando a vontade popular, ainda que a expressa na Constituição Federal e nas leis, por meio dos legisladores eleitos.

De toda sorte, quando deparado com lacunas ou termos vagos no texto constitucional ou nos textos infraconstitucionais, caberá ao magistrado dar-lhe sentido. Mas, nos casos em que existir uma norma válida, criada pelos entes legitimados, representantes eleitos, deverá o intérprete reconhecê-la e determinar a sua aplicação. Nesse sentido:

Destaca-se que, diferentemente do Legislativo e do Executivo, que se encontram em relação de certo entrelaçamento, o Poder Judiciário, ou a jurisdição, é aquele que forma mais inequívoca se singulariza com referência aos demais Poderes. Konrad Hesse observa que não é o fato de o judiciário aplicar o Direito que o distingue, uma vez que se cuida de afazer que, de forma mais ou menos intensa, é levado a efeito pelos demais órgãos estatais, especialmente pelos da Administração. Todavia, o que caracteriza a atividade jurisdicional é a prolação de decisões autônomas, de forma autorizada e, por isso, vinculante, em casos de direitos contestados ou lesados. (MENDES, p. 1065-1066).

Dessa forma, o Judiciário só pode atuar nos limites de discricionariedade impostos pelo próprio ordenamento jurídico.

No caso das matérias específicas o Judiciário deve observar as determinações das instâncias especializadas, mas para isso elas devem ser razoáveis e adequadas. Assim, caso exista a violação de um direito fundamental ou mesmo constitucional e a pessoa violada

provoque o judiciário, deve ele necessariamente interferir, fazendo valer o seu papel de guardião da Constituição Federal. Deve-se exigir sim dos outros Poderes o seu cumprimento, preservando os direitos fundamentais e também a democracia.

Essa situação ocorre devido às falhas do Governo em atender todas as demandas de sua população, bem como em realizar todos os objetivos a ele impostos. Por conta de tantas omissões e falhas por parte do Estado, a atuação judicial, que deveria ser reduzida, passa a ser a maneira mais adequada para a resolução dos mais diversos conflitos sociais.

O Poder Judiciário tem então que decidir desde os casos mais sérios, que envolvem matérias de direito fundamental e de ordem democrática, até as matérias que poderiam ser facilmente resolvidas sem a necessidade de sua interferência.

Nesse sentido, é possível afirmar que:

A teoria constitucional contemporânea caminha em direção a uma posição com mais nuances sobre a presunção de constitucionalidade e a autocontenção judicial. A tendência atual é a de se conceber a presunção de constitucionalidade de forma graduada e heterogênea, de acordo com diversas variáveis. Ela será mais intensa em alguns casos, demandando uma postura judicial mais deferente diante das escolhas feitas por outros poderes, e mais suave em outras hipóteses, em que se aceitará um escrutínio jurisdicional mais rigoroso sobre o ato normativo (SARMENTO; SOUZA NETO, p. 148).

Dessa forma, é imprescindível que o Poder Judiciário saiba dosar o seu limite de atuação, atuando de maneira mais intensa nos momentos em que for preciso e suavizando nos que houver uma menor pertinência da análise jurisdicional.

É nesse contexto que Sarmento e Souza Neto (2013, p. 149-157) propõem alguns parâmetros a serem empregados na análise de presunção de constitucionalidade dos atos normativos, e conseqüentemente, o grau de ativismo do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional.

O primeiro deles seria o grau de legitimidade democrática do ato normativo, ou seja, a formalidade com que ele foi elaborado; o segundo parâmetro seria que o Poder Judiciário deve atuar mais ativamente para garantir o funcionamento da democracia, que pode ser ameaçado pelos grupos que detêm o poder político; em seguida, deve atuar na proteção de minorias estigmatizadas, cujos direitos não são observados pelo sistema majoritário; o quarto parâmetro está relacionado às normas que restringem direitos básicos e a relevância material do direito fundamental em jogo; também deve ser observado o grau de conhecimento acerca da matéria entre o Poder Judiciário e o órgão responsável pela edição do ato normativo discutido; deve ser considerada a época de edição do ato normativo, para verificar se é anterior ou posterior

ao advento da Constituição e; por fim, a tendência dos agentes políticos priorizarem os interesses de curto prazo, em detrimento dos de longo prazo.

É certo que o tema em análise é muito delicado, devendo a sua solução ser tomada com bastante cautela, pois existe uma dicotomia entre a saúde como um direito fundamental constitucional do cidadão e entre a responsabilidade estatal pela prestação desses medicamentos de alto custo, registrados na ANVISA, que podem afetar o orçamento da saúde de uma forma geral, afetando, assim, a todos.

De acordo com o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, faz-se importante ressaltar que os argumentos utilizados de que os medicamentos que não fazem parte da lista de Medicamentos Excepcionais fornecidos pelo Ministério da Saúde não podem ser utilizados para escusar-se do cumprimento do direito subjetivo da pessoa em ter uma vida digna, sujeito a um tratamento adequado.

