

OS PARÂMETROS DE ATIVISMO JUDICIAL NA CONFLITUOSA CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

THE PARAMETERS OF JUDICIAL ACTIVISM IN THE CONFLICTUAL CONCESSION OF HIGH COST MEDICINES

Eloy Pereira Lemos Junior*

Dalvaney Aparecida de Araújo**

RESUMO: O presente artigo visa analisar o papel do Poder Judiciário na judicialização da Saúde. Muito embora o direito de assistência à saúde constitua um bem assegurado a todos, a inoperância do Poder Legislativo e a inefetividade do Poder Executivo na fomentação dessas políticas acaba por inviabilizar a eficácia dessa garantia, suscitando medidas judiciais que culminam no ativismo judicial. Examinar-se-á os critérios utilizados pelo STF nas ações inerentes a saúde e quais os parâmetros utilizados na concessão dos medicamentos de alto custo, de forma a verificar se o direito fundamental à saúde é observado na perspectiva individual e coletiva ou se as decisões possuem caráter desarrazoado e emocional sem se pautar na necessária distribuição equânime dos recursos sanitários. A metodologia empregada foi dedutivo-hipotética por meio da pesquisa teórico-bibliográfica e documental.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial. Judicialização da saúde. Medicamentos de Alto Custo.

SUMÁRIO: Introdução. 1 A Jurisdição Constitucional e a Dificuldade Contramajoritária. 2 Algumas Teorias sobre o Papel da Jurisdição Constitucional na Democracia. 3 Ativismo Judicial e Judicialização: Delineamentos e Parâmetros de Aplicabilidade. 3.1 Dimensões do Significado do Termo Ativismo. 3.2 A Dialética Negativa e Positiva do Ativismo Judicial. 3.3 Judicialização de Políticas Públicas. 4 Judicialização Excessiva da Saúde e a Atuação do Supremo Tribunal Federal nos Casos de Medicamentos de Alto Custo: Ativismo Judicial ou Efeitos Nefastos da Judicialização da Saúde. 4.1 O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Saúde. Considerações Finais. Referências.

ABSTRACT: This article aims at analyzing the role of the Judiciary in the judicialization of health. Although the right to health care constitutes a good assured to all, the ineffectiveness of the Legislative Power and the ineffectiveness of the Executive Power in fomenting these policies ends up rendering ineffective guaranteeing judicial measures that culminate in judicial activism. It will examine the criteria used by the STF in the actions inherent to health and the parameters used in the granting of high-cost medicines, in order to verify if the fundamental right to health is observed from an individual and collective perspective or if the decisions have unreasonable and emotional character without being based on the necessary equitable distribution of health resources. The methodology used was deductive-hypothetical through theoretical-bibliographic and documentary research.

KEYWORDS: Judicial activism. Health judicialization. High-cost drugs.

204

INTRODUÇÃO

A proposta do presente artigo consiste em verificar o papel do Poder Judiciário na jurisdição constitucional com a finalidade de compreender a legitimidade da prática ativista nos casos de judicialização da saúde em medicamentos de alto custo, para, em um contexto crítico-analítico, ponderar sobre os parâmetros de autocontenção judicial nessa matéria.

* Pós-Doutor pela Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Doutor em Direito Empresarial pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor titular do Programa de Pós-Graduação em Direito e da Faculdade de Direito da Universidade de Itaúna e da FUPAC Nova Lima, Minas Gerais.

** Mestranda em Proteção dos Direitos Fundamentais no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Itaúna, Minas Gerais. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG).



A jurisdição constitucional teve um avanço significativo no país nos últimos anos com o advento do texto constitucional de 1988 no tocante à efetividade das políticas públicas, abarcando-se tantos os direitos fundamentais quanto os direitos sociais. Essas áreas, antes relegadas aos Poderes Executivos e Legislativos, vem exigindo do Poder Judiciário o exercício de um papel ativista, o que importa em diversas discussões acerca da legitimidade ou não de sua atuação.

Esse fenômeno do ativismo judicial contrasta com a democracia, com a teoria da separação de poderes e com o princípio majoritário, considerando a concessão de poderes em excesso ao Poder Judiciário, instituição que não possui representatividade política. Em contraponto existem as omissões legislativas e executivas no que tange à implementação de políticas públicas.

Essas vicissitudes ocorridas na esfera dos três poderes ensejaram o efeito da judicialização, que abre caminhos para o ativismo judicial. Esses institutos promovem alterações significativas na forma de interpretação do texto constitucional e no modo de participação da sociedade.

Nesse contexto, a judicialização da saúde tem se apresentado como uma das temáticas mais complexas da atualidade, em virtude dos graves problemas advindos da falta de critérios legais e inconscientes do voluntarismo e subjetivismo presente na maioria das decisões judiciais que, em regra, obrigam o Estado a conceder medicamentos e/ou tratamentos inconvenientes, seja pelo fato de serem inacessíveis, seja por se caracterizarem-se como medicamentos experimentais, cuja eficácia e qualidade são questionáveis.

Assim, a delimitação de contornos objetivos, racionais e ponderáveis nas decisões jurisdicionais nos casos de judicialização da saúde tende a evitar o protagonismo judicial exacerbado e a eficácia dos direitos fundamentais. Com isso, o presente trabalho tem por escopo, mediante pesquisa bibliográfica e documental das decisões do Supremo Tribunal Federal, no período pós-constitucional, examinar criticamente os problemas advindos da crescente judicialização do fornecimento de fármacos no país, aspirando apresentar alguns critérios ou diretrizes a serem utilizadas pelos órgãos jurisdicionais a partir de deduções lógicas dos julgamentos do STF, como forma de reduzir o subjetivismo das decisões judiciais e, conseqüentemente, assegurar a concretização do direito fundamental à saúde de toda a coletividade.

1 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA

A jurisdição constitucional, ou seja, a garantia jurisdicional da Constituição é uma forma de interpretação e aplicação do texto constitucional por órgãos judiciais e entes estatais. Prevalcia outrora um entendimento de que a Constituição, como um manifesto político, seria somente uma base de criação ou inspiração para feitura de leis constitucionais pelo Poder Legislativo. Contudo, aquela não seria uma norma jurídica em si, garantidora de direitos, obrigações e princípios, que pudesse ser objeto de aplicação plena do Poder Judiciário na apreciação e resolução de um caso concreto (como hodiernamente consolidou-se).

Essa visão de que a regulamentação da vida social girava em torno das leis editadas pelo parlamento vigorava na Europa continental até meados do século XX. Nesse sentido, a supremacia do parlamento e a centralidade da lei reinavam, de modo que o Poder Legislativo tinha legitimidade para criar o Direito, cabendo ao Poder Judiciário apenas a aplicação das normas aos casos concretos.

Nesse contexto histórico europeu, a maioria dos países não contava com mecanismos de controle de constitucionalidade das leis, visto que ele era concebido como antidemocrático por não advir de representantes eleitos pelo povo. Nos Estados Unidos, ao revés, vigorava a concepção de que o controle judicial constituiria um mecanismo de limite ao próprio legislador.

Com o precedente do caso *Marbury VS Madison* (juiz John Marshall), os Estados Unidos, em suas Constituições, marcam o início da época do constitucionalismo, ou seja, da concepção de supremacia das leis constitucionais em relação às leis ordinárias e do dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição.

Na Europa, esse cenário modificou-se após a Segunda Guerra Mundial. Na Alemanha, a Lei Fundamental de 1949 criou mecanismos de controle de constitucionalidade e o Tribunal Federal Constitucional em exercício desde 1951. Na Itália, a Carta Magna de 1947, também instituiu o controle de constitucionalidade e a Corte Constitucional em funcionamento desde 1956. A França, embora avessa ao modelo de jurisdição constitucional, após o advento de sua Constituição em 1958, criou o Conselho Constitucional que exerce controle de constitucionalidade preventivo e, sobretudo, a partir de 1970 passou a exercer o controle repressivo. (SARMENTO; SOUZA NETO, 2015).

