

**ATIVISMO JUDICIAL NAS AÇÕES DE SAÚDE, POSICIONAMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM DEFESA DO  
DIREITO FUNDAMENTAL DO INDIVÍDUO E LIMITES ORÇAMENTÁRIOS DO ESTADO**

*SELMA MAGDA PEREIRA BARBOSA BARRETO*

*PROMOTORA DE JUSTIÇA - COORDENADORA DA CENTRAL DE RECURSOS CÍVEIS*

*MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO*

## **INTRODUÇÃO**

A judicialização da política é um dos temas mais debatidos no atual cenário jurídico brasileiro e representa a inserção do discurso político nas decisões judiciais, quando o Judiciário é convidado a garantir a efetividade dos direitos fundamentais do cidadão face a omissão dos Poderes Legislativo e Executivo em relação ao múnus que lhes é delegado pela Constituição Federal.

Na visão pós-positivista, Direito e Ética se aproximam, conferindo ao magistrado uma efetiva participação política no processo democrático através da faculdade de, na resolução da lide, aplicar ao caso concreto a norma que preserva a Supremacia Constitucional, os direitos e as garantias individuais e sociais nela albergados. Para tanto, busca nos princípios normativos os valores que traduzem a essência constitucional, sem negar a existência e a importância do direito positivado no Estado de Direito.

O objetivo da presente tese é *dialogar* sobre o processo de constitucionalização dos Estados, o desenvolvimento e a integração do constitucionalismo no processo democrático, elevando ao epicentro do discurso jurídico e político o homem e seus direitos fundamentais, aptos a garantir efetividade à dignidade da pessoa humana.

Aborda-se o neoconstitucionalismo sob o prisma dos direitos humanos e da função criativa do Juiz, exercida com nítidos contornos políticos, baseada na Supremacia Constitucional e nos Direitos Humanos, o que representa radical transformação da função jurisdicional, dantes atrelada ao formalismo e à imparcialidade absoluta, que caracterizavam o Estado Liberal.

Importante para o debate é a breve menção ao Estado Pós-Social e à posição do Judiciário na nova concepção de Estado, com o objetivo de enfrentamento da discussão do *déficit* democrático, cujo fundamento serve de base para as críticas mais aguçadas contra a judicialização da política e a posição que hoje ocupa o Supremo Tribunal Federal, cada vez mais caracterizado como Corte Constitucional de feições claramente políticas.

Em conclusão, demonstra-se que a judicialização da política dentro do paradigma neoconstitucionalista, é uma garantia ao cidadão contra os abusos do Estado. No entanto, o *ativismo judicial*, e a falta de limites de atuação do Poder Judiciário, traz uma preocupação maior com a fragilização da democracia pela falta do equilíbrio democrático refletido no Princípio da Separação dos Poderes, criando uma nova ditadura: a *Ditadura do Judiciário*, exercida em linha horizontal, quando em confronto com os demais Poderes do Estado, e em linha vertical, quando de sua atuação dentro do próprio Poder Judiciário, impedindo o livre exercício da judicatura pelos Juízos inferiores. Como caso paradigmático, há a abordagem da atuação judicial no fornecimento, pelo Estado, de medicamentos/tratamentos aos cidadãos e os reflexos do excesso de decisões judiciais sem efetiva comprovação da necessidade e eficácia das drogas/tratamento, e sem a necessária análise dos contornos orçamentários públicos, oferecendo-se propostas que visam à adequação das normas às necessidades dos cidadãos, observando-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no âmbito administrativo, sem

descuidar dos direitos fundamentais à vida e à saúde.

## II. EXPOSIÇÃO DO TEMA – ESTADO CONSTITUCIONAL E OS LIMITES DA JURISDIÇÃO

O ideal liberal de Estado teve seu declínio com a consciência de que o modelo de liberdade e de Estado mínimo não era suficiente para garantir os direitos do homem, como o direito à vida, à dignidade, à propriedade, à saúde, ao lazer, à educação etc., a não ser para uma minoria economicamente privilegiada. O Estado Social, do mesmo modo, sofreu grande abalo diante da constatação da impotência estatal para atender a todas as necessidades do homem e de assumir a tutela de todos os seus direitos e interesses.

Ao atrair para si todas as atividades, sejam da esfera privada sejam da esfera pública, tornou-se o Estado um ineficaz “gigante branco”. Surgiu o conceito da reserva do possível, na medida em que passou a selecionar os serviços entendidos como politicamente essenciais para atendimento das necessidades sociais, diante da limitação dos recursos humanos e materiais. Por outro lado, as vicissitudes do serviço público, o crescimento da massa populacional, especialmente nos grandes centros urbanos, as novas formas de direitos e interesses nascidas com a mudança do modelo do Estado Social para o Estado Constitucional, a evolução tecnológica, econômica e cultural, a nova economia globalizada – direitos de terceira e quarta dimensões –, demonstraram que a máquina estatal não suporta sozinha o encargo de gerir todas as faces da vida em sociedade.