Devido ao fato da saúde ser um direito fundamental do ser humano, não se pode aceitar a inércia do Estado, que deve buscar prover as mínimas condições para o seu pleno exercício.

A pessoa interessada deve socorrer-se então ao Poder Judiciário para que a Administração Pública seja obrigada a cumprir o dever que lhe foi imposto pela Constituição Federal, com vistas a atingir o mesmo resultado prático que teria caso fossem adimplidas espontaneamente as normas constitucionais, se eficientes as políticas públicas voltadas para a saúde.

Assim, se um sistema adequado no que concerne o direito à saúde não é realizado na prática, não sendo assegurado pelo seu Poder responsável, qual seja, o Poder Executivo, a responsabilidade de determinar a sua satisfação na análise de casos concretos, desde que levados à sua apreciação, passa a ser do Poder Judiciário.

Por fim, com relação ao pleito de medicamentos de alto custo não fornecidos espontaneamente pelo Estado, entende-se que, por se tratar de tema bastante relevante, nos casos em que há a violação ao direito fundamental à saúde e a privação do tratamento adequado, deve o Poder Judiciário intervir na demanda, fazendo com que seja cumprido o estabelecido na Constituição Federal de 1988.

4 ANÁLISES JURISPRUDENCIAIS

Antes da decisão proferida pela primeira Seção do STJ, as sentenças relativas ao fornecimento de medicamentos aprovados pela ANVISA, mas não disponibilizados pelo SUS eram muitas vezes proferidas em sentidos diversos, ainda que por juízos vinculados ao mesmo tribunal.

Assim, para que se possa entender a controversa existente, a título de exemplo, traz-se uma análise acerca de duas apelações analisadas pelo TRF-5. Uma das apelações trata do indeferimento do pleito pelo juízo *a quo* e a outra trata do deferimento, ambas relativas ao fornecimento do medicamento Abiraterona, utilizado para o tratamento de câncer de próstata, aprovado pela ANVISA, mas não fornecido pelo SUS. Cumpre mencionar que as demandas foram requeridas nas mesmas circunstâncias e as sentenças foram proferidas por juízos do mesmo Estado, Ceará, e vinculadas ao mesmo tribunal, Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Em seguida, é feita uma avaliação do atual entendimento da Primeira Seção do STJ e de como devem ser decididos, a partir desse entendimento, os julgados que versem acerca desses medicamentos para uma possível previsibilidade do processo e efetiva garantia da segurança jurídica.

4.1 Das Razões para o Indeferimento da Medicação

No julgamento do Processo nº 08015272920174058100 CE, o Juízo julgou improcedente o pedido para o fornecimento do medicamento Abiraterona, para o tratamento de neoplasia maligna de próstata (TRF-5, 2017).

Cumpre mencionar que o autor da ação possuía prescrição do médico especialista que o acompanhava. Ademais, a medicação possui registro na ANVISA, mas não é fornecida pelo SUS e não teve os resultados de sua utilização submetidos à análise da CONITEC.

Conforme relatório médico, o autor da ação já havia sido submetido a outros tratamentos fornecidas pelo SUS, mas não obteve melhora em seu quadro clínico.

A União contestou o pedido formulado pelo autor afirmando que a declaração da CONITEC informa que não existem estudos suficientes acerca do Abiraterona para que ele possa ser recomendado. Ainda informou que existem tratamentos integrais, eficazes e efetivos ofertados pelo SUS.

Ocorre que, todos os documentos médicos que instruíram o julgamento foram produzidos pelo médico especialista que acompanha o autor da ação e não houve determinação

para a realização de perícia judicial, cujo laudo deve prevalecer, já que o médico perito é imparcial em relação às partes.

Em sede de apelação, o apelante requereu a medicação e, subsidiariamente, a nulidade da sentença, alegando cerceamento de defesa, por falta de prova pericial.

Assim, a Terceira Turma do TRF-5 proferiu, em 19 de dezembro de 2017, por Unanimidade:

Apelação parcialmente provida, para anular a sentença e determinar o retorno dos autos à Vara de Origem, para que se realize a perícia. Em razão da gravidade do quadro de saúde da paciente, deve ser mantido o fornecimento do medicamento até novo julgamento, nos termos determinados pela Decisão que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela recursal (TRF 5, 2017).

Ademais, esclareceu não ser suficiente para indeferir o medicamento prescrito pelo médico que acompanha o paciente o fato de o medicamento não estar na lista do SUS:

5. O fato do medicamento não se encontrar na lista do SUS não pode, por si só, servir de entrave ao seu fornecimento ao paciente, ou seja, é possível que o Judiciário determine medida diversa, a ser fornecida a determinado paciente que, por especificidades em seu caso clínico, comprove que o tratamento fornecido pelo SUS não é eficaz ou suficiente.