No Brasil, o controle de constitucionalidade das leis adveio com o Decreto 848/1890 (BRASIL, 1890), quando, por influência de Rui Barbosa se adotou o *judicial review*. A partir da Emenda Constitucional 16/1965, o modelo tornou-se mais complexo, com a adoção do controle de constitucionalidade concentrado, inspirado no modelo austríaco de Hans Kelsen. Todavia, seu uso era restrito, haja vista que o legitimado a propor a ação era somente o Procurador-Geral da República, cuja nomeação era livre por parte do Presidente da República. Com a Constituição de 1988 (BRASIL, 2018), o rol de legitimados para proposição de ações pautadas em controle abstrato aumentou e também as modalidades dessas ações.¹

O texto constitucional garantista aliado a uma maior consciência da sociedade de seus direitos e o fortalecimento do Poder Judiciário, principalmente pós-emenda constitucional de n. 45/2004 - emenda da reforma do Poder Judiciário (BRASIL, 2018) e fatores históricos ensejaram uma mudança na cultura jurídica brasileira, de modo que os princípios passaram a ser normas jurídicas de caráter vinculatório exercendo uma influência nos julgados, relevando o papel da jurisdição constitucional no país.

A jurisdição constitucional compreende duas acepções. A primeira reflete a aplicação direta da Constituição nas situações nela observadas ao passo que a segunda ocorre na aplicação indireta da Constituição, mais especificamente quando o intérprete a utiliza como critério de aferição de validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela melhor sentido (interpretação conforme a Constituição). (BARROSO, 2012).

Com esse viés, os julgados passaram a se embasar cada vez mais em princípios e não se aplicando eventuais normas que dissessem respeito ao caso concreto, ensejando o ativismo

¹ BRASIL. Constituição Federal 1988.

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

jurisdicional, o que suscitou o tema da “dificuldade contramajoritária” no país, até então pouco mencionada².

Partindo da premissa que cabe ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, respectivamente, a formulação e implementação de políticas públicas visando à efetivação dos direitos trazidos no artigo 5º da Carta Magna, pode-se observar como os tribunais se manifestam quando tais obrigações não são cumpridas pelos demais poderes. Conforme Luís Roberto Barroso (2002) assim como o Legislativo e o Executivo têm de agir para a efetivação dos direitos fundamentais, sua defesa é tarefa consoante à essência do Poder Judiciário, podendo-se destacar conforme dita o art. 5º, XXXV da Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, cabendo às Cortes conferir aos direitos fundamentais a máxima eficácia possível. Desta forma, o Poder Judiciário tem o “poder-dever” de recusar-se a aplicar preceitos que não respeitem os direitos fundamentais. Enquanto legislativo e executivo seguem a legitimação popular, com eleição direta, o judiciário funciona como um poder que tenta contrabalançar essa equação e garantir os direitos e princípios fundamentais. Diante disto, se não fosse desta forma, qualquer vontade política majoritária, ou seja, apoiada pela maioria, poderia ser aprovada para esmagar os direitos da minoria, sempre com base no argumento da prevalência da vontade majoritária. Isso não seria coerente com a noção de democracia, que pressupõe a defesa dos direitos individuais. Neste contexto, gera-se a chamada dificuldade contramajoritária, a qual se trata de uma suposta impossibilidade de que órgãos formados por agentes públicos não eletivos, invalidem decisões de órgãos legitimados pela escolha popular. Seria então, a dificuldade contramajoritária, um meio de se questionar a própria legitimidade do controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais.

A chamada “dificuldade contramajoritária” do Poder Judiciário constitui uma verdadeira obsessão do direito estadunidense. Sistemas políticos dotados de controle de constitucionalidade das leis, nos quais juízes não eleitos podem invalidar decisões emanadas do Parlamento, cujos membros são escolhidos pelo povo.

O *judicial review* desde o seu nascedouro desperta intensa polêmica, em especial pelo seu caráter contramajoritário. Isso porque, dada a origem de escolha dos magistrados brasileiros

² Sobre o tema ver CARRARO, Angela Zilli. *A dificuldade contramajoritária no Estado Democrático de Direito: breves considerações*. Disponível em <<http://angelazillijuridico.blogspot.com.br/2011/05/dificuldade-contramajoritaria-no-estado.html>>. Acesso em: 15 maio 2018.

não ser pelo voto direto e majoritário, estes não possuiriam legitimidade para invalidar normas aprovadas pelo Legislativo. Entretanto, há que se salientar que não é de se estranhar que a objeção contramajoritária se revelasse presente no debate em curso. Há dois componentes, um técnico-jurídico, relacionado à aplicação do direito vigente em uma determinada ordem jurídica, e outro político, decorrente do conteúdo aberto de diversas normas constitucionais (PINTO, 2010).

Percebe-se a ocorrência da dificuldade contramajoritária no momento da aplicação de uma norma constitucional da segunda espécie, já que esse conteúdo não pode ser compreendido objetivamente sem as visões subjetivas do julgador. Reside nesse fator a emblemática questão da legitimidade dos juízes para fazer tais escolhas sob a perspectiva de uma origem antidemocrática. Isso porque se o juiz manifesta-se subjetivamente, ele cria normas e explicita o conteúdo destas por meio de uma opção política, não necessariamente jurídica, o que promove o questionamento de sua legitimidade para resolver assuntos deste tipo.

Explicita Sarmiento e Souza Neto (2015, p. 80-81) que:

A dificuldade contramajoritária reside no reconhecimento de que, diante da vagueza e abertura de boa parte das normas constitucionais, bem como da possibilidade de que elas entrem em colisões, quem as interpreta e aplica também participa de seu processo de criação. Daí a crítica de que a jurisdição constitucional acaba por conferir aos juízes uma espécie de “poder constituinte permanente”, pois lhes permite moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas adotadas pelo legislador eleito. Essa visão levou inúmeras correntes de pensamento ao longo da história a rejeitarem a jurisdição constitucional ou pelo menos o ativismo judicial no seu exercício.

Existem aqueles que entendem não existir a chamada dificuldade contramajoritária no controle de constitucionalidade. Argumentam que, ao analisar o caso concreto, o juiz não irá atuar contra a vontade popular, uma vez que também encontra-se inserido em sociedade e dos valores dela também comunga. Esse entendimento empolga o ordenamento jurídico. Outro argumento reside no fato de que a democratização da jurisdição constitucional teria superado a dificuldade contramajoritária. (SARMENTO; SOUZA NETO, 2015).

A dificuldade contramajoritária constitui apenas uma das críticas ao *judicial review*, já que a supremacia judicial é uma tendência recente que tem se tornado o principal objeto das críticas à atuação da Suprema Corte. De certo que os autores que criticam a supremacia judicial não negam a importância deste poder na proteção do texto constitucional e, principalmente, dos direitos fundamentais assegurados aos cidadãos. Eles questionam o fato se esta deve ser a última

palavra sobre tais matérias, defendendo uma participação mais intensa dos demais poderes na garantia de tais prerrogativas. (PINTO, 2010).

Essa discussão da jurisdição constitucional tende a oscilar conforme a orientação política adotada pelo tribunal. E, no Brasil, ela possui grande relevo e cada vez ganha mais. É que, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, o controle de constitucionalidade está expressamente previsto na Carta Magna, de modo que a emblemática não reside na adoção ou rejeição do instituto, mas sim sobre o modo e a intensidade com que os juízes e os tribunais deverão empregá-lo, se de forma mais ousada e ativista, ou de forma mais simples, como aquelas realizadas pelos poderes políticos.

2 ALGUMAS TEORIAS SOBRE O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA DEMOCRACIA

O papel adequado ao controle de constitucionalidade no Estado Democrático de Direito constitui fator de várias interpretações a partir de perspectivas diferentes. No constitucionalismo popular vislumbra-se como característica elementar a ilegalidade do controle jurisdicional da constitucionalidade. Para os adeptos dessa corrente, a interpretação e aplicação do texto constitucional deve se dar pelo povo ou seus representantes diretos e não pelo Judiciário uma vez que o texto constitucional deveria inspirar a atuação dos primeiros e não ser objeto de limitação por parte dos segundos.

Numa perspectiva do constitucionalismo rígido, os juízes não podem criar normas já que isso implicaria numa invasão no campo da legislação, cabendo-lhes somente censurar a sua invalidade por violação ao texto constitucional, anulá-las no âmbito da jurisdição constitucional, desaplicá-las ou suscitar exceções de inconstitucionalidade no campo da jurisdição ordinária. Em todos esses casos, a intervenção se daria não na esfera legítima, mas na esfera ilegítima da política. (FERRAJOLI, 2008).

Explica Ferrajoli (2008) que a legitimidade da jurisdição tem como base o caráter cognitivo a ser explicitado na subsunção e na aplicação da lei, mas depende do grau de taxatividade e de determinação da linguagem legal ao passo que a indeterminação normativa e a conseqüente discricionariedade do juiz constituem um fator de deslegitimação da atividade judicial. Desse modo, o cognitivismo judiciário remete-se à outra face do princípio da legalidade.