Essa consciência, aguçada pelos debates acadêmicos de novos expoentes, como Dworkin, Alexy, Habermas, dentre outros, criou o movimento denominado de pós-social, neopositivismo ou neoconstitucionalismo, que tem como tônica a mudança de paradigmas para o enfrentamento da realidade estatal, política, econômica, social e jurídica.

Após a segunda guerra mundial, a Constituição passou a ser vista como a Lei Maior dos ordenamentos jurídicos, estabelecendo os limites da atuação do Estado e os direitos fundamentais como o marco desta delimitação, influenciando a estrutura estatal moderna. Nessa fase, a Alemanha, em 1949, promulgou a sua Constituição, seguida da Itália, em 1947, de Portugal e da Espanha, em 1976 e 1978, respectivamente<sup>1</sup>.

A febre constitucionalista ocupou o centro das discussões em todos os países, e o Brasil, em 1988, após longo período ditatorial, promulgou a Constituição Federal - “Constituição Cidadã”, como definiu de Ulisses Guimarães ao apresentá-la à Nação -, tendo como fundamento a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, firmada sobre a dignidade da pessoa humana<sup>2</sup>.

Portanto, a partir de 1988 o País conheceu uma nova estrutura social, política e jurídica, assumindo a Constituição a centralidade do arcabouço jurídico nacional.

Enquanto no Século XVI as teorias jusnaturalistas tentavam fundamentar o Direito em bases filosóficas do direito natural, no final do Século XIX e início do Século XX, deu-se lugar à Teoria Kelseniana do positivismo jurídico, para quem o fato deve se subsumir à norma posta e ao julgador cabe apenas aplicar a letra da lei, sem considerações filosóficas, sociológicas, morais ou políticas. Os métodos de interpretação preconizados por

---

1 BARROSO. Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, 26 de abril de 2006. Disponível em: [http://conjur.com.br/static/text/43852?display\\_mode=print](http://conjur.com.br/static/text/43852?display_mode=print). Acesso em 14 out. 2008.

2 José Afonso da Silva, no seu *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo:Malheiros Editores S/A, 11ª ed., 1996, p. 91, ao relatar o cenário político que envolveu a elaboração e a promulgação da Constituição de 1988, afirma que “É a *Constituição Cidadã*”, na expressão de Ulisses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração, especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania.”

Savigny, de racionalidade lógico dedutiva, impunham ao aplicador do Direito limites de atuação que não passavam da análise normativa do caso concreto. A partir de meados do Século XX, novos estudos reavivaram os debates acerca do Direito e suas bases filosóficas, não mais alicerçado no direito natural, mas sobre a ética. O fundamento de validade da lei não é apenas a norma fundamental posta - texto normativo -, mas os valores éticos e de justiça. Surge a técnica de enfrentamento da questão sobre a validade da norma fundado na junção dos dois movimentos anteriores, que passaram a ser complementares, na medida em que alia princípios e leis.

Dessa forma, a interpretação jurídica passou a investigar o conteúdo da norma e não apenas a sua descrição/prescrição, concedendo ao intérprete a tarefa de realizar a Constituição e não somente aplicar a lei, dando vida aos princípios contidos na norma constitucional. Esse movimento gerou a expansão da Jurisdição Constitucional, sob o auspício da supremacia da Constituição, cumprindo-lhe a tarefa de analisar a conformação das leis e dos atos do poder público à moldura constitucional, sempre que se alegar afronta ao texto constitucional. A exegese constitucional tem a Lei Constitucional como um conjunto de normas e princípios normativos que apontam para os valores sobre os quais repousam a validade e a legitimidade da norma positivada e dos atos administrativos, devendo o intérprete, valendo-se da ponderação de valores<sup>3</sup>, inclinar-se para a solução que mais se aproxime do espírito da Constituição.

Nasce, assim, a figura da comunidade aberta dos intérpretes da Constituição, a quem é atribuída a tarefa de reconhecer a efetividade constitucional na aplicação da lei ao caso concreto, através da interpretação normativa sob a lente da ética e da justiça que fluem do texto constitucional, considerando-se que toda e qualquer decisão legislativa envolve vários fatores, seja de ordem sociológica, política, econômica, filosófica, histórica etc<sup>4</sup>.