6. Pode o Estado custear terapêutica alternativa, prescrita por médico que acompanha o paciente, apenas diante da inexistência de opção oferecida pelo SUS, ou, ainda, quando esta for claramente ineficaz, sendo imperativa, também, a comprovação de que o tratamento alternativo é o único capaz de assegurar a saúde do paciente (PROCESSO: 08056272520164058500, AC/SE, DESEMBARGADOR FEDERAL FERNANDO BRAGA, 3ª Turma, JULGAMENTO: 19/12/2017).

Deve-se observar que tanto a sentença que julgou improcedente o pedido do autor, quanto o acórdão que determinou a realização da perícia e indicou a possibilidade do fornecimento de tratamento e medicação não oferecidos pelo SUS, foram proferidos antes da decisão da Primeira Seção do STJ acerca do tema, que ocorreu em maio de 2018.

No caso em apreço, pode-se perceber que o juízo de primeiro grau seguiu a linha dos que defendem a autocontenção judicial e absteve-se de determinar o fornecimento de medicamento não previsto pela administração pública, não intervindo em suas políticas, respeitando o estabelecido pela Lei 8.080.

Possivelmente o juiz agiu de acordo com o afirmando por Santiago Lima e Gomes Neto (2018, p. 225), já que no entendimento deles, a autocontenção reconhece as dificuldades que o judiciário enfrenta para que as suas decisões sejam aceitas em um ambiente político.

Para não intervir na política pública, possivelmente em razão de questões orçamentárias, ou seja, da reserva do possível, o juízo *a quo* sequer determinou a realização de uma perícia imparcial, restringindo a defesa do requerente.

Apesar de a União ter alegado que possui tratamentos integrais, eficazes e efetivos ofertados pelo SUS, os laudos do apelante mostram que ele já havia feito uso das demais medicações, sem sucesso.

Dessa forma, conforme já foi tratado ao longo do trabalho, o juízo *a quo* não aplicou diretamente a Constituição Federal, já que na autocontenção ficam prevalecidas as decisões realizadas pelos Poderes Legislativo e Executivo, que, em tese, representam a vontade da maior parte da população.

Assim, a decisão proferida pelo magistrado está de acordo com a ótica de Hirschl (2012, p. 36), já que, para ele, a judicialização deve ser limitada a aspectos específicos, principalmente em questões que, a princípio, possam ser decididas pelo próprio povo, por meio dos representantes eleitos.

Nesse contexto, o juiz não agiu de acordo com o entendimento de Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 35) sobre a eficácia das normas Constitucionais, posicionamento entendido como o mais adequado ao longo do presente trabalho, pois se a Lei 8.080 não garante a maior eficácia possível do direito à saúde do autor, caberia ao juiz aplicá-la.

Por fim, mesmo antes da decisão proferida pelos STJ, é possível constatar, por meio do julgado, que o TRF-5 já vinha adotando o posicionamento de ser possível determinar que o Estado custeie tratamentos que não estão relacionados na lista do SUS. Para isso, determinou que o medicamento deveria ser prescrito pelo médico que acompanha o paciente, que não deveria existir medicamento de efeito similar ofertado pelo SUS, além da comprovação de que o tratamento alternativo seria o único capaz de assegurar a saúde do paciente.

4.2 Das Razões para o Deferimento da Medicação

No julgamento do Processo nº 08027768320154058100 CE, o Juízo julgou procedente o pedido para o fornecimento do medicamento Abiraterona, para o tratamento de neoplasia maligna de próstata, determinando a responsabilidade solidária entre a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza (TRF-5, 2016).

A União interpôs o recurso de apelação indicando ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda e pedindo a extinção do feito sem resolução do mérito. Afirmou

que a criação do SUS atribuiu, como regra geral, aos Municípios, com a colaboração dos Estados, a execução e a concreção das políticas públicas de saúde.

A apelante ainda afirmou ter sido desconsiderada a política pública de saúde já existente para tratar o caso do apelado e que o fato de o pleito inicial ter sido julgado procedente acarretará em prejuízo ao erário, informando que deve privilegiar o coletivo em detrimento ao individual e que a políticas que deve prevalecer é a do SUS, disponível para todos os usuários.

O Estado do Ceará, por sua vez, apelou arguindo a sua ilegitimidade passiva, indicando que a competência para tratamento oncológico e da disponibilidade de tratamento oncológico é da União. Ademais, em suas alegações, informou só competir ao Poder Público o fornecimento de um tratamento adequado e igualitário para todos.

Ao final, requereu que a sua apelação fosse provida e que a sentença fosse reformada, para julgar indevida a prestação do medicamento requerido.

O Município de Fortaleza, em sede de apelação, preliminarmente requereu o reconhecimento de sua ilegitimidade passiva, indicando ser responsabilidade dos Municípios os procedimentos mais simples e que o medicamento pleiteado é de altíssimo custo, não devendo ser sua a competência.

Assim, requereu o provimento do recurso, com o reconhecimento da responsabilidade da União e do Estado do Ceará, tanto pelos motivos de sua ilegitimidade, quanto pelo fato de o medicamento não integrar o rol do SUS.