Nesse caso, a satisfação de um ideal similar constitui uma questão de grau, dependente do alcance de determinação ou de estreita legalidade da linguagem legal. Contudo, o Poder Judiciário, ao ultrapassar um certo grau de indeterminação, quando se converte em poder criativo ou de disposição, perde qualquer legitimidade.

Já o neoconstitucionalismo pressupõe a solução dos conflitos entre direitos sob uma análise ponderativa a ser realizada pelo Poder Judiciário. É que a necessidade de resolver tensões entre princípios constitucionais colidentes tornou o uso do princípio da proporcionalidade frequente nas decisões judiciais, o que permeou o desenvolvimento de diversas teorias de argumentação jurídica partindo-se de premissas de natureza moral ou do campo empírico subjacente às normas.

O chamado constitucionalismo contemporâneo atua sob três premissas do ponto de vista metodológico-formal. A primeira seria a normatividade da Constituição, ou seja, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade). A segunda pauta-se na superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica, remetendo-se às Constituições rígidas. A terceira constitui a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição. (BARCELLOS, 2005).

Já sob o ponto de vista material, os elementos caracterizadores são a incorporação explícita de valores e opções políticas nas Constituições, especialmente a promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais e a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional. (BARCELLOS, 2005).

Essa necessidade de resolver tensões entre princípios constitucionais em colisão promoveu a adoção da técnica de ponderação, haja vista que as diferentes pretensões necessitam conviver e harmonizar-se. Nesse sentido, o Direito passou a analisar questões de natureza axiológica e princípios com esse conteúdo, como a dignidade da pessoa humana, igualdade, Estado Democrático de Direito e solidariedade social.

O problema é que o neoconstitucionalismo foca-se no Poder Judiciário e nele deposita enormes expectativas de concretização de ideais contemporâneos. Outra crítica seria a de que ao enfatizar a aplicação dos princípios com base na ponderação, em detrimento de regras e da



subsunção, a teoria acabaria por alimentar o decisionismo judicial e geraria insegurança jurídica. (SARMENTO; SOUZA NETO, 2015).

No caso do Brasil, explicitam os autores que:

Hoje, instalou-se um ambiente no Brasil que aplaude e valoriza as decisões principiológicas e não aprecia tanto aquelas calcadas em regras legais, que são vistas como burocráticas ou positivistas (...) os operadores do direito são estimulados a sempre invocar princípios muito vagos nas suas decisões, mesmo quando isso seja absolutamente desnecessário, pela existência da regra clara e válida a reger hipótese. (...) A tendência atual de invocação frouxa e não fundamentada de princípios colide com a lógica do Estado Democrático de Direito, pois amplia as chances de arbitrariedade judicial, gera insegurança jurídica e atropela a divisão funcional de poderes que têm no ideário democrático um dos seus fundamentos. (SARMENTO, SOUZA NETO, 2015, p.99-100)

O neoconstitucionalismo enfrenta ainda um conflito de caráter geral no tocante ao papel da Constituição e ao espaço adequado da jurisdição constitucional. São duas ideias distintas. O primeiro, o procedimentalismo, sustenta que o papel da constituição é definir as regras do jogo político, assegurando a fluidez da democracia. Essa teoria pressupõe que as decisões substantivas sobre temas controvertidos no campo moral, econômico, político devem ser objeto de análises do povo ou de seus representantes.

Outrossim, já o substancialismo, indica o inverso, esteando que a legitimidade da adoção de decisões substantivas deve ser objeto das Constituições. Entendem que o texto constitucional deve impor ao campo político um conjunto de decisões valorativas consideradas essenciais e consensuais.

Esse conflito do substancialismo *versus* procedimentalismo não contrapõe realmente duas ideias antagônicas ou totalmente inconciliáveis. É que o segundo, em suas diferentes vertentes, admite que o funcionamento do sistema de deliberação democrática requer a observância de condições específicas descritas como opções materiais e se conduzem a opções valorativas ou políticas.

Assim, o “sistema de diálogo democrático não tem como funcionar de forma minimamente adequada se as pessoas não tiverem condições de dignidade ou se seus direitos, ao menos em patamares mínimos, não forem respeitados.” (BARCELLOS, 2005, p.7). Feitas essas ponderações acerca das teorias constitucionalistas, realiza-se um resgate histórico da dificuldade contramajoritária e o nascedouro do ativismo judicial, visando-se estabelecer parâmetros e delineamentos do instituto.

3 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO: DELINEAMENTOS E PARÂMETROS DE APLICABILIDADE

3.1 Dimensões do Significado do Termo Ativismo

O ativismo pauta-se em um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição que não foram levadas em consideração nem pelo constituinte nem pelo legislador. Trata-se de um termo ambíguo usado historicamente para caracterizar o perfil de determinados juízes norte americanos como ativistas ou não, no sentido de “combater” as omissões legislativas em decisões de cunho político liberal. Em outra conotação (usado em sentido vazio), também é utilizado para caracterizar a desaprovação de uma determinada decisão judicial.

A emblemática em se identificar o ativismo judicial advém da dificuldade em se aferir o parâmetro de interpretação constitucional, já que para se considerar ativismo parte-se de:

(...) uma controvertida posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional. Mais do que isso: não é a mera atividade de controle de constitucionalidade - consequentemente, o repúdio ao ato do poder legislativo - que permite a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão Jurisdicional, mas a reiteração dessa mesma conduta de desafio aos atos de outro poder. (VALLE, 2009, p. 21).

Barroso (2012) explicita a dimensão do ativismo e indica os contornos da teoria, esclarecendo que a origem adveio de uma revolução profunda e silente veiculada pela jurisprudência progressiva em matérias de direitos fundamentais. Pontua o autor que:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judiciário. Todavia, depurada essa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora - a ideia de ativismo está associada a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação dos espaços vazios. (BARROSO, 2012, p. 371).

Embora o ativismo esteja ligado à judicialização, dela difere na medida em que ela reside em questões relevantes de cunho político, moral e social que são objetos de apreciação judicial em caráter final. Trata-se daquelas atividades tipicamente preponderantes dos Poderes Legislativo e Executivo que são transferidas ao Poder Judiciário.

Com isso, os tribunais e magistrados acabam por se tornarem atores políticos, conquanto com singularidades e embasamentos distintos dos demais poderes. Eles se tornam personagens centrais na resolução de relevantes conflitos morais e políticos cujos efeitos de suas decisões acabam por impactar no sistema político. Nesse sentido, ainda que não o integrem, constituem verdadeiros mecanismos de poder e, direta ou indiretamente, participam da formação da vontade política predominante.

A relação entre direito e política consiste num vaivém de implicações recíprocas, de modo que da mesma forma que as deliberações do ativismo intervêm no cenário político, o revés também se demonstra realístico. Assim, um cenário político invasivo pode acarretar uma postura de passivismo judicial e já um ambiente político de liberdade decisória pode refletir numa oportunidade de ativismo judicial.

Ressalte-se, contudo, que a posição de ativista ou não nem sempre depende de uma escolha deliberada dos tribunais e magistrados, já que, diante da submissão de demandas, pelos atores políticos e/ou sociais, eles devem decidir sobre conflitos cruciais hodiernos. Esses fatores externos propiciados pela judicialização da política criam ocasiões oportunas para o exercício do ativismo judicial, que dependerá do comportamento do juiz.

Decisões meramente principiológicas e sem embasamento legal, quando o caso concreto possuir, podem levar a sentenças subjetivas advindas de vontades ocasionais. Nesse sentido, corre-se o risco de decisões sem vínculo aos textos legais tornarem-se precedentes (sobretudo na ótica do Novo Código de Processo Civil)³, o que corresponderia à negação de valores

³ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito Brasileiro. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>>. Acesso em 15 mai. 2018.

“A criação de um novo sistema de precedentes vinculantes pelo CPC/2015: A trajetória descrita acima completou-se com o Novo Código de Processo Civil. Nele se instituiu um sistema amplo de precedentes vinculantes, prevendo-se a possibilidade de produção de julgados com tal eficácia não apenas pelos tribunais superiores, mas igualmente pelos tribunais de segundo grau. Nessa linha, o art. 927 do novo Código definiu, como entendimentos a serem obrigatoriamente observados pelas demais instâncias: (i) as súmulas vinculantes, (ii) as decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado da constitucionalidade, (iii) os acórdãos proferidos em julgamento com repercussão geral ou em recurso extraordinário ou especial repetitivo, (iv) os julgados dos tribunais proferidos em incidente de resolução de demanda repetitiva e (v) em incidente de assunção de competência, (vi) os enunciados

fundamentais e princípios constitucionais brasileiros previstos especialmente no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 (especialmente arts. 1º a 11), essenciais ao Estado de Direito.