Dessa forma, a racionalidade linguístico-substantiva cede espaço à racionalidade discursiva, ou dianoética, buscando o intérprete constitucional realizar a Constituição através da busca da significação da norma ao aplicá-la ao caso concreto<sup>5</sup>, através da dimensão retórica das decisões judiciais, pela qual a norma-decisão passa pelo crivo da aceitabilidade da sociedade aberta de intérpretes da Constituição<sup>6</sup>. Portanto, como

---

3 Gilmar Ferreira Mendes, na obra intitulada *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, 2ª ed. rev. e ampl., p. 72, ensina que o princípio da proporcionalidade “permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*)” e assim pressupõe dois requisitos básicos: a legitimidade dos meios utilizados e a adequação dos referidos meios para alcance dos objetivos perseguidos.

4 Tércio Sampaio Ferraz Júnior, na obra *Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 39 a 51, diferencia a interpretação jurídica do ângulo dogmático e do ângulo zetético, afirmando que enquanto aquele vê uma única realidade, que é a da norma jurídica, este – zetético – entende a norma como resultante de um conjunto de variáveis, ou seja, o Direito, segundo a zetética jurídica, se relaciona com várias outras disciplinas e a sua interpretação não pode estar dissociada desta realidade.

5 Luis Roberto Barroso afirma que “*A norma abstrato não contém integralmente os os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social e boa-fé, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma.*” In *Neoconstitucionalismo. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Revista Consultor Jurídico. São Paulo. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo\\_tardio\\_direito\\_constitucional\\_brasil?](http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil?)

6 Inocêncio Mártires Coelho, em artigo publicado na *Revista de Direito Público* - v. 1, n. 1 (jul/set. 2003) -Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2004, pp. 5 a 16, sob o título *As idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro*, cujo artigo resultou de palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra em 12.01.1998, traz interessante observação sobre a teoria de Häberle, concentrada numa interpretação de visão republicana e democrática da norma constitucional, ao afirmar que a nova interpretação constitucional abandona o antigo modelo de “interpretação de uma sociedade fechada, concentrando-se primariamente na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados” para adquirir um novo alcance, estendendo-se à sociedade aberta, que passa a ser partícipe do processo interpretativo.

afirmado por Paulo Roberto Soares dos Santos, citando Perelman, a utilização do método argumentativo é uma forma de *legitimação* da decisão judicial, firmada entre duas figuras: orador e auditório, que interagem quando da instalação do processo dialético argumentativo e, nesse sentido, afirma que “a argumentação pressupõe um “encontro de mentes”[...], isto é, uma relação entre atores diferentes, para que se torne efetiva.”<sup>7</sup>.

As novas relações decorrentes da evolução tecnológica, o surgimento dos direitos de terceira e quarta dimensões, como o Biodireito, Direito da Informática, o Direito Ambiental, dentre outros; os *hard cases*, que exigem do operador do Direito a capacidade de suprir as lacunas da lei, podendo decidir *contra lege* a fim de conferir efetividade aos direitos fundamentais e à Constituição como um todo valorativo, e as situações em que se verifica colisão de direitos, orientam a nova interpretação jurídica dirigindo-a para a construção da dimensão axiológica do Direito e atribuindo *força jurígena* à jurisprudência criada nos Tribunais.

Assim, a ampliação do controle judicial das normas e dos atos do poder público, fundada na tradição americana do *judicial review*, acendeu a discussão sobre a *judicialização da política*, pois trouxe o Judiciário para o centro das discussões políticas de interesse do indivíduo e de toda a sociedade. O magistrado passa a atuar como o responsável por conferir efetividade dos direitos e garantias assegurados na Constituição quando estes sofrem ameaça ou lesão, afastando-se da figura estática do aplicador da norma para assumir o papel de protagonista da adequação dos atos administrativos às aspirações sociais e à justiça. Recebe, por isso, inúmeras críticas, especialmente no que diz respeito ao *deficit democrático*, sob o argumento de que juízes não são eleitos pelo voto popular, mas investidos no cargo através de concurso de provas e títulos. Essa é a base para construção da tese de *déficit democrático*, que defende a falta legitimidade do Judiciário para escolha de políticas públicas que guiarão os rumos do Estado.

Marcos Faro de Castro, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de Harvard, Diretor da UNB, em artigo publicado sob o título *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*<sup>8</sup>, após um estudo estatístico a respeito das decisões da Corte entre 1988 e 1992, analisa a questão sob o prisma pluridisciplinar, e afirma que a questão da judicialização da política abrange, necessariamente, a politização da justiça, ou seja, a inclusão do Judiciário no processo democrático, envolvendo decisões políticas relevantes. Dessa forma, surge a atuação judicial dentro de um espaço antes reservado à política, em reforço à democracia e em favor do cidadão, pois há situações para as quais o Executivo e o Legislativo não conseguem elaborar políticas efetivas, garantidoras dos direitos individuais e sociais, convocando-se o Judiciário para concretização de tais direitos.

