



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
JOHANN ROBSON DE CARVALHO

**O ATIVISMO JUDICIAL DIANTE DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:
NASCIMENTO, RISCO E ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIOS NORTEADORES
PARA O PODER JUDICIÁRIO.**

Braço do Norte

2022

JOHANN ROBSON DE CARVALHO

**O ATIVISMO JUDICIAL DIANTE DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:
NASCIMENTO, RISCO E ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIOS NORTEADORES
PARA O PODER JUDICIÁRIO.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof^ª. Tatiana Firmino Damas, MSc.

Braço do Norte

2022

JOHANN ROBSON DE CARVALHO

**O ATIVISMO JUDICIAL DIANTE DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:
NASCIMENTO, RISCO E ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIOS
NORTEADORES
PARA O PODER JUDICIÁRIO.**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Braço do Norte, 29/11/2022

Tatiana Firmino Damas

Professor e orientador Tatiana Firmino Damas, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Tatiana
Firmino
Damas

Assinado de forma
digital por Tatiana
Firmino Damas
Dados: 2022.12.05
14:37:36 -03'00'

Prof. Francisco Luiz Coulart Lanzendorf. Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

DocuSigned by:

Prof. Iago Pereira Covre, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**O ATIVISMO JUDICIAL DIANTE DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE:
NASCIMENTO, RISCO E ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIOS NORTEADORES
PARA O PODER JUDICIÁRIO.**

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca deste Trabalho de Conclusão de Curso.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Braço do Norte, 29 de novembro de 2022.



JOHANN ROBSON DE CARVALHO

Dedico esse trabalho a todas as pessoas importantes da minha vida, principalmente minha mãe, por sempre estar ao meu lado dando força e incentivo para superar as adversidades e chegar até aqui.

AGRADECIMENTOS

Após um longo caminho de quatro anos e meio no curso de direito, chega o momento de agradecer. Agradecer por estar aqui, apesar das dificuldades, frustrações, decepções e até uma pandemia em meio a isso tudo, estamos aqui, vivos e com a sanidade em dia, ou quase isso.

Por mais que a jornada não tenha sido um “mar de rosas”, creio não ser o momento de ressaltar as coisas ruins, mas sim os ensinamentos aprendidos, as pessoas que levaremos para a vida toda e os objetivos alcançados.

A pessoa mais importante, em toda essa caminhada, sem dúvidas é minha mãe. Mulher que é responsável por todas as minhas conquistas já alcançadas e por todas aquelas que ainda estão por vir. Sempre ao meu lado, em momentos bons ou ruins, passando a mim sua visão moral e ética sobre o mundo, fator principal para eu ser o homem que sou hoje. Tudo que já conquistei e tudo que ainda vou conquistar é graças a ela, e por ela.

Os amigos, sem dúvidas, também possuem um papel importante na conquista desse objetivo, afinal de contas foram eles que contribuíram com a promoção de momentos de distração, os quais tornaram a jornada consideravelmente mais leve e divertida.

Outra mulher que não poderia deixar de citar aqui é a nossa professora, e minha orientadora, Tatiana Firmino Damas, que, seja como docente ou como pessoa, tem toda minha admiração, carinho e respeito. O vasto conhecimento jurídico e suas aulas dinâmicas, com muitas conversas e troca de experiências, fazem de Tatiana uma professora que sempre será lembrada quando me perguntarem quem foram os melhores professores que tive na universidade.

Por fim, gostaria de agradecer aos colegas da 1º Vara Cível de Braço do Norte, aos assessores e ao doutor Lírio Hoffmann Júnior, os quais sempre deram espaço para nós estagiários aprendermos e colocarmos em prática nosso conhecimento jurídico.

“A injustiça num lugar qualquer é uma ameaça à justiça em todo o lugar.” (Martin Luther King).