Nessa perspectiva, os tribunais e magistrados deveriam atuar não como verdadeiros atores políticos, mas como intérpretes jurídico-políticos, de forma a se desenvolver entendimentos ponderados, cujo equilíbrio das funções judiciais e políticas fossem visíveis em sentenças e acórdãos.

Oportunamente cumpre distinguir de um lado o ativismo judicial político, e por outro, o ativismo judicial jurisdicional democrático, isto é, o ativismo judicial que diz respeito às funções eminentemente jurisdicionais típicas do modelo democrático de Estado (LEITE, 2014, p. 14).

O ativismo judicial político corresponde à postura em função da qual o juiz tende a buscar ampliar o campo de abrangência de suas decisões de modo a decidir questões de mérito político, de modo que – da mesma forma que ocorre com a noção de *judicial activism* no ambiente democrático anglo-americano. Já o ativismo judicial jurisdicional consiste na tendência adotada pelo juiz que atua no ambiente judiciário de um Estado pós-autoritário, ambiente esse inapto para permitir que se garanta efetividade aos direitos dos cidadãos, de dedicar especial ênfase no sentido de ampliar os limites tradicionais – portanto, pré-democráticos – da ação judiciária no desempenho da atividade jurisdicional propriamente dita, ou seja, tendo em vista decisões que versem não sobre matéria de conteúdo político, mas sobre matéria puramente jurídica relativa à garantia de direitos e sanção de atos ilícitos (accountabilities system). (LEITE, 2014, p. 25)

A falta de precisão e rigor semântico na classificação do ativismo judicial no Brasil tem gerado problemas teoricamente importantes relacionados à compreensão do tema. Ao não distinguir o ativismo judicial político do ativismo judicial jurisdicional, a doutrina brasileira incide em conclusões equivocadas: os defensores de um “ativismo judicial” genérico afirmam que o juiz que se entende incompetente para proferir decisões sobre questões de mérito político, ou seja, o juiz que não pratique o que a doutrina brasileira chama genericamente de ‘ativismo judicial’, é um “juiz ineficaz”, pois, segundo essa ótica, “o passivismo do Judiciário é contrário ao interesse social na promoção da justiça” (CAMBI apud LEITE, 2014, p. 27).

da súmula simples da jurisprudência do STF e do STJ e (vii) as orientações firmadas pelo plenário ou pelos órgãos especiais das cortes de segundo grau”.

De fato, pode parecer, à primeira vista, que a expressão “juiz eficaz” tem o mesmo significado que “juiz ativista”, mas essas qualidades não se confundem. Se empregarmos a terminologia mais precisa, veremos que um juiz politicamente ativista (que tende a proferir decisões sobre matérias de conteúdo político e definição de políticas públicas) pode se mostrar ineficaz e brando na tarefa de decidir questões não políticas e eminentemente jurídicas, como aquelas relativas à garantia de direitos fundamentais e sanção do ato ilícito, ao passo que um juiz politicamente passivista (que se considera incompetente para invadir a área de decisão que ele entende afeta à opinião pública), pode ser extremamente eficaz e rigoroso no que tange às decisões sobre matéria eminentemente jurídica e, portanto, no desempenho da função de assegurar os direitos dos cidadãos, a regularidade do processo democrático e implementar a responsabilização dos infratores, ressaltando-se que ele talvez opte pela postura politicamente passivista justamente por entender que o contrário disso implicaria tolher o direito fundamental de participação do cidadão (LEITE, 2014, p. 27).

216

3.2 A Dialecticidade Negativa e Positiva do Ativismo Judicial

Diversas são as críticas acerca da expansão da intervenção judicial. Não se olvida que o papel exercido pelo Poder Judiciário na efetivação de políticas públicas possui grande relevância. Contudo, algumas considerações a despeito da investidura dos juízes, a fundamentação de seus discursos ativistas merece reflexão, já que essa esfera de Poder não possui a hegemonia da concessão, quase que exclusiva, da interpretação da Constituição. Há que analisar na teoria da separação de poderes e princípio majoritário⁴ o viés da ponderação e moderação que devem ser exercidos constantemente na atividade política (Legislativo e Executivo) e o Poder Jurisdicional.

Os argumentos de que a separação de poderes e o princípio majoritário bloqueariam a eficácia dos enunciados normativos são diversos. O primeiro deles seria uma invasão do Poder Judiciário nas esferas de competência dos demais poderes, o que provocaria ausência de legitimidade daquele em relação a este para assuntos de cunho político. Outro argumento seria

⁴ O Sistema Eleitoral Majoritário é o adotado nas eleições para Senador da República, Presidente da República, Governadores da República e Prefeitos. Este sistema leva em conta o número de votos válidos ofertados ao candidato registrado por partido político aos cargos citados. Vence a eleição o candidato que obtiver a maioria dos votos. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2542454/o-que-se-entende-por-principios-majoritario-e-proporcional>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

o fato de uma exacerbação da judicialização, em que se limitaria a concessão de direitos de alguns em face de interesses coletivos e os impactos dessa decisão nos orçamentos públicos, já que os estudos deste aspecto são políticos e não jurídicos. Um terceiro argumento seria que juízes e promotores não são agentes públicos, advindos de uma vontade popular.

Essas questões introduzem as críticas à jurisdição constitucional e o ativismo judicial de natureza política e ideológica. A primeira discute a legitimidade democrática e sua suposta maior eficiência na proteção dos direitos fundamentais. A segunda trata da visão do Judiciário enquanto instituição tradicionalmente conservadora das distribuições de poder e de riqueza na sociedade (BARROSO, 2012).

Outra crítica pauta-se na capacidade institucional no sentido de examinar qual dos poderes tem maiores condições de produzir uma decisão satisfatória a casos complexos de determinada matéria. É que situações de difíceis resoluções que exigem conhecimentos técnicos e empíricos não podem ser submetidos ao Judiciário, o qual nem sempre tem noção dos efeitos macros de sua decisão, já que, geralmente, sua análise é microanalítica em um caso concreto.

Há ainda a crítica a despeito da limitação do debate, evidenciando que a judicialização e o protagonismo judicial não necessariamente promovem um debate democrático, na medida em que a discussão no universo jurídico é diferente daquela exercida em ambientes políticos. O primeiro exige conhecimento técnico e uma linguagem específica, o que não é acessível a toda a população e representada pelos outros dois Poderes da República. E ainda há a inversão de debates, discutindo-se, por exemplo, temas como os ideais de Justiça no Poder Judiciário e não no Legislativo e Executivo, onde seriam os lugares próprios e legítimos para este debate político, ao invés de um discussão casual, racional e técnica, mais de competência do Judiciário.

Explica Barroso (2012) que institutos como audiências públicas e *amicus curiae* tendem a abrandar o problema, contudo não os suprime, o que pode levar à apatia nas forças sociais.

Nino (1997), ao manifestar acerca da legitimidade do Judiciário em atuar em esferas típicas do Legislativo, considera que defender a supremacia do primeiro em face do segundo implicar-se-ia num “elitismo epistemológico” injustificável, vez que é a democracia que possui um axioma intrínseco. Contudo, ele defende que em três situações essa atuação do Judiciário seria justificável. A primeira seria quando as regras da democracia não forem respeitadas. A segunda quando estiver em jogo a autonomia pessoal do indivíduo. Em sua visão, a decisão individual sobre sua própria autonomia tem valor maior que a decisão democrática. E a terceira

refere-se a hipótese de se preservar uma prática social ou convencional de modo que a decisão judicial faça prevalecer a constituição histórica.

Por certo que as críticas em torno do ativismo judicial e da própria jurisdição constitucional são diversas, cada qual com embasamento crítico devidamente fundamentado. Mas a questão é que não se pode negar aos cidadãos o acesso ao Judiciário, já que se trata de um princípio fundamental basilar da nossa Constituição. E, uma vez proposta a ação, o magistrado deve decidi-la e a argumentação principiológica para fundamentá-la, ele promove por meio do viés interpretativo neoconstitucional.