A judicialização da política, dentro desse cenário, não se resume apenas à atuação do Judiciário nas causas que lhe são apresentadas; engloba a comunidade aberta dos intérpretes da Constituição, que, dentro do processo dialético, busca conferir vida à Constituição Federal, através de debates e ações tendentes à efetivação dos direitos e garantias do indivíduo, tendo, ainda, como copartícipe a sociedade em geral.

A importância desse processo repousa na abertura democrática decorrente da interação constante entre

---

Já Rafael Caiado Amaral, na Revista de Direito Público ano I, nº 2, out./nov./dez. de 2003, pp. 138 a 147, aborda o tema sob o título *Breve Ensaio Acerca da Hermenêutica Constitucional de Peter Häberle*, e afirma que “O juiz, portanto, não possui mais o monopólio da verdade. Esta não se obtém, conforme afirmação já citada de KAUFMANN, de forma solidária, como dantes, mas por um esforço cooperativo de todos os potenciais intérpretes” -p. 145.

7 MENDONÇA. Paulo Roberto Soares, *apud* Chaim Perelman. “A Argumentação nas Decisões Judiciais. Rio de Janeiro:Renovar, 1999, p. 60.

8 CASTRO. Marcos Faro de. *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*. In Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo. Disponível em: [http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_34/rbcs34\\_09.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm).

agentes políticos e sociedade, e na aproximação entre Direito e Política, abrindo-se o leque democrático. Essa dinâmica fragiliza os argumentos contrários à judicialização da política, *se* esse processo sofrer as devidas limitações pelo próprio Judiciário, do qual desponta o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição Federal, sem se subtrair dos demais órgãos do Judiciário Nacional a competência para analisar, direta ou de forma difusa e concentrada, aspectos de constitucionalidade de normas e atos administrativos

O denominado *deficit democrático* sobre o qual se fundamentam várias críticas ao ativismo judicial perde força na medida em que o Constituinte delegou ao Poder Judiciário a faculdade/dever de se imiscuir nas questões políticas relevantes, sempre que provocado, dentro dos limites constitucionais do sistema de freios e contrapesos. Estabelece-se a *balança democrática* em favor dos princípios basilares da democracia, fundada sobre uma ordem social participativa, que tem como primícia os Direitos Humanos, através da interligação entre os Poderes, pela participação no exercício de parcela de poder pelos demais, como no caso de Medidas Provisórias, de nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e Desembargadores dos Estados, assim como dos Procuradores Gerais do Ministério Público, o veto presidencial, o controle de constitucionalidade das leis etc., que garantem o equilíbrio democrático.

Dessa forma, as críticas dirigidas à judicialização da política ou politização da justiça, não podem se firmar em absoluto sobre o princípio da Separação de Poderes, pois os Ministros da Corte Constitucional além de serem integrantes de vários órgãos, como Poder Judiciário, Poder Executivo, Ordem dos Advogados do Brasil e Ministério Público, são escolhidos pelo Presidente da República, com o aval do Senado Federal, o que confere a legitimidade para o exercício do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, uma vez que os agentes públicos destacados são eleitos pelos representantes do povo, suprimindo o referido *deficit democrático*. Isso, porque, em sendo escolhidos e nomeados por representantes do povo, há uma escolha indireta dos ministros das Cortes Superiores no modelo brasileiro.

Ademais, o controle da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos decorre de preceito contido na própria Constituição Federal, tanto através de norma objetiva determinante quanto decorrente de norma implícita, como se abstrai do § 2º do artigo 5º da CF, ao afirmar que os direitos e garantias expressos no seu corpo não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios que a integram, ou dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte.

Portanto, a judicialização da política tem respaldo constitucional, eliminando qualquer dúvida quanto à sua legitimidade no Estado Democrático de Direito.

Com peculiar maestria Ivo Dantas<sup>9</sup>, citando Celso Barbi, conclui que os argumentos pró controle de constitucionalidade são “irrespondíveis, apesar de sua simplicidade”, uma vez que repousam sobre o princípio da supremacia constitucional e subtrair do Judiciário a legitimidade para analisar a conformação entre a norma infraconstitucional e a Lei Maior, é negar o lugar supremo alcançado pela Constituição.