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo a análise do ativismo judicial no no acesso à saúde diante da judicialização desse setor em nosso país. Os métodos de procedimentos utilizados serão diversos, entre eles os métodos dedutivo, histórico, bibliográfico e documental, que ajudarão a analisar a problemática do modo geral ao específico, amparando-se na historicidade e evolução de alguns preceitos. Em suma, a pesquisa contará com uma abordagem qualitativa, analisando a evolução dos direitos fundamentais até a Constituição Federal de 1988, onde surge o neoconstitucionalismo e o processo de judicialização da saúde no Brasil, dando margem à ocorrência do ativismo judicial. A pesquisa também trará decisões consideradas ativistas para ilustrar o problema e mostrar o risco do ativismo judicial. A conclusão adquirida com o trabalho revela a importância de o judiciário adotar um postura alinhada com o princípio da Separação dos Poderes, analisando as demandas baseando-se em alguns princípios basilares do direito, para que haja a manutenção da democracia em nosso país sem deixar de atender a população.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Direitos Fundamentais. Neoconstitucionalismo. Separação dos Poderes.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO	10
2 - PANORAMA HISTÓRICO E SOCIAL QUE LEVOU À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL	12
2.1 - O QUE SÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS?	12
2.2 - BREVE RESUMO DA HISTÓRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	13
2.3 - O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ DE 1988 EM RELAÇÃO AO TEMA	17
3 - O NASCIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL E SUA RELAÇÃO COM O PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO	20
3.1 - O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	20
3.2 - O NEOCONSTITUCIONALISMO	22
3.3 - O QUE É ATIVISMO JUDICIAL E QUAL O SEU RISCO?	24
4 - DECISÕES CONSIDERADAS ATIVISTAS NAS AÇÕES DE TRATAMENTOS/MEDICAMENTOS	27
4.1 - DEFERIMENTO DE PEDIDOS À PACIENTES JÁ INSERIDOS NA FILA DO SUS	27
4.2 - NÃO OBSERVÂNCIA ÀS REGRAS DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA	31
4.3 - CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO	37
4.4 - ESCLARECIMENTOS ACERCA DA PROBLEMÁTICA	41
5 – PRINCÍPIOS E FERRAMENTAS NORTEADORAS PARA AS DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO	41
5.1 - PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL	42
5.2 - O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DO INTERESSE COLETIVO SOBRE O INTERESSE INDIVIDUAL	44
5.3 - SISTEMA DE FREIOS E CONTRA PESOS	46
5.4 - CONSULTA AOS NÚCLEOS DE APOIO TÉCNICO DO PODER JUDICIÁRIO (NATJUS)	47
6 - CONCLUSÃO	50
7 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

1 - INTRODUÇÃO

A presente pesquisa gira em torno da problemática relacionada à judicialização do setor da saúde no Brasil e ao surgimento do ativismo judicial, acarretado pelo balanceamento que o Poder Judiciário tem que fazer nas ações de fornecimento de tratamentos/medicamentos que permeiam o ordenamento jurídico brasileiro. Ao buscar garantir os direitos à vida e de acesso à saúde para todos os cidadãos, o judiciário acaba obrigando o Poder Público à realizar ações ou abstenções em matéria de políticas públicas, o que se enquadra em uma postura ativista e fere diretamente ao princípio da Separação do Poderes e à manutenção da democracia em nosso país.

Como sabemos, os recursos financeiros do Poder Público são finitos e na maioria vezes não são capazes de suprir os custos médico-hospitalares nos estados e municípios, assim, ocorre de muitas pessoas irem buscar a tutela do judiciário para verem seus direitos atendidos de qualquer forma. O presente estudo é de grande relevância para o cenário atual que vivemos, tendo em vista que as demandas envolvendo tratamentos/medicamentos tendem a crescer cada vez mais, uma vez que, uma população que envelhece em ritmo acelerado, aliada a uma desigualdade social e o surgimento do neoconstitucionalismo evidenciam uma necessidade cada vez maior da tutela no Estado no tocante à sua saúde das pessoas.

Atualmente, é possível encontrar outras pesquisas a respeito do tema, principalmente por ser objeto de discussão doutrinária e jurisprudencial, além de ter grande relevância para a sociedade. Porém, apesar de que alguns apontamentos se assemelham a estudos com propostas similares, esta pesquisa terá o diferencial de analisar a situação problema de uma forma mais prática e direta, uma vez que, o autor tem contato diário com os processos judiciais envolvendo fornecimento de tratamentos/medicamentos.

Espera-se, principalmente, que, ao final do presente trabalho, seja possível estabelecer critérios norteadores para as decisões do Poder Judiciário nas demandas relacionadas ao fornecimento de tratamentos/medicamentos. Além disso, durante o desenvolvimento da monografia, buscar-se-á traçar um panorama histórico e social a respeito da evolução dos direitos fundamentais e como tais direitos levaram ao processo de judicialização da saúde, explicar a definição e o risco de ativismo judicial, visto que esse pode interferir diretamente no princípio da Separação dos Poderes, ilustrar a importância de tais decisões irem de acordo com o interesse público, sem deixar de tutelar os direitos individuais fundamentais, demonstrar a relação existente entre princípios basilares do direito com a problemática suscitada e descrever mecanismos pertinentes ao combate do problema.