Essa densa situação de poder/dever de agir aliada à crise de representatividade dos demais poderes no que tange à implementação de políticas públicas voltadas à eficácia dos direitos fundamentais levam a um caminho em que a inexistência de ações de cunho jurisdicional é inconcebível, de forma que a discussão deve se pautar em parâmetros de ponderação, de autocontenção das decisões judiciais.

Nesse contexto, tem-se que a jurisdição constitucional constitui um elemento essencial ao Estado Democrático de Direito. Contudo, ela não pode ser o artefato viabilizador de políticas públicas. Ela coexiste como espaço de legitimação discursiva de ambos os poderes, funcionando como complemento, como mecanismo de proteção e promoção dos direitos fundamentais, resguardando-se as regras do jogo democrático.

Assim, o judiciário deve agir em defesa dos preceitos essenciais da Constituição sob um viés democrático, não podendo a Corte Suprema impor sua interpretação do texto constitucional já que lhe cabe a última palavra, oprimindo-se a voz das ruas, movimentos sociais e demais canais de manifestação da sociedade. Isso porque os cidadãos devem ter sempre o direito de lutar pela concretização de seus direitos, independentemente da esfera de poder que promova a limitação.

3.3 Judicialização de Políticas Públicas

A judicialização das políticas públicas opera-se quando os órgãos jurisdicionais, no desempenho normal de suas funções, têm sua atuação afetada de modo significativo, devido à necessidade de decidirem sobre questões de elevado caráter político, em especial, intervirem mediante provimentos jurisdicionais para direcionar, corrigir ou exigir a implementação de ações públicas para a satisfação de direitos individuais ou coletivos. Reside, pois, em questões

relevantes de cunho político, moral e social que são objetos de apreciação judicial em caráter final, o que implica, em muitas das vezes, na substituição das decisões políticas tomadas pelos gestores públicos.

Trata-se daquelas atividades tipicamente preponderantes dos Poderes Legislativo e Executivo que são transferidas ao Poder Judiciário, em razão de uma situação de omissão ou de uma atuação insuficiente. Com isso, os tribunais e magistrados acabam por se tornarem atores políticos, conquanto com singularidades e embasamentos distintos dos demais poderes. Eles se tornam personagens centrais na resolução de relevantes conflitos morais cujos efeitos são vislumbrados no impacto de suas decisões no sistema político. Nesse sentido, ainda que não o integrem, constituem verdadeiros mecanismos de poder e, direta ou indiretamente, participam da formação da vontade política predominante.

Assim, há uma conversão de circunstâncias tradicionalmente consideradas de natureza política em situações jurídicas, o que enseja a origem da jurisdicionalização do processo decisório, aumentando a tensão entre política e o direito. Nesse contexto, se antes o Poder Judiciário brasileiro exercia papel coadjuvante na realização das políticas de Estado para a garantia e defesa da saúde dos brasileiros, como direito fundamental; tendo em vista a não positivação de normas legais por parte do Poder Legislativo e a ineficácia do Poder Executivo em efetivar essas políticas públicas, ele passou, na atualidade, a exercer papel de protagonismo, especialmente na área da saúde, em ações relativas à garantia de tratamentos ou fornecimento de medicamentos.

219

4 JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA DA SAÚDE E A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NOS CASOS DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO: ATIVISMO JUDICIAL OU EFEITOS NEFASTOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

O direito à saúde constitui um direito fundamental de natureza social cujas diretrizes e garantias são estabelecidas pelo texto constitucional. A saúde institui-se como direito de todos e dever do Estado e o reconhecimento de sua natureza advém de um longo processo histórico de avanços da sociedade no que diz respeito ao exercício da cidadania.

A nova ordem constitucional consagrou o direito universal à saúde e as obrigações de financiamento para cada nível de governo. Regulamentou o sistema privado e institui-se como princípio constitutivo do Sistema Único de Saúde a participação da comunidade. Para garantir

essa participação foram definidos, constitucionalmente, vários dispositivos de controle social. Como forma de dimensionar esses parâmetros, a Constituição da República estabeleceu as competências para legislar sobre proteção e defesa da saúde.⁵

De forma concorrente, compete à União, aos Estados e aos Municípios a legislar sobre saúde e, de modo comum, elaborar e implementar políticas públicas em matéria de saúde. Em matéria legislativa, à União foi atribuída a competência para o estabelecimento de regras gerais, ao Estado, criar normas suplementares e, aos Municípios, legislar sobre assuntos de interesse local. Nestes termos, tem-se que as competências constitucionalmente atribuídas para ações e serviços voltados à saúde, são repartidas aos entes federados de modo que, a União e os Estados contribuem técnica e financeiramente, ao passo que os Municípios executam os serviços por meio da descentralização.

Enquanto direito social, a saúde, assim como os demais direitos desse âmbito, remete a prestações positivas proporcionadas pelo Estado, de forma direta ou indireta, que possibilitam melhores condições de vida aos mais vulneráveis, buscando igualizar situações sociais desiguais. O problema é que as ações de políticas públicas voltadas à saúde, que deveriam implicar em diretrizes, estratégias, prioridades e metas a serem perseguidas de forma eficiente pelos órgãos públicos, em virtude das crescentes demandas sociais e anseios da coletividade, restam frustradas ante a ineficiência do Poder Executivo em gerir os recursos disponíveis e do Poder Legislativo em elaborar legislações que garantam a efetividade desse direito.

Assim, para satisfazê-los, os cidadãos e entes coletivos passaram a enxergar no Poder Judiciário a única possibilidade de satisfação de suas demandas, ocasionando a massiva e crescente judicialização da saúde. Esse cenário impacta nas demais políticas do Estado e principalmente implica no orçamento público de forma arrebatadora. Isso porque, segundo o Ministério da Saúde (2008), em 2005, a União gastou diretamente R\$ 2,5 milhões com aquisição de medicamentos solicitados pela via judicial e foi citada como ré em 387 processos.

⁵ BRASIL. Constituição Federal de 1988:

Art. 23. 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;

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

Em 2007, o gasto passou para R\$ 15 milhões destinados ao atendimento de aproximadamente três mil ações. Em 2008, as despesas alcançaram R\$ 52 milhões.⁶

No caso específico de medicamentos, os custos são ainda mais alarmantes. Os gastos do Ministério da Saúde com o fornecimento de medicamentos e insumos para cumprimento de provimentos jurisdicionais passaram de cerca de R\$ 2,5 milhões, em 2005, para R\$ 266 milhões, em 2011, um aumento equivalente a mais de 10.000%. Em 2014, o valor despendido pelo Ministério da Saúde para cumprimento de provimentos jurisdicionais chegou a R\$ 843 milhões.⁷

Esses números refletem os gastos gerados e a implicação das decisões judiciais no cenário político e econômico do país em matéria de saúde. Conquanto haja uma morosidade na prestação jurisdicional, ao se analisarem as ações em tramitação, os órgãos jurisdicionais não se baseiam em critérios específicos e técnicos a demonstrarem a viabilidade da concessão de medicamentos ou tratamentos médicos, sendo deferidos pedidos, em diversos casos, sem uma organicidade necessária, o que compromete o orçamento governamental.

Desse modo, dada a especificidade dos medicamentos de alto custo e o dispêndio financeiro causado para o cumprimento das decisões judiciais, há que se vislumbrar uma solução hermenêutica que possa dar supedâneo às referidas decisões. Nesse contexto, os julgados dos Supremo Tribunal Federal, ainda que sob o viés do ativismo judicial, tem apontado caminhos iniciais para a construção de provimentos jurisdicionais que privilegiem os direitos fundamentais tanto sob a ótica individual como coletiva.

Ressalte-se, contudo, que “escrever sobre a Suprema Corte é como atirar em um alvo em movimento.” (THUSNET, 2005, p.347). Isso porque diversas são as exposições e os períodos em que os pensamentos são exarados. Não há uma lógica na exposição de motivos de determinados votos, ao passo que em outros sim. Daí a construção do pensamento não necessariamente se torna concatenado, de modo a criar parâmetros para casos conflituosos como o de medicamentos de alto custo. Mas, no tocante a essa seara da saúde, os julgamentos do STF vêm apresentando arcabouços teóricos e práticos. Desse modo, passa-se a analisar

⁶ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Disponível em: <<http://www.sinmedmg.org.br/visualizacaodenoticias/ler/7032/acoes-judiciais-comprometem-politica-de-saude>>. Acesso em: 20 set. 2017.