Superada a problemática que envolve o alegado *deficit democrático*, temos que a Constituição Federal, em seu artigo 2º, consagra o princípio da separação dos poderes, ao afirmar que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são poderes da União, independentes e harmônicos entre si. Assim, ao Legislativo cabe a função legislativa, ao Executivo a função administrativa e ao Judiciário a função judicante. Se de um lado não pode o Poder Judiciário ocupar o lugar do Poder Legislativo em sua função de legislar e da Administração na sua função administrativa, por outro também não pode negar o direito constitucional à jurisdição, consagrado como direito

---

9 DANTAS, Ivo. *O Valor da Constituição, Do controle de constitucionalidade como garantia da supralegalidade constitucional*. Rio de Janeiro:Renovar, 2001, p. 37.

fundamental do indivíduo, nem deixar de garantir a efetivação dos demais direitos e garantias reconhecidos pela Norma Fundamental, erigidos a cláusulas pétreas<sup>10</sup>. Essa é a missão do Poder Judiciário na realização de sua função constitucional.

Dessa realidade, verificada a omissão estatal ou o *deficit legislativo*, decorre uma colisão de princípios constitucionais que deve ser suportada pelo julgador aplicando o princípio da ponderação de valores. Assim, a decisão judicial ganha caráter normativo, embora não possa ser considerada norma jurídica no sentido estrito da palavra, em razão da fonte da qual emana. Somente o Legislativo, em tese, tem o poder de criar normas abstratas e gerais, que vinculam os Poderes do Estado e a sociedade como um todo, cujas leis se incorporam ao ordenamento jurídico e podem ser objeto do controle de constitucionalidade. As normas emanadas das decisões judiciais, com algumas exceções (exemplo, ações objetivas, como as de controle de constitucionalidade), ganham força vinculante entre os participantes do processo judicial e, portanto, não podem substituir o ato do legislador.

No entanto, surgem novas espécies jurídico-normativas que merecem destaque: as súmulas vinculantes, os incidentes de resolução de demandas repetitiva, o incidente de assunção de competência, e a jurisprudência dominante dos tribunais, que geram reflexos imediatos a todos os casos semelhantes, numa atribuição indireta de efeitos *erga omnes*. O Judiciário, assim, cria normatividade jurídica para suas decisões, com o respaldo legislativo.

Essa normatividade indireta, porém, não representa competência legislativa, devendo o julgador observar que ao lado dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente consagrados e do dever de julgar e conferir efetividade aos referidos valores, existe uma ordem jurídico-política sobre a qual se funda o Estado, reconhecida no Preâmbulo Constitucional, que deve ser preservada. A proteção aos direitos consagrados constitucionalmente é dever do Estado e não apenas do Poder Judiciário, cabendo a este o múnus de proteger a situação concreta que lhe é posta dentro dos limites constitucionais. Assim deve ser entendido o dever jurisdicional no exercício da jurisdição constitucional.

A conclusão lógica do raciocínio esposado é de que não cabe ao aplicador do direito criar norma jurídica como se legislador fosse. Nos casos em que se discutem direitos fundamentais, pode determinar providências que protejam o *núcleo essencial* do direito concretamente discutido, sem, contudo, invadir a esfera de competência constitucionalmente atribuída aos demais Órgãos de Poder do Estado.

Para melhor compreensão, citam-se os casos envolvendo medicamentos, em que o Judiciário, de forma praticamente generalizada, concede a tutela jurisdicional ao cidadão que necessita de determinado tratamento, mesmo em relação àqueles que não têm registro na ANVISA. É comum no Judiciário Pernambucano a concessão de segurança ou de medidas antecipatórias, confirmadas na sentença de mérito, de forma indiscriminada, ainda que não haja comprovação de que o componente de dispensação gratuita pelo SUS tenha sido ministrado à parte interessada e sua (in)eficácia ao caso concreto. Por outro lado, diante do constante avanço da medicina, todos os dias surgem drogas que prometem cura às variadas enfermidades, inclusive as de difícil tratamento, cabendo ao Executivo, através de seus órgãos competentes, estudá-las e liberá-las para uso e comercialização interna, como forma de proteção à saúde do cidadão, conforme determina a Lei nº 9.782, de 26/01/1999.

Ora, no caso em estudo o núcleo essencial do direito perseguido é a vida e a *saúde*, que pode ser garantido com cumprimento do dever do Estado de fornecer o remédio/tratamento necessário para sua efetivação.

Nesses casos, há a necessidade de criação de critérios processuais concretos que permitam demonstrar a

---

10 MENDES. Gilmar Ferreira. *In Op Cit.*, p. 36.

urgência e a necessidade do fármaco ou do procedimento médico/cirúrgico sob análise, demonstrando-se, dentro dos paradigmas da proporcionalidade e razoabilidade, que a atuação do Judiciário é legítima e não ofende ao princípio democrático da repartição dos poderes.

Para tanto, é de fundamental importância que o indivíduo *demonstre processualmente* que se submeteu ao tratamento contido no Protocolo do SUS, com utilização do componente básico de assistência farmacêutica ou de tratamento especificado com indicação para a patologia apresentada. Em casos de extrema gravidade, é necessário que haja a demonstração da eficácia do fármaco ou tratamento pretendido e da impossibilidade estatal de garantir ao indivíduo o pleno acesso à saúde e à vida.