No entanto, entendeu a Segunda Turma do TRF 5, com base no precedente da Quarta Turma do mesmo Tribunal:

É obrigação do Estado, em sentido amplo, envolvendo a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, garantir às pessoas desprovidas de condições financeiras o direito ao recebimento de medicamentos e qualquer tratamento necessário à cura de suas enfermidades, caracterizando a responsabilidade solidária entre os entes da Federação (TRF 5, 2016).

Dessa forma, a Segunda Turma entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da realização do tratamento com o uso do medicamento pleiteado, por meio de prescrição do médico oncologista do Centro Regional Integrado de Oncologia, que acompanha o tratamento do requerente. Contudo, a medicação não é fornecida pelo SUS e, por essa razão, não é disponibilizada pela rede pública de saúde.

Ademais, o autor da demanda já havia feito uso dos medicamentos fornecidos pelo SUS, tendo apresentado evolução da doença. Dessa forma:

[...] conforme se extrai dos autos, o paciente não pode suportar o ônus, nem a interrupção de seu tratamento, sob a alegação de que o tratamento medicamentoso do autor, não está contemplado nos procedimentos do SUS, pois tanto a União, Estados e Municípios têm o dever constitucional de garantir a saúde a quem dela necessita. 8. O Sistema Único de Saúde – SUS visa à integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo por determinada moléstia, necessitando de tratamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna. 9. Havendo exames médicos e laudo prescrevendo como necessário o uso de determinado medicamento, devem ser oferecidas pelo Estado as condições para sua aquisição.

(TRF-5 - AC: 08027768320154058100 CE, Relator: Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho (Convocado), Data de Julgamento: 18/02/2016, 2ª Turma)

Cumprе mencionar que o referido acórdão foi proferido em 18 de fevereiro de 2016, pela Segunda Turma do TRF-5, ou seja, também antes da decisão acerca de tema controverso preferida em abril de 2018 pelo STJ.

Pode-se perceber que o juízo se utilizou do ativismo judicial para determinar o fornecimento da medicação pleiteada, garantindo o direito fundamental à vida e à saúde do demandante, já que os medicamentos a que o paciente teve direito, de maneira gratuita, não se mostraram eficazes.

Como é sabido, o poder judiciário pode ser provocado sempre que se houver uma ameaça ou lesão aos direitos, sobretudo os fundamentais, sendo o direito à vida e à saúde os aqui analisados.

Conforme já visto, Mendes, baseado nos ensinamentos de Hesse, já bem explanou, a Constituição Federal previu a inafastabilidade da jurisdição, em que o juiz pode tomar decisões autônomas, sendo por ela autorizado, nos casos de direitos contestados ou lesados. (2010, p. 1065-1066).

Essa decisão foi dada em conformidade com a Constituição Federal, já que a aplicabilidade imediata por ela determinada não foi garantida pelo Poder Público. Aqui se enquadra o que afirma Virgílio Afonso da Silva, ou seja, por se tratar a saúde de um direito fundamental, necessita a análise de uma postura mais adequada, que parte de um diálogo constitucional dado pela comunicação intersubjetiva entre os poderes estatais e a comunidade (2006, p. 35).

Assim, se as políticas públicas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo forem ineficazes para o tratamento do paciente, o Judiciário pode intervir com a finalidade de garanti-lhe um tratamento adequado. No entanto, essa situação não ocorre nos casos em que o SUS fornece medicação que é realmente eficaz, pois quem pleiteia judicialmente medicamento

deve comprovar que os ofertados gratuitamente pelo poder público são ineficazes e, somente dessa forma, pode conseguir o medicamento prescrito em laudo por médico que o acompanha.

4.3 A Segurança Jurídica e a Importância do Julgamento Proferido Pela Primeira Seção do STJ

A falta de segurança jurídica nos processos judiciais vem sendo tema cada vez mais debatido, isso ocorre devido ao fato de que casos semelhantes muitas vezes possuem soluções distintas, ainda que prolatadas sob a égide de uma mesma legislação e dentro de um mesmo período histórico. Essa insegurança jurídica é uma afronta ao princípio da isonomia, pois impossibilita uma possível previsibilidade acerca do julgamento de causas similares.

Esse conflito pode ser percebido por meio das jurisprudências analisadas anteriormente. Duas demandas, de casos semelhantes, pleiteadas perante juízos vinculados ao mesmo tribunal, foram resolvidas de maneira distinta. Isso se deve ao fato de o juiz poder proferir a decisão pelo seu convencimento, assim como bem entende o Supremo Tribunal Federal:

Vige em nosso sistema o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual compete ao Juiz da causa valorar com ampla liberdade os elementos de prova constantes dos autos, desde que o faça motivadamente, com o que se permite a aferição dos parâmetros de legalidade e de razoabilidade adotados nessa operação intelectual. Não vigora mais entre nós o sistema das provas tarifadas, segundo o qual o legislador estabelecia previamente o valor, a força probante de cada meio de prova” (RHC 91.161, Relator o Ministro Menezes Direito, DJe 25.4.2008).