⁷ MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2015. Disponível em: <http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2017/maio/15/06042017_Gasto-com-10-remedios-mais-pedidos-na-Justica.pdf>. Acesso em: 20 set. 2017.

julgados do STF, para então argumentar criticamente sob os parâmetros a serem vislumbrados em eventuais decisões judiciais.

4.1 O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Saúde

A deficiência na saúde pública do país, enquanto fruto de ineficiências e inações governamentais na implementação de políticas públicas nessa esfera, vem suscitando a judicialização sanitária e, por consequência, promovendo o ativismo judicial. E o Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua função precípua de declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos e também de sanar lacunas do sistema jurídico ou omissões inconstitucionais dos Poderes, acaba por desempenhar esse papel de protagonista judicial em seus julgados para se concretizar direitos fundamentais.

Desde o advento da Constituição Federal, o STF vem conferindo plena efetividade às normas sociais, analisando o texto constitucional sob a perspectiva da universalidade e isonomia que regem o sistema de saúde pública. O exame do orçamento público para atender tais demandas eram relegados a segundo plano. Isso porque garantir o direito social em um contexto de uma constituição cidadã num período pós-ditadura apresentava-se como mecanismo mais socialmente aceitável de uma Corte Suprema.

Observe-se que no Recurso Extraordinário (RE) n. 271.286/RS, julgado em 12/09/2000, relator Ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a obrigação do Município de Porto Alegre a fornecer gratuitamente medicamentos a favor de portadores de HIV que demonstravam hipossuficiência financeira. (BRASIL, 2000a). Também no RE n. 195.192, julgado em 12 de setembro de 2000, relator Ministro Marco Aurélio, o STF reconheceu essa obrigação da Administração Pública em adquirir e fornecer medicamentos a uma criança que sofria de uma doença rara. (BRASIL, 2000b).

Nos julgados AI 486816 AgR/RJ julgado em 12/04/2005 (BRASIL, 2005), relator Carlos Velloso, o STF imputa a responsabilidade do Estado quanto à concessão de medicamentos, apresentando argumento acerca da legalidade do bloqueio de verbas públicas como medida coercitiva para garantia do direito à saúde (BRASIL, 2005). Já na ADPF n. 45, julgada em 04/05/2004, relator Ministro Celso de Mello, a Corte Suprema examina a colisão entre os princípios da reserva do possível e o mínimo existencial. Nesse julgado, o STF, em síntese, argumenta que as questões orçamentárias sob as bases da cláusula de reserva do possível

somente configurariam óbice à implementação do direito à saúde no caso de a insuficiência de recursos ser objetiva e concretamente demonstrada no feito.

O objetivo até então do Supremo constituía em garantir os direitos fundamentais, ficando a questão orçamentária numa análise secundária. Entretanto, os inúmeros casos dessas ações que ensejaram a judicialização da saúde acabaram por refletir negativamente nos julgados do STF que até então adotava a política de concessão de medicamentos em grande parte dos casos. No julgado Suspensão de Tutela Antecipada n. 91/AL, julgado em 26/02/2007, relatora Ministra Ellen Gracie (BRASIL, 2007), observa-se essa alteração de postura no STF, uma vez que o órgão entendeu que o Estado do Alagoas não poderia ser obrigado a fornecer medicamento que não estivesse na lista do Sistema Único de Saúde (SUS), muito embora ele estivesse registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Esse efeito multiplicador das ações judiciais acabou por suscitar a ocorrência da audiência Pública n. 4, que ocorreu nos meses de abril e maio de 2009, no bojo da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n. 175, julgado em 24/09/2009 (BRASIL, 2009a), que apresentou alguns parâmetros para solucionar os inúmeros casos envolvendo o direito à saúde, construídos a partir das discussões realizadas nas audiências públicas de saúde, convocadas pela Presidência do Supremo Tribunal Federal, no ano de 2009.

Em síntese, os principais pontos apresentados na audiência foram: a) responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; b) obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; c) obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; d) obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; e) obrigação do Estado de fornecer medicamento não lícitado e não previsto nas listas do SUS; f) fraudes ao Sistema Único de Saúde. (BRASIL, 2009a).

As discussões e apontamentos feitos na audiência impactaram nas decisões do pleno do STF quando do julgamento das Suspensões de Tutela Antecipada (STA) n. 175, 211 e 278, as Suspensões de Segurança n. 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355 e da Suspensão de Liminar (SL) n. 47, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Todas essas ações foram interpostas pela Administração Pública em virtude de sua condenação em decisões judiciais que determinaram

ao SUS o fornecimento de medicamentos de alto custo e tratamentos não oferecidos pelo sistema a pacientes de doenças graves. (BRASIL, 2009).

O Ministro Gilmar Mendes destacou em sua relatoria a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil por meio do uso de parâmetros a serem observados no caso concreto. Assinalou o relator que se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, “é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não a fornecer ou (3) de uma vedação legal de sua dispensação”. (BRASIL, 2009b, *on line*).

O relator observou na mesma decisão que é vedado o fornecimento de medicamento não registrado na ANVISA de acordo com o art. 12 da Lei n. 6.360/1976, pois pode gerar risco à saúde pública (BRASIL, 2010). Explicitou também a necessidade de se analisar a existência de motivação ou não para o fornecimento de determinado remédio ou tratamento pelo SUS (BRASIL, 2009b, *on line*).

Dessa forma, nota-se que, na compreensão do relator, se o SUS fornece tratamento semelhante, este deve ser aplicado ao paciente e não um tratamento que seja mais oneroso ao Estado. Somente se o caso comprovadamente possuir especificidades é que o Estado deve arcar com recurso terapêutico mais dispendioso. (BRASIL, 2009).

A revisão periódica dos protocolos existentes deve ser realizada sempre. Já a elaboração de novos protocolos acerca de tratamentos não incorporados pelo SUS, na compreensão do relator, por ser experimentais, não cabe ao Poder Público fornecê-los e, no caso de comprovada responsabilidade do Estado, essa é solidária entre os entes da federação. (BRASIL, 2009b). Note-se que, em suma, no âmbito da STA n. 175, o Ministro Gilmar Mendes manifestou seu pensamento de que é inviável ao Estado o financiamento de todas as prestações na área da saúde. Isso porque se tal ocorresse poderia acarretar no comprometimento do SUS como um todo, prejudicando o atendimento à população mais carente. Daí a necessidade de fixação de parâmetros para essa concessão.

Nos Recursos Extraordinários 566.471 e 657.718, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, ainda não julgados pelo Pleno do STF, o relator e os Ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin, que apresentaram seus votos em setembro de 2016, esmiuçaram alguns parâmetros que podem embasar as decisões judiciais no sentido de evitar decisões emotivas ou desconexas com a realidade do país, considerando que o bem jurídico envolvido (saúde = vida) favorece esse tipo de sentenças e acórdãos.



Em seu voto no RE 566.471, Marco Aurélio sinaliza a necessidade do reconhecimento do direito individual ao fornecimento de medicamento de alto custo não incluso em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional por parte da Administração Pública, desde que comprovada a imprescindibilidade e da impossibilidade de substituição do medicamento por outro já constante na lista do SUS. E também, da incapacidade financeira do paciente ou membros de sua família. (BRASIL 2016a).

No caso do RE 657.718, que versa sobre fármacos sem registros na ANVISA e tratamentos experimentais ou paliativos, o relator Ministro Marco Aurélio evidenciou a imprescindibilidade do registro ou cadastro como condição para concessão do medicamento. Em seu entender, se não houver o registro, a inadequação é presumida, o que impacta na proibição legal de comercialização do medicamento. (BRASIL, 2016b).

Em síntese, na concepção de Marco Aurélio, verificada a transgressão do mínimo existencial, deve-se reconhecer a validade da atuação de juízes e tribunais em situações concretas que não foram objeto de políticas públicas. Se satisfeitos os dois critérios da imprescindibilidade do medicamento e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária do paciente em custear o medicamento, deve ser concedido independentemente do valor. E no caso de fármaco sem registro na ANVISA não pode o Estado ser obrigado a concedê-lo, uma vez que pode comprometer a integridade física do paciente por ausência de comprovação de eficácia do medicamento.

Barroso, em seu voto-vista no RE 566.471, argui que o Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não constante na lista do SUS, independentemente de custo, exceto quando preenchidos os seguintes requisitos: a) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento; b) evidenciar que a não incorporação do medicamento não adveio de decisão expressa dos órgãos competentes; c) inexistência de substituto terapêutico constante na lista do SUS; d) evidências científicas de eficácia do medicamento pleiteado; e) propositura da demanda em face da União. Entende, ainda, que deve haver a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS. (BRASIL, 2016a).