A exigência do tipo de remédio segundo a vontade do cidadão extrapola o núcleo essencial do direito fundamental, não sendo possível que o Judiciário exija o cumprimento do dever constitucional por parte do Estado da forma perseguida, mesmo que tenha prescrição médica, pois tal posição afronta os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da economicidade que regem o trato com a *res publica*, assim como o princípio da igualdade e da legalidade, pilares do regime democrático, sem falar nos princípios que regem as finanças e o orçamento públicos.

Nesse caso, é necessário o equilíbrio no exercício jurisdicional por parte do aplicador do Direito, como em toda e qualquer situação que lhe é posta para análise, como bem definido pelo Ministro Marco Aurélio, no julgamento da ADI 5501, proposta pela AMB, para suspender a eficácia da Lei nº 13.269/2016 e o consequente uso da fosfoetanolamina, conhecida como pílula do câncer, ao afirmar que: “O direito à saúde não será plenamente concretizado sem que o Estado cumpra a obrigação de assegurar a qualidade das drogas distribuídas aos indivíduos mediante rigoroso crivo científico, apto a afastar desenganos, charlatanismos e efeitos prejudiciais ao ser humano”. Afirmou, ainda, ofensa ao princípio da separação dos poderes, pois a aprovação do fármaco pela ANVISA é condição para industrialização, comercialização e importação com fins comerciais, segundo o artigo 12 da Lei 6.360/1976: “Ante a ausência do registro, a inadequação é presumida”.

No mesmo processo, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou que “É certo que o legislador pode disciplinar a matéria. O Sistema Único de Saúde (SUS) atua nos termos da lei, todavia, não parece constitucionalmente legítimo que o legislador, além de legislar, assumira para si uma atividade tipicamente executiva”, e o Ministro Ricardo Lewandowski, concluiu que “Não me parece admissível que hoje o Estado – sobretudo no campo tão sensível que é o campo da saúde, que diz respeito à vida e à dignidade da pessoa – possa agir irracionalmente, levando em conta razões de ordem metafísica ou fundado em suposições que não tenham base em evidências científicas”, destacou.

Embora haja uma inclinação do Poder Judiciário para atender a todas as demandas envolvendo medicamentos e tratamentos médicos aos cidadãos, a decisão acima destacada demonstra a cautela com a qual a Corte Constitucional trata o tema.

Em recentíssimo julgado, o STJ apontou para a excepcionalidade da concessão de tutela jurisdicional para fornecimento pelo Estado de medicamentos não autorizados pela ANVISA, dès que haja prova da sua indispensabilidade para a garantia ao direito da saúde do indivíduo:

*ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE DE FORNECIMENTO PELO SUS DE FÁRMACO SEM REGISTRO NA ANVISA. FUNDAMENTO INATACADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 283/STF. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL A VIABILIZAR A FLEXIBILIZAÇÃO DO FORNECIMENTO NÃO RECONHECIDA PELA CORTE DE ORIGEM. AGRAVO REGIMENTAL DO PARTICULAR DESPROVIDO.*

*1. O aresto recorrido esteia-se na afirmação de que nenhum dos entes públicos pode fornecer para a população*

*o medicamento pleiteado na inicial pela autora, em razão da falta de registro na ANVISA. Contra o referido fundamento, por si só suficiente à manutenção do julgado, não houve impugnação da parte agravante, o que atrai a incidência, por analogia, da Súmula 283/STF.*

*2. Mesmo que fosse possível ultrapassar tal óbice, é certo que, embora o direito à vida esteja explicitamente protegido pela Carta Magna, o fato de o medicamento pretendido não possuir registro na ANVISA constitui um obstáculo para o deferimento do pleito do ora interessado, até porque o seu ingresso no território nacional configura o tipo penal previsto no art. 273, § 1o.-B, I do Código Penal (AgInt no REsp. 1.365.920/SC, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, DJe 17.2.2017).*

*3. Em casos excepcionais, quando devidamente comprovada a necessidade de o paciente fazer uso daquele medicamento em razão do risco de vida e desde que demonstrada a impossibilidade de substituição do fármaco, o Superior Tribunal de Justiça tem relativizado tal restrições. A propósito: AgRg no REsp.*

*1.502.239/PR, Rel. Min. DIVA MALERBI, DJe 26.2.2016; AgRg no AgRg no AREsp. 685.750/PB, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 9.11.2015.*