A presente pesquisa, quanto ao nível, é de natureza explicativa, uma vez que busca identificar e explicar os limites que o Poder Judiciário deve observar nas ações de tratamentos/medicamentos, para que não ocorra um “ativismo” judicial, gerando confusão na separação dos Poderes e desfavorecimento do interesse público em face do interesse individual, mas que, ao mesmo tempo, os direitos fundamentais dos indivíduos não fiquem sem a devida tutela. Estudos de natureza explicativa “tem como preocupação fundamental identificar fatores que contribuem ou agem como causa para a ocorrência de determinados fenômenos. É o tipo de pesquisa que explica as razões ou os porquês das coisas.” (HEERDT e LEONEL, 2007, p. 66).

Em relação à abordagem, trata-se de uma pesquisa qualitativa, visto que pretende definir e analisar os limites que o Poder Judiciário deve observar nas demandas envolvendo a concessão de tratamentos/medicamentos.

Quanto ao procedimento utilizado para coleta de dados, é de natureza bibliográfica. Entende-se como uma pesquisa de natureza bibliográfica “[...] aquela que se desenvolve tentando explicar um problema a partir das teorias publicadas em diversos tipos de fontes: livros, artigos, manuais, enciclopédias, canais, meios eletrônicos, etc.” (HEERDT e LEONEL, 2007, p.67). É justamente nos tipos de fontes supramencionadas que se baseará todo o corpo da pesquisa.

A pesquisa será baseada no estudo e análise, principalmente, de livros e doutrinas especializadas acerca do tema objeto do presente trabalho. Alguns nichos específicos serão norteadores para a documentação bibliográfica, como literaturas relacionadas ao estudo dos direitos fundamentais e como esses direitos influenciaram para o fenômeno da judicialização, à investigação do “ativismo” judicial e seus riscos, ao estudo da separação dos Poderes e da primazia do interesse público sobre o individual, além claro, de literaturas ligadas diretamente ao limite da atuação do poder judiciário nas demandas de tratamentos/medicamentos. Serão utilizadas, ainda, legislações e jurisprudências, apenas como argumentação e fundamentação legal, não caracterizando o objeto central da pesquisa.

2 - PANORAMA HISTÓRICO E SOCIAL QUE LEVOU À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O FENÔMENO DO ATIVISMO JUDICIAL

É de grande relevância que se inicie o desenvolvimento do presente trabalho traçando os panoramas, histórico e social, que levaram ao processo de judicialização da saúde em nosso país, onde hoje, os magistrados tomam decisões que abrem espaço para discussão acerca do ativismo presente nas mesmas, diretamente influenciadas pelas garantias fundamentais dispostas em nossa Carta Magna.

Esse tópico busca explicar, primeiramente, o que são os direitos fundamentais e, de forma breve, como se deu o desenvolvimento destes ao longo da história, culminando em nossa Constituição de 1988, que instituiu, por exemplo, a expressa garantia de direitos à vida e à saúde, pontos basilares para a discussão do tema da presente monografia.

2.1 - O QUE SÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS?

Direitos fundamentais são ideias e concepções derivadas de diversos lugares ao longo do tempo, como tradições disseminadas entre as civilizações, pensamentos filosófico-jurídicos, inclusive, ideais protegidos pelo direito natural e por religiões como o cristianismo, por exemplo. (MORAES, 2021) Dessa forma, podemos dizer que os direitos fundamentais são o ponto, que essas ideias e ideais defendidos pelas diversas fontes supracitadas, teriam em comum, ou seja, “[...] a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo.” (MORAES, 2021, p.01).

Moraes nos traz, ainda, uma definição feita por Pérez Luño, onde diz que os direitos fundamentais são:

[...] um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional. (LUÑO, Antonio-Enrique Pérez *et al.* *apud* MORAES, 2021, p.01)

Outra definição trazida por Moraes, mencionando a definição dada pela Unesco, é classificando-os como uma proteção institucional contra os excessos do Estado em face da pessoa humana, além de regras que auxiliam no desenvolvimento e condição de vida dos seres humanos. (MORAES, 2021, p.20).

Neste passo, é difícil atribuir uma definição específica, precisa e sucinta do que são os direitos fundamentais, sobre isso, Tupinambá Nascimento, esclarece que “não é fácil a

definição de direitos humanos, concluindo que qualquer tentativa pode significar resultado insatisfatório e não traduzir para o leitor, à exatidão, a especificidade de conteúdo e a abrangência”. (NASCIMENTO, 1997. p. 211).

Por esse motivo, o ponto central sobre os direitos fundamentais é discernir que são garantias, reconhecidas pela maioria dos países do mundo, ligadas de forma direta à questões como não interferência do Estado na esfera individual de cada ser humano, respeitando sua liberdade e dignidade, instituído hoje, em nível constitucional, principalmente, além de estarem dispostos em forma infraconstitucional, tratados internacionais ou até mesmo consuetudinário, ou seja, costumes dos povos. (MORAES, 2021, p.21).