No RE 657.718, Barroso explicita em seu voto que, como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na ANVISA por decisão judicial, já que



esse registro, além de atestar a eficácia, a segurança e a qualidade dos fármacos comercializados no país, garante o devido controle de preços. No que diz respeito aos medicamentos experimentais, que se encontram em fase de pesquisas e testes, entende o Ministro que não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los, conquanto eles possam ser objetos de análises em programas de testes clínicos, no caso de acesso expandido ou de uso compassivo mediante concessão administrativa nos termos da legislação aplicável. (BRASIL, 2016b).

No caso de medicamentos com eficácia e segurança comprovadas e testes concluídos, mas ainda sem registro na ANVISA, entende o Ministro que se trata de caso excepcional e o seu fornecimento somente poderá ocorrer quando houver irrazoável mora do órgão regulamentador em apreciar o pedido (entendendo que o prazo seria o superior a 365 dias). Contudo, para tanto, três requisitos devem ser satisfeitos: a) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; b) registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior e; c) a não existência de substituto terapêutico registrado na ANVISA. E acrescenta ainda que o polo passivo da ação será somente a União. (BRASIL, 2016b).

226

Ressalte-se que a argumentação de Barroso estabelece parâmetros no sentido de condensar ações judiciais advindas de direitos sociais não prestados pelo Estado. Assim, se o medicamento consta na lista do SUS e se comprovada sua necessidade e incapacidade financeira do paciente, existe a obrigação do Estado em concedê-lo. Caso o fármaco não tenha sido incorporado pelo SUS, caberá o fornecimento pelo Estado apenas nas hipóteses anteriormente destacadas.

Já Fachin, em seu voto-vista no RE 566.471, pondera que essas ações deveriam ser de natureza coletiva, constituindo a tutela prestacional individual medida excepcional. Segundo o relator, para a concessão dessa demanda, deve-se observar os seguintes requisitos: a) prévio requerimento administrativo, o qual pode ser substituído por ofício dirigido ao Juízo; b) pedido de médico pertencente à rede pública ou justificada impossibilidade; c) indicação do fármaco por meio da Denominação Comum Brasileira ou Denominação Comum Internacional; d) explicação da inadequação ou inexistência de medicamento ou tratamento disponível no SUS; e) laudo médico subscrito por médico responsável pela prescrição na qual deve constar especificidades do tratamento, seus efeitos, evidências médicas e vantagens de seu uso para aquele paciente e comparações com fármacos disponíveis do SUS para o mesmo fim. (BRASIL, 2016a).



A discussão coletiva tende a promover um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas, em virtude dos legitimados ativos, como Ministério Público e Defensoria Pública, deterem melhores condições de apresentarem elementos probatórios. Além disso, pode haver uma redução considerável no número de processos e uma discussão mais ampla da temática.

No RE 657.718, Fachin compreende que “na ambiência da pesquisa médica, a relação entre os pacientes e os pesquisadores é de ordem comutativa e o Estado, nesse momento peculiar, deve garantir, dentre outros, a plena autonomia da vontade do paciente e o respeito integral a seus direitos.” (BRASIL, 2016b, p.31). Na sua visão, no âmbito da política de assistência à saúde, deve o Estado prever, como norma geral, a vedação da dispensação, do pagamento, do ressarcimento ou do reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na ANVISA. Isso porque as situações em que a ameaça à saúde vulnera o direito à vida, a demanda judicial toca um pedido de dignidade.

Observe-se que, nos julgados mencionados, o Supremo Tribunal Federal vem pautando suas decisões no mínimo existencial, manifestando em seus julgados o cumprimento de prestações positivas na perspectiva dos direitos sociais e em favor dos hipossuficientes, suprindo inclusive a ausência de proteção no âmbito das políticas públicas nos demais poderes. Por certo que esses posicionamentos acabam por recair em protagonismo judicial. Contudo, sob o fundamento de eficácia dos direitos fundamentais e de democracia inclusiva, as interpretações expansivas do STF acabam justificadas.

É que a divisão harmônica de poderes deve ocorrer mediante colaboração consciente e controle recíproco, evitando-se distorções e proporcionando o aperfeiçoamento das funções estatais. Assim, não mais se fala de separação e sim de constitucionalização e organização dos poderes de forma a se conceber decisões eficazes e justas. Ocorre que esse exercício encontra entraves na questão da insuficiência de recursos arguida pela Administração Pública e o Supremo Tribunal Federal, como garante da Constituição, depara-se justamente nessa limitação nos casos de judicialização: como promover a concretização de direitos sociais sem promover o desequilíbrio do Estado?

Streck (2003, p. 212) esclarece que, para se compreender o estado de arte desse problema no Brasil, faz-se necessário “superar a crise que atravessa o Direito e o Estado, que emerge a partir da contraposição de uma sociedade carente de direitos sociais fundamentais

(déficit decorrente de um Welfare State que não houve), com a materialidade do texto exurgente do pacto refundador de 1988.”

Vislumbra-se, assim, que o Judiciário deve exercer a função pró-ativa que dele se espera, manifestando-se de forma prospectiva, preocupando-se com o exercício não só da legalidade, mas como concretizador de direitos sociais, haja vista o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Entretanto, não se trata de uma intervenção desmedida e sim uma atuação-parte da formação de um Estado em que os direitos fundamentais sejam protegidos em todas as esferas administrativas, políticas e jurídicas.

Entretanto, deve rechaçar-se o ativismo judicial disfarçado e sem políticas públicas de efetividade dos direitos fundamentais. Assim, a busca pela efetivação dos direitos sociais não deve justificar toda e qualquer postura judicial, posto que as consequências de decisões extravagantes ou emocionais impactam negativamente também na própria continuidade das políticas de saúde pública. É que o magistrado, ao decidir uma demanda individual, não possui condições de dimensionar os efeitos que seu julgamento, somado a inúmeros outros, pode causar para o sistema público de saúde. Esta afirmação funda-se nos números apontados neste trabalho e pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, que vem avançando para qualificar decisões judiciais sobre gastos com saúde⁸.

Trata-se de uma colisão entre, de um lado a vida e a saúde, e, de outro, a separação de poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. Contudo, “o que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros” (BARROSO, 2007, p. 4).

Essa dicotomia não é enfrentada por magistrados em suas decisões, limitando o exame na principiologia entre o mínimo existencial e a cláusula da reserva do possível, e, obviamente, concluem que as limitações orçamentárias não constituem fator a obstar a promoção da dignidade humana. Essa conclusão remete ao fato de que os direitos fundamentais não podem sofrer condicionamentos. Mas há que se ponderar acerca do conteúdo desse direito, posto que não é qualquer prestação de saúde que pode ser considerada inerente à manutenção de uma vida digna.

⁸ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84486-cnj-avanca-na-qualificacao-da-judicializacao-para-otimizar-gasto-de-saude>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

Nesse contexto, ante a dificuldade de se realizar esse juízo de ponderação do mínimo existencial em cada caso concreto sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana, os Ministros do Supremo vêm apresentando em seus votos ponderações e critérios a serem observados. Observe-se que essas argumentações apresentadas no âmbito da STA 175 (BRASIL, 2009) e no âmbito dos RE's 566471 e 657718, se somadas, podem nortear demais decisões judiciais, evitando-se julgamentos subjetivos e emocionais.

Nessa perspectiva, a concessão de medicamentos advindo de uma demanda individual deve constar na lista do SUS ao passo que fármacos não constantes na lista deverão ser objeto de ação coletiva, de modo a evidenciar que aquele medicamento que não possui substituto terapêutico deve ser incorporado pelo SUS ou deve ser dispensado a certo grupo de pessoas que ostenta o mesmo diagnóstico, desde que provada a eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências.

Outro fator a ser analisado é a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente, uma vez que a parte que possuir condições para tanto deverá fazê-lo. Caberá a parte interessada também a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes e de que não houve falha ou demora na apreciação pelo órgão. E também a ação deve ter como polo passivo a União. Nesse caso, observe que há pontos diversos entre os Ministros, já que Gilmar Mendes entende pela responsabilidade solidária e Barroso pela competência exclusiva da União, entendimento do qual se compartilha.