O CPC prevê, em seu artigo 371, que “o juiz apreciará a prova constante dos autos independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento” (BRASIL, 2015).

Assim, quando o juiz deve proferir uma decisão que siga somente o estipulado em lei, pode utilizá-la de uma forma que corrobore com o seu entendimento. No entanto, quando precisa seguir precedentes jurisprudenciais, a sua discricionariedade fica reduzida, pois ele fica adstrito à lei e aos precedentes, aumentando a previsibilidade do processo.

Dessa forma, é bastante importante que exista estudo e aplicação dos precedentes judiciais, principalmente nas matérias que contêm precedentes dominantes ou matérias com entendimento já sumulado, unindo-os às leis no que se refere à aplicação do direito ao caso concreto.

Com uma maior aplicação jurisprudencial nas matérias de direito, passa-se a existir uma aproximação entre o *common law* e o *civil law*, pois a lei também continuará a ser

aplicada. Acontece que, essa junção garante um aumento na segurança jurídica e na previsibilidade da resolução do processo.

Pode-se afirmar que a segurança jurídica quando há a aplicação de uma jurisprudência é maior que a segurança transmitida com relação a questões que somente são acobertadas por lei, pois, conforme já mencionado, reduz-se a discricionariedade do magistrado.

Isso se deve ao fato de os julgados já terem passado por uma interpretação da lei, na análise de um caso concreto. Dessa forma, quando existe um compilado de julgados de forma organizada, coesa, precisa e clara, torna-se bastante útil no que diz respeito à garantia de um tratamento igualitário no caso de demandas semelhantes, tornando previsíveis as decisões judiciais e gerando a sensação de segurança jurídica.

Conforme esclarecem Cunha e Didier JR. (2015, p. 583-588), o direito processual civil foi desenvolvido para tratar, originalmente, de lides individuais, já que cada demanda deve ser considerada única. Contudo, nada impede que aconteça o fenômeno da repetição de submissão de uma mesma questão de direito ao Poder Judiciário. Assim, o objetivo dessa técnica é a produção de um precedente obrigatório, e não fazer coisa julgada sobre a questão repetitiva.

Ainda para Cunha e Didier Jr., “os julgamentos de casos repetitivos é gênero de incidentes que possuem natureza híbrida” (2015, p. 590-592), ou seja, possuem uma dupla função, pois além de gerar e julgar casos repetitivos, são responsáveis por formar precedentes obrigatórios. A eles são aplicadas não só as normas de gestão e julgamentos desses casos, mas também as normas que tratam sobre a função e aplicação dos precedentes obrigatórios.

Dessa forma, são escolhidos ao menos dois processos, as causas-piloto, para que sejam realizadas a discussão e a decisão. As demais demandas devem ficar paralisadas até que ocorra a decisão paradigma. A partir do julgamento, a decisão tomada será aplicada a todas as demandas repetitivas que tratem sobre a mesma questão.

Foi nesse contexto que o STJ analisou o tema dos medicamentos de alto custo não distribuídos pelos SUS por meio de recurso repetitivo. O recurso repetitivo consiste num dispositivo jurídico que representa vários recursos que possuem teses idênticas, fundamentadas na mesma questão de direito, é um julgamento que ocorre por amostragem. O CPC regula os recursos repetitivos em seus artigos 1.036 a 1.041.

Nesse contexto, quando um recurso é tido por repetitivo, o seu processo deve ficar suspenso no tribunal de origem, com a suspensão certificada nos autos, até que o STJ se pronuncie definitivamente sobre a matéria. A definição da tese estabelecida pelo STJ vai servir

como orientação para as instâncias ordinárias da Justiça, para a resolução de casos fundados na mesma controvérsia.

De acordo com o próprio tribunal:

Essa sistemática tem como objetivo concretizar os princípios da celeridade na tramitação de processos, da isonomia de tratamento às partes processuais e da segurança jurídica. O Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) ressalta a importância do precedente firmado pelo STJ no julgamento de recursos repetitivos e prevê providências administrativas relacionadas à divulgação e à publicidade, com o intuito de facilitar o acesso a esses dados pelas partes, advogados, juízes e tribunais.³

Assim, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem deve escolher um ou mais recursos para representar a controvérsia, utilizando-o como o recurso representativo de controvérsia. No entanto, a escolha feita por eles “não vinculará o relator do tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia”. (CUNHA; DIDIER JR., p. 647).

Ao relator do tribunal superior também é permitido instaurar o incidente, independentemente de provocação, conforme o art. 137, § 1º, CPC. A partir desse procedimento, os demais recursos ficam suspensos, e somente os recursos que forem representar a controvérsia seguem para o STJ para julgamento.