*4. Contudo, no caso em tela, a Corte de origem limitou-se a afirmar que não há como atribuir a responsabilidade aos entes federais pelo fornecimento de fármaco que não está legalizado, que não possui registro na ANVISA; não tecendo, desse modo, qualquer comentário a respeito dos elementos de prova carreados aos autos que pudessem configurar a excepcionalidade viabilizadora da referida flexibilização.*

*5. Assim, não tendo o Tribunal a quo, com base na moldura fática que se decantou no caderno processual, reconhecida a necessidade de flexibilização e conseqüente concessão da medicação pleiteada, não há como alterar a conclusão a que chegou aquela Corte sem o reexame do contexto probatório do autos.*

*6. Agravo Regimental do particular desprovido.*

*(AgRg no AREsp 154.385/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017)*

Em 2015, na II Jornada de Direito da Saúde, foram aprovados 23 enunciados interpretativos pelo CNJ, convergindo para a conclusão da presente tese:

*50 - Salvo prova da evidência científica e necessidade premente, não devem ser deferidas medidas judiciais de acesso a medicamentos e materiais não registrados pela ANVISA ou para uso off label. Não podem ser deferidas medidas judiciais que assegurem o acesso a produtos ou procedimentos experimentais.*

*51 - Nos processos judiciais, a caracterização da urgência/emergência requer relatório médico circunstanciado, com expressa menção do quadro clínico de risco imediato.*

*52 - Nas ações reiteradas na mesma Comarca que apresentem pedidos de medicamentos, produtos ou procedimentos já previstos nas listas oficiais, como medida de eficácia da atuação jurisdicional, é pertinente o magistrado dar ciência dos fatos aos Conselhos Municipal e Estadual de Saúde.*

*57 - Em processo judicial no qual se pleiteia o fornecimento de medicamento, produto ou procedimento, é recomendável verificar se a questão foi apreciada pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS - CONITEC.*

*58 - Quando houver prescrição de medicamento, produto, órteses, próteses ou procedimentos que não constem em lista (RENAME /RENASES) ou protocolo do SUS, recomenda-se a notificação judicial do médico prescritor, para que preste esclarecimentos sobre a pertinência e necessidade da prescrição, bem como para firmar declaração de eventual conflito de interesse*

*61- Proposta de alteração do enunciado nº4 da I Jornada - Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêuticas, de insumos e de procedimentos, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art.*



*198, II, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, do fármaco, insumo ou procedimento não protocolizado.*

Por fim, muitos julgados apontam para a necessidade de comprovação da precedência de ministração do Protocolo do SUS ou de sua ineficiência em relação ao paciente, sem as quais a medida judicial que impõe o dever ao Estado *ultrapassa* os limites da separação dos poderes.

Vale aqui destacar os argumentos do Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto, nos autos da Apelação Cível nº 0800117-95.2015.4.05.8102 - da 16ª Vara Federal do Ceará: "... O incidente processual foi julgado pelo Pleno do STF após ampla instrução processual, inclusive com realização de audiência pública onde foram ouvidos inúmeros profissionais da área de saúde. No acórdão foram referidas diversas situações e indicados os caminhos a serem seguidos pelos órgãos do Poder Judiciário. São elas: (a) Como regra, o SUS não pode ser judicialmente obrigado ao fornecimento de medicamento sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), conforme previsto no art. 12 da Lei Federal n. 6.360/1976, pois o referido registro é "condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto" e "uma garantia à saúde pública"; (b) Se o SUS oferece alternativa de tratamento, esta apenas pode ser desprestigiada em favor da pretensão autoral se "comprovada à ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente"; (c) O Poder Público não pode ser judicialmente obrigado a oferecer tratamento puramente experimental, sem comprovação científica de sua eficácia, ainda que em caso de inexistência de alternativa no SUS; (d) Quanto aos novos tratamentos - reconhecidos, mas ainda não incorporados pelo SUS - é preciso que "se tenha cuidado redobrado na apreciação da matéria" e que "haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar".

### **III. CONCLUSÃO - SÍNTESE DOGMÁTICA**

A discussão é vasta e os questionamentos aqui suscitados nem de longe esgotam a matéria, nem por seus argumentos, que se sujeitam a variados posicionamentos, nem pelo seu conteúdo, pois existem muitos outros pontos a serem abordados e que não podem ser explorados no presente texto dada a sua limitação.