Além disso, deve-se haver um diálogo interinstitucional (como sustenta Barroso) entre o Poder Judiciário e técnicos, entes ou órgãos ligados à área da saúde (como as Câmaras de Assessoria Técnica e Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário - NAT-JUS - e Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS - CONITEC) como forma de aprimorar a instrução probatória e também uma criação de banco de dados. Essa medida veiculará a dispensação do fármaco e sua eventual incorporação ao SUS.

Em relação aos medicamentos sem registro na ANVISA, observa-se que eles podem implicar em sérios riscos aos pacientes, uma vez que não se trata de mero procedimento burocrático, mas de um órgão cuja função essencial pauta-se no controle, fiscalização de procedimentos e produtos inerentes à área da saúde. Para tanto, as legislações

infraconstitucionais⁹ disciplinam os aspectos mais relevantes acerca do fornecimento de medicamentos e estabelecem os parâmetros de controle e toda a sistemática procedimental. Com isso, objetiva-se que o medicamento seja seguro, eficaz e de qualidade.

Cumpra dizer que esses medicamentos são onerosos e não necessariamente implicam em resguardar a vida do paciente, destinando-se, por vezes, a apenas prolongar a vida do paciente ou garantir-lhe um tratamento paliativo. Se analisar esse fato sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana, esses medicamentos, ainda assim, deveriam ser concedidos. Contudo, a finitude dos recursos do Estado implica na não concessão a partir de critérios de proporcionalidade, posto que políticas públicas devem ser voltadas para a coletividade.

Agora, no caso de mora da Agência Nacional de Vigilância Sanitária em fornecer um provimento final de um medicamento já com eficácia e segurança garantidos, existe a viabilidade de fornecimento, desde que analisados os parâmetros assinalados no tópico anterior.

Nessa perspectiva, ter-se-ia uma melhor alocação dos recursos públicos de forma a não desorganizar a atuação administrativa e permitir o planejamento estatal na implementação de políticas públicas. E, ainda, esses parâmetros contribuiriam para decisões jurídicas racionais e comedidas, garantindo-se o direito individual à saúde na perspectiva coletiva.

230

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ascensão institucional do Poder Judiciário Brasileiro constitui característica essencial do constitucionalismo contemporâneo. Visualiza-se esse fenômeno na jurisdição constitucional, na judicialização de políticas e no próprio ativismo judicial. Nesse cenário, o Poder Judiciário tem a incumbência de viabilizar o máximo de políticas públicas, garantindo-se direitos fundamentais e sociais à população.

Por certo que esse exercício do papel contramajoritário tradicional, cuja função é eminentemente representativa, adveio das omissões dos agentes políticos dos Poderes Executivo e Legislativo na condução do processo político majoritário e/ou proporcional, que deve também, salvaguardar a vontade das minorias, como também tem este papel, inclusive o Judiciário. Entretanto, esse fator não pode tornar o Judiciário como instância hegemônica, permitindo-se decisões subjetivas e, por vezes, irracionais. Assim, torna-se imprescindível a

⁹ BRASIL. Lei n. 6.360/1976; Lei n. 8.080/1990; Lei n. 9.782/1999



autocontenção judicial, estabelecida por meio de parâmetros a nortear os magistrados nas demandas inerentes à área da saúde.

Assim, valendo-se dos votos emitidos na STA n. 175 (BRASIL, 2009) e dos votos até então apresentados nos Recursos Extraordinários n. 566.471 e 657.718, é possível inferir alguns critérios quais sejam: a) a concessão de medicamentos advindo de uma demanda individual deve constar na lista do SUS; b) fármacos não constantes na lista deverão ser objeto de ação coletiva, de modo a evidenciar que aquele medicamento que não possui substituto terapêutico deve ser incorporado pelo SUS ou deve ser dispensado a certo grupo de pessoas que ostenta o mesmo diagnóstico, desde que provada a eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; c) incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; d) demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes e de que não houve falha ou demora na apreciação pelo órgão; d) a propositura da ação em face da União.

Além disso, restou evidenciado a necessidade de se promover um diálogo interinstitucional entre os órgãos jurisdicionais, técnicos dos órgãos regulamentares e fiscalizadores, entes ou órgãos ligados à promoção da saúde, para que sejam elaborados estudos conjuntos destinados a verificar os impactos positivos ou negativos da dispensação de determinado medicamento.

Em relação aos medicamentos e tratamentos sem registros na ANVISA, note-se que a Administração Pública não poderá fornecê-los, uma vez que esse registro tem como fim a proteção da saúde pública, mediante a realização de pesquisas e testes destinados a comprovar a eficácia, a segurança e a qualidade dos medicamentos. Essa mesma concepção estende-se aos casos envolvendo pleitos de fornecimento de medicamentos e tratamentos experimentais. Como esses não possuem comprovação científica, a norma regente é a da pesquisa. E como não existe base científica que ateste segurança, nesses casos não há como obrigar a administração pública o fornecimento, inclusive em nome do princípio da precaução.

Nesse contexto, podem esses parâmetros e diretrizes contribuir na confecção de provimentos jurisdicionais racionais, adequados e proporcionais às crescentes demandas sociais, de modo a viabilizar o direito à saúde numa perspectiva universal e equitativa.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 83-103, Abril- Jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>>. Acesso em: 20 set. 2017

BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Senado Federal: Brasília, 2018.

_____. Lei n. 6.360, de 23 de setembro de 1976. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6360.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública n. 4. Brasília, 24 abr. 2009a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublica>>. Acesso em: 20 set. 2017

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento AI 486816 AgR / RJ. Relator Carlos Velloso. Diário de Justiça Eletrônico, 12 de abril de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=459860>>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 4. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário de Justiça Eletrônico, 04 de maio de 2004. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 195192/RS. Relator: Marco Aurélio – Segunda Turma. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 31 de mar. 2000b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=234359>>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 271286/RS. Relator: Celso de Mello. Segunda Turma. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 12 de setembro de 2000a. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/779142/agregnorecurso-extraordinario-re-agr-271286-rs>>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471/RN. Relator: Marco Aurélio. Diário de Justiça Eletrônico, 15 de setembro de 2016a. Disponível em: <[file:///C:/Users/Downloads/texto_97764985%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Downloads/texto_97764985%20(1).pdf)>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 657718/MG. Relator: Marco Aurélio. Julgamento parcial em 15 de setembro de 2016b. Diário de Justiça Eletrônico, 10 jan. 2017. Disponível em: <[file:///C:/Users/Downloads/texto_97764985%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Downloads/texto_97764985%20(1).pdf)> Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n. 91/AL. Relator: Ellen Gracie. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 26 de fev. de 2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139898/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-91-al-stf>>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de tutela antecipada 175/CE. Processo apenso: STA 278. Processos julgados na mesma ocasião: STA 211 e 278, as Suspensões de Segurança n. 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; Suspensão de Liminar (SL) n. 47. Relator: Gilmar Mendes. *Diário de Justiça Eletrônico*, 24 de junho de 2009a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf> > Acesso em: 20 set. 2017.

CAMBI, Eduardo. Neoprivatismo e neopublicismo a partir da Lei 11.690/2008. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 167, jan. 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. Teoria del garantismo penale (1989). 9. ed. Roma-Bari: Laterza, 2008.

LEITE, Roberto Basilone. *O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político X ativismo judicial jurisdicional: 500 anos de autoritarismo e o desafio da transição para a democracia no Brasil contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2014.



MINISTÉRIO DA SAÚDE. Ações judiciais comprometem política de saúde. Brasília; 2008. Disponível em: <<http://www.sinmedmg.org.br/visualizacao-de-noticias/ler/7032/acoes-judiciais-comprometem-politica-de-saude>>. Acesso em 20 set. 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2015. Gasto com 10 remédios mais pedidos na Justiça para o SUS é de quase R\$ 1 bi. Marcelle de Souza. Colaboração para UOL. [S.l.], 6 de abril de 2017. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1317840.pdf>>. Acesso em 20.set.2017.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1997.

PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. Supremacia judicial e controle de constitucionalidade. *DPU*, n. 31, Jan-Fev 2010. Assunto Especial – Doutrina. Legislativo e Executivo no Controle de Constitucionalidade. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1742/981>>. Acesso em: 25 nov. 2016.

SARMENTO, Daniel (Org.). Jurisdição constitucional e política. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TUSHNET, Mark. *A Court Divided. The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*, Sales Territory: Worldwide. New York: W. W. Norton & Compan, 2005.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Juruá, 2009.

Submissão: 08/02/2018

Aceito para Publicação: 04/05/2018