A Primeira Seção do STJ julgou o recurso repetitivo que fixou os requisitos para que o Poder Judiciário determine o fornecimento de remédios fora da lista do SUS, cujo relator foi o Ministro Benedito Gonçalves. Faz-se importante enfatizar a quantidade de processos que aguardavam por essa decisão do STJ:

A existência de 8.841 processos suspensos nos Tribunais locais e regionais, aguardando o presente julgamento (conforme informação contida no sítio http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp e colhida em 26/9/2017) (STJ, 2018).

Assim, foram três os critérios fixados na tese que constitui obrigação do poder público o fornecimento de medicamentos não incorporados nos atos normativos do SUS, mas eles só devem ser exigidos nos processos distribuídos depois da referida decisão.

³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Sobre Recursos Repetitivos**. em: <BRASIL, Tribunal de Contas da União. Auditoria Operacional Sobre Judicialização da Saúde. Data: 16 de ago. de 2017. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-sobre-judicializacao-da-saude.htm>> Acesso em: 22 de nov. de 2018

Constitui obrigação do Poder Público o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, desde que presentes, cumulativamente, os requisitos fixados neste julgado, a saber:

I - Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;

II - Incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; e

III - Existência de registro na ANVISA do medicamento (STJ, 2018).

A decisão também determinou que, após o trânsito em julgado de cada um dos processos, o Ministério da Saúde e a CONITEC devem ser comunicados para que realizem estudos e vejam a viabilidade de incorporar os medicamentos pleiteados na lista do SUS.

A partir do momento em que o STJ determinou que os critérios só devem ser exigidos nos processos distribuídos depois de sua decisão, ele modulou os seus efeitos. Cumpre mencionar que, segundo o portal do próprio Tribunal, esse foi o primeiro recurso repetitivo em que o STJ modulou os efeitos de sua decisão (STJ, 2018).

A modulação das decisões tem previsão legal no art. 927, parágrafo 3º, do CPC: “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica” (BRASIL, 2015).

Devido à modulação dos efeitos dessa decisão, a tese fixada pelo STJ não irá afetar os processos que foram sobrestados desde a afetação do tema.

O caso utilizado como representativo da controvérsia foi o de uma mulher que, diagnosticada com glaucoma, apresentou laudo médico comprovando a sua necessidade de utilizar dois colírios não constantes na lista dos medicamentos que são distribuídos de maneira gratuita pelo SUS. O pedido da autora foi julgado procedente em primeira e segunda instância e foi mantido pela Primeira Seção do STJ.

Ainda de acordo com o afirmado no Portal do STJ, nos termos da modulação, não foi possível exigir a presença de todos os requisitos da tese fixada, o colegiado entendeu que chegar a conclusão diferente das instâncias ordinárias exigiria o reexame das provas do processo, o que não é permitido em apreciação de recurso especial. Com isso, foi rejeitado o recurso do Estado do Rio de Janeiro, mantendo-se a obrigação de fornecimento dos colírios. (STJ, 2018).

Diante da decisão apresentada, entende-se que o limite da responsabilidade estatal na prestação de medicamentos de alto custo, aprovados pela ANVISA, mas não relacionados na tabela do SUS, não deve ser o estabelecido pela Lei, 8.080, ou seja, os que estão na lista de

medicamentos oferecidos gratuitamente pelo SUS, mas sim o limite estabelecido pelo STJ, que fixou os três critérios necessários para que os medicamentos não oferecidos gratuitamente pelo SUS tenham o seu fornecimento deferido.

Conforme defendido ao longo do trabalho, a decisão proferida pelo STJ não consiste em uma usurpação da competência dos Poderes Executivo e Legislativo, mas sim em uma garantia de que o direito à saúde, estabelecido pelo legislador constituinte, será realmente efetivado caso, além de atendida a Lei 8.080, sejam observados também os critérios fixados pelo Tribunal.

Ademais, ao longo do trabalho foram mostrados julgados proferidos por Ministros do STF que corroboram a decisão do STJ e entendem que o Judiciário está apto a decidir nos casos em que o Poder Administrativo violar os direitos fundamentais à saúde e a vida.

Dentre eles, estão: o julgado de Fux (STF, 2007), com o entendimento de que se deve ser levada em consideração a máxima efetividade da Constituição Federal; o de Mello (STF, 2016), que determina que entre a proteção do direito à vida e à saúde, constitucionalmente previstos, e o interesse financeiro e secundário do Estado, o julgador deve privilegiar o primeiro e; o Mendes, de que o fato de o medicamento não ser oferecido pelo SUS não o exclui da prestação obrigatória do Estado, desde que seja registrado na ANVISA e que sejam o único eficientes para a enfermidade.

Julgados como esse, que possuem uma grande relevância no contexto nacional, principalmente no que diz respeito às consequências financeiras que irão gerar para o Estado, trazem mais uma vez a ideia de Bunchaft (2011, p. 179), sobre a interferência do Poder Judiciário estar diretamente ligada ao grau de participação popular e de discussão pública anterior à aprovação das leis, já que na falta de atendimento das expectativas normativas voltadas para o grupo que pleiteia por medicamentos, expande-se a atuação jurisdicional com esse fim.