No entanto, a tese pretende levantar a discussão sobre o excesso do *ativismo judicial*, considerando-se que não há melhor forma de se garantir a efetivação dos direitos e garantias constitucionais do que respeitar os princípios democrático e republicano, com a consciência de que o caráter eletivo e temporário do exercício dos Poderes Legislativo e Executivo garante a afirmação da democracia. Embora os argumentos que superem o *deficit democrático* sejam capazes de superar as críticas contra a judicialização da política, há de se considerar que a vitaliciedade dos Órgãos Jurisdicionais gera uma continuidade de poder e, em assim sendo, surge uma natural limitação do exercício jurisdicional na sua atuação "política". Desse modo, a Jurisdição Constitucional é um valioso mecanismo de defesa democrática, dès que o exegeta analise o caso sob a ótica constitucional, interpretando-o de forma a submeter à comunidade aberta dos intérpretes da Constituição a legitimidade do *decisum*, gerando uma ampla discussão sobre o atuar do julgador, e respeitando os limites constitucionais impostos pelo regime democrático.

Diante da problemática apresentada e as constantes ações propostas para fornecimento de medicamentos/tratamentos médicos sem atendimento aos requisitos elencados pelo STF e pelo CNJ, anteriormente destacados, proponho que:

a) *O Ministério Público, na qualidade de fiscal da lei, dentro das faculdades conferidas pelo artigo 179 do*

CPC, atue na busca de garantir efetiva instrução processual, com elementos de prova suficientes a demonstrar a necessidade e a eficiência do medicamento/tratamento médico perseguido pelo cidadão perante o Judiciário, atentando para a orientação interpretativa dos enunciados nº 51; 58 e 61, do CNJ, na II Jornada de Direito da Saúde.

b) No caso de remédios não autorizados pela ANVISA, que se observem os enunciados nº 50 e 57 da II Jornada de Direito à Saúde do CNJ.

c) Em havendo reiteração de pedidos sobre o mesmo fármaco/procedimento, seja suscitado o enunciado nº 52 do da II Jornada de Direito da Saúde do CNJ e comunicado o CAOP da Saúde, para, em conjunto com as Promotorias de Saúde, sejam elaborados estudos que otimizem a atuação ministerial.

d) Sejam realizadas reuniões, envolvendo os CAOPS de Saúde e Patrimônio Público, Procuradorias de Justiça e as Promotorias de Justiça atuantes nas áreas, a fim de serem adotados protocolos conjuntos, objetivando conferir unicidade ministerial nas ações e intervenções processuais, respeitada a autonomia funcional, buscando o equilíbrio entre os direitos constitucionais da vida e da saúde do cidadão em harmonia com o direito à dignidade humana, e os limites orçamentários do Estado.

e) em casos em que o pedido de fornecimento de remédios/tratamento seja feito por indivíduos que tenham contratos com planos de saúde, que estes sejam demandados para custearem a parte que lhe é devida, de acordo com a tabela médica dos referidos planos, compensando o Estado dos gastos efetuados;

## **Bibliografia**

AGRA. Walber de Moura. *Modernidade, Crise do Estado Social de Direito e Crise na Legitimação da Jurisdição Constitucional*. Revista Eletrônica do IBEC. São Paulo. <http://www.ibec.inf.br/walber4.pdf>.

BARROSO. Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, 26 de abril de 2006. Disponível em: [http://conjur.com.br/static/text/43852?display\\_mode=print](http://conjur.com.br/static/text/43852?display_mode=print).

BASTOS. Celso Ribeiro de. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. São Paulo:Saraiva, 1999, 4ª edição.

CASTRO. Marcos Faro de. *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política*. In Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo. Disponível em: [http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_34/rbcs34\\_09.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm).

COELHO. André. *Legitimidade da Decisão Judicial: Artigo que escrevi em 2005*. In Disponível em: <http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2009/03/judicializacao-da-politica.html>.

COELHO. Inocêncio Mártires. *As idéias de Peter Häberle e a Abertura da Interpretação Constitucional no Direito Brasileiro*. Revista de Direito Público - v. 1, n. 1 (jul/set. 2003) -Porto Alegre:Síntese; Brasília:IBDP, 2004.

DANTAS. Ivo. *O Valor da Constituição, Do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. Rio de Janeiro:Renovar, 2001.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1994, 2. ed..

——— (1979) *Tópica e Jurisprudência*. Brasília:Departamento de Imprensa Nacional.

MENDES. Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, Editora: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, 2ª ed. rev. e ampl..

MENDONÇA. Paulo Roberto Soares. *A Argumentação nas Decisões Judiciais*. Rio de Janeiro:Renovar, 1999,.

SILVA. José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo:Malheiros Editores S/A, 11ª ed., 1996.

STRECK. Lênio Luis. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica, Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre:Livraria do Advogado Editora, 2002.

SARLET. Ingo Wolfgang. *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre:Escola Superior da Magistratura e Livraria do Advogado, 2005.

TASSANARI. Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial, Limites da Atuação do Judiciário*. Porto Alegre:Livraria do

Advogado, 2013.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, et. al. *Dezessete anos de judicialização da política*. Tempo Social:São Paulo, v. 19 n. 2,2007.Disponível em: [http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-](http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-)