Por ser o Brasil um país democrático, que permite às pessoas o mais amplo acesso à informação, elas passam a saber, cada vez mais, quais são os seus direitos e passam também a buscar por eles, seja administrativamente ou pela via judicial.

Por fim, em conformidade com o que já foi dito anteriormente, o ideal seria que os Poderes Executivo e Legislativo, legitimados pelo povo para a formulação das políticas públicas, as otimizassem e facilitassem o fornecimento das medicações pela rede pública de saúde. Pois, como se pode depreender das jurisprudências analisadas, muitos pacientes socorrem-se aos medicamentos fornecidos pelo SUS, e após a falta de modificação no quadro

clínico, recorrem ao judiciário por um medicamento mais eficaz. Essa situação faz com que o poder público custeie, por mais de uma vez, o tratamento dessas pessoas.

5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou analisar a atuação judicial nas demandas por medicamentos de alto custo que, embora sejam aprovados pela ANVISA, não são distribuídos pelo SUS. Esse tema é muito pertinente e atual. Isto se deve ao fato de que existe uma gama de processos judiciais com o objetivo de requerer medicamentos que estão nessa situação.

Para que fosse possível chegar a uma resposta, primeiramente foi realizada uma abordagem acerca dos antecedentes históricos do constitucionalismo, das suas premissas teóricas e da eficácia das normas constitucionais, relacionando os temas com o direito à saúde.

Posteriormente foram demonstrados os aspectos favoráveis à atuação do Poder Judiciário na seara da garantia dos direitos fundamentais, sobretudo na solução das demandas por esses medicamentos, sem que fosse deixado de expor o seu contraponto, a autocontenção judicial. Ainda, enfatizou-se que, apesar da possibilidade do ativismo judicial, no Estado Democrático, deve-se sempre respeitar o princípio da separação dos poderes.

Por último, foi realizada uma análise de jurisprudências inclinadas ora para uma posição mais ativista, ora para um afastamento da caracterização do ativismo, ambas proferidas por juízes do Ceará, vinculados ao TRF 5. Assim, tendo por base toda a teoria anteriormente exposta, investigou-se a resposta para o problema do presente trabalho, analisando o aparente conflito existente entre a Lei nº 8.080 e a decisão proferida pela Primeira Seção do STJ.

Pôde-se deduzir, ao longo do texto, que a análise do tema é bastante relevante para toda população brasileira, já que poucas pessoas possuem recursos para arcar com os elevadíssimos custos desses medicamentos, além do fato de que o SUS pode demorar muito tempo para atualizar a sua lista, causando uma grande defasagem dos medicamentos fornecidos pelo Estado.

Embora durante muitos anos tenha havido uma falta de pacificação acerca do tema, com diversas decisões em sentidos diferentes, causadoras da falta de previsibilidade das demandas e de bastante insegurança jurídica, em abril de 2018, foi julgado o caso paradigma sobre os medicamentos de alto custo, em sede de recurso repetitivo, perante o STJ.

Apesar de o STJ ter enfrentado e julgado o caso demonstrativo de controvérsia acerca do tema, o referido Tribunal terminou por criar um aparente conflito em relação ao disposto na Lei 8.080 que regula, em âmbito nacional, as ações e serviços de saúde e, assim, delimita os medicamentos a serem ofertados pelo SUS.

Contudo a decisão proferida pelo STJ não invadiu a competência dos Poderes Executivo e Legislativo, ela simplesmente garantiu que os direitos fundamentais à vida e à saúde, estabelecidos na Constituição Federal, sejam, nos moldes dela, cumpridos.

Nesse contexto, ao longo do trabalho, busca-se responder o problema inicial de qual seria o limite da responsabilidade estatal na prestação desses medicamentos de alto custo.

Assim, trabalha-se com a hipótese de que o limite da responsabilidade do Estado nessa prestação é o que cumpre os critérios fixado pelo STJ.

Portanto, faz-se importante ressaltar que as pessoas continuam a ter direito aos medicamentos previstos na Lei 8.080, mas passaram também a ter direito aos medicamentos que obedecerem aos limites fixados pelo Tribunal, pois assim estaria sendo cumprido o direito fundamental previsto constitucionalmente.

Dessa forma, os critérios estabelecidos foram: a comprovação de imprescindibilidade do fármaco, por laudo fundamentado pelo médico que acompanha o paciente, explicando o motivo pelo qual não servem as medicações fornecidas pelo SUS; a comprovação da incapacidade financeira em arcar com os altos custos do medicamento; e a obrigatoriedade de registro do medicamento na Anvisa.

Cumprido mencionar que o Poder Judiciário pode e deve ser invocado em todos os casos em que houver omissão ou violação que envolvam os direitos fundamentais. No entanto, caso os demais poderes queiram evitar a interferência judicial, devem formular as políticas públicas de modo que elas sejam otimizadas, para que as pessoas passem espontaneamente a pleiteá-las cada vez menos perante o Judiciário, já que essas políticas se mostrariam mais eficazes.

Por fim, embora muitas vezes o Judiciário seja provocado para analisar as mais diversas matérias, é importante que ele encontre um posicionamento entre a autocontenção e o ativismo judicial, pois, no caso específico dos medicamentos ele pôde intervir para atuar na garantia de direitos fundamentais. Contudo, quando as demandas tratarem acerca de conhecimentos muito específicos, sem que os magistrados sejam dotados de conhecimento, cabe a eles respeitarem os atos proferidos pelos outros Poderes, como ocorre com a autocontenção judicial.

6 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. 22 de dez. 2008. Disponível em:

<https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> Acesso em: 11 de mai. de 2018.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Revista Interesse Público, Belo Horizonte, n. 46, 2007. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>> Acesso em: 11 de mai. de 2018.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRANDÃO, Cláudio (Coord.). **Direitos Humanos e Fundamentais em Perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL, **Constituição da República Federativa Do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 11 de mai. de 2018.

_____. Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992. **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação**, Brasília, DF, julho. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/1990-1994/D0592.htm> Acesso em: 9 de set. de 2018.

_____. Lei n. 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**, Brasília, DF, setembro. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> Acesso em: 11 de mai. de 2018.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**, Brasília, DF, março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 9 de set. de 2018.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 5105** – Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. 01/10/2015. Info 801. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo801.htm>> Acesso em: 28 de nov. de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de instrumento de decisão que inadmitiu RE nº AI 547863/DF** – Distrito Federal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Publicado no DJ 17/06/2005 p. 00115. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000016499&base=baseMonocraticas>> Acesso em: 05 de jun. de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 273834/DF** – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Publicado no DJ de

18/09/2000 p. 00037. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000048577&base=baseMonocraticas>> Acesso em: 05 de jun. de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 607381/SC** – Santa Catarina. Relator: Ministro Luiz Fux. Publicado no DJ 16/06/2011 p. 116. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19844868/agreg-no-recurso-extraordinario-re-607381-sc>> Acesso em: 22 de set. de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus nº 91691**. Relator: Ministro Menezes Direito. Publicado no DJ 25/04/2008 Ement. Vol. -02316-05 PP-01035 LEXSTF v. 30, n. 357, 2008, p. 350-366. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000088519&base=baseAcordaos>> Acesso em: 19 de out. de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1136549/RS** – Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Humberto Martins. Publicado no DJ 21/06/2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14602763/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1136549-rs-2009-0076691-2?ref=juris-tabs>> Acesso em: 05 de set. de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Primeira Seção define requisitos para fornecimento de remédios fora da lista do SUS**. Notícia, Data: 25/04/2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Primeira-Se%C3%A7%C3%A3o-define-requisitos-para-fornecimento-de-rem%C3%A9dios-fora-da-lista-do-SUS> Acesso em: 03 de out. de 2018.

_____. Tribunal de Contas da União. **Auditoria Operacional Sobre Judicialização da Saúde**. Data: 16/08/17. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-sobre-judicializacao-da-saude.htm>> Acesso em 03 de out. de 2018.

BUNCHAFT, Maria Eugênia. **Constitucionalismo Democrático versus minimalismo judicial**. Revista de Direito – PUC, n. 38, p. 144-180, 2011. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/06_Bunchaft.pdf> Acesso em: 27 de out. de 2018.

CALSAMIGLIA, Albert. **Postpositivismo**. Doxa, 21, nº 1, p. 209 - 220, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **O Município e o Enigma da Competência Comum Constitucional**. Revista da Esmec, Fortaleza, v. 20, n. 26, 2013.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 17ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais**. 13ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

GOMES NETO, José Mário Wanderley; LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários.** Revista de Investigações Constitucionais – NINC, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 221-247, 2018.

GONÇALVES, Everton Das Neves; SILVA, Marco Aurélio Souza. **A Judicialização do Direito à Saúde no Constitucionalismo Brasileiro: Escassez, Custos e Eficiência Econômico-Social.** Revista Eletrônica do Curso de Direito, Santa Maria, v. 13, n. 1, p. 238 - 264, 2018.

GUEDES, Newton. **Constituição e Poder: O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção.** Data: 23/07/2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao?pagina=2>> Acesso em: 14 de out. de 2018.

HIRSCHL, Ran. **A Judicialização da Megapolítica e o Surgimento dos Tribunais Políticos.** São Paulo: Editora 22, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.** 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Notas Sobre Jurisdição Constitucional e Democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial.** Revista Quaestio Iuris UERJ, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 119 – 161, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais.** Revista de Direito do Estado 4, 2006. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf> Acesso em 05 de set. de 2018.

TEXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo Judicial: nos limites entre a racionalidade jurídica e decisão política.** Revista Direito GV, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37 – 57, 2012.