2.2 - BREVE RESUMO DA HISTÓRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao longo dos séculos, a humanidade, em desenvolvimento, foi gradualmente preocupando-se cada vez mais com a garantia de certos direitos, a importância dos direitos humanos, bem como a positivação de direitos fundamentais se deu através de uma evolução histórica, nota-se que tais direitos não surgiram juntos, foram sendo descobertos ao longo do tempo, revelados de acordo com as transformações da civilização humana, onde a luta pelo limite, principalmente, do poder político, fora um dos fatores primordiais para o resguardo desses direitos. (COMPARATO, 2003).

Comparato, ainda, elucida que, historicamente, um dos primeiros atos notórios de limitação política decorreu-se no reino de Israel (século X a.C.), quando o então Rei Davi, proclamava-se um delegado de Deus, apenas aplicando as leis deste no que coubesse à sociedade, diferentemente dos outros monarcas da época que, por vezes, diziam ser o próprio Deus, delimitando o que seria justo e injusto. (COMPARATO, 2003)

O povo grego também contribuiu de maneira bastante significativa para o desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais, principalmente a partir do momento em que começou a colocar o ser humano no centro das discussões filosóficas, deixando de lado as concepções mitológicas para explicar as coisas e passando a utilizar-se de um ponto de vista mais antropocentrismo, refletindo sobre a vida das pessoas. (MARTINS, 2003). A aceção da evolução de tais direitos na Grécia Antiga passa muito por um dos maiores filósofos de todos os tempos, Aristóteles, que afirmava ser o homem um animal político, sendo as pessoas seres unidos à uma sociedade, onde nessa articulavam questões políticas sociais, demonstrando, novamente, uma forma de limitação do poder, dessa vez através da democracia, aplicando a supremacia das leis através da participação de seus cidadãos. (COMPARATO, 2003). Analisando, ainda, o povo grego, juntamente nessa época surge a concepção de que os direitos

naturais seriam superiores aos direitos positivos, ou seja, as “leis universais” dos seres humanos, aquelas que discernem o que seria justo e injusto de forma geral, deveriam prevalecer sobre as leis atribuídas à cada sociedade individualmente. Na peça *Antígona*, de Aristóteles, é possível ver tal distinção, a medida invocavam-se leis imutáveis em face de leis particulares que proibiam o enterro do próprio irmão, por exemplo. (LAFER, 1998).

Um pouco mais a frente, o nascimento do cristianismo contribuiu de forma significativa para a alavancagem dos direitos fundamentais, pois é com ele que, segundo Jorge Miranda:

[...] todos os seres humanos, só por o serem e sem aceção de condições, são considerados pessoas dotadas de um eminente valor. Criados à imagem e semelhança de Deus, todos os homens e mulheres são chamados à salvação através de Jesus, que, por eles, verteu o Seu sangue. Criados à imagem e semelhança de Deus, todos têm uma liberdade irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social pode destruir. (MIRANDA, 2000, p. 17):

Porém, até o momento, tais direitos eram reconhecidos apenas subjetivamente, não havendo, de fato, formalização dos mesmos de forma escrita, é na Idade Média, que inicia-se a difusão de documentos escritos, geralmente por meio de forais ou cartas de franquia, que atribuem direitos a determinados grupos, nunca a todas as pessoas nessa época. (FERREIRA FILHO, 1998). Um desses documentos é a Magna Carta, outorgada por João de Inglaterra, também conhecido por João Sem-Terra, no século XII, por conta da pressão feita por barões devido a elevação das cobranças fiscais referentes ao financiamento de campanhas bélicas, além da pressão da igreja para que o monarca tivesse que se submeter à autoridade do papa. (COMPARATO, 2003). O documento reconheceu diversos direitos, como a não aplicação de impostos sem concordância dos contribuintes, a liberdade dos integrantes do clero, a propriedade privada, a liberdade de ir e vir e a desvinculação da lei e da jurisdição da pessoa do rei (COMPARATO, 2003).

Já ao final da Idade Média, Dalmo de Abreu Dallari assegura que:

[...] no século XIII, aparece a grande figura de Santo Tomás de Aquino, que, tomando a vontade de Deus como fundamento dos direitos humanos, condenou as violências e discriminações, dizendo que o ser humano tem direitos naturais que devem ser sempre respeitados, chegando a afirmar o direito de rebelião dos que forem submetidos a condições indignas. (DALLARI, 2000, p. 54)

Acontece que, na prática, durante esse período não houve a instituição de direitos fundamentais universais, para todas as pessoas, o que se observou foi o direcionamento de tais direitos a grupos específicos, envolvendo interesse político principalmente, respeitando-se, ainda, uma limitação territorial. (RUBIO, 1998).

Na medida em que foi surgindo uma nova sociedade, a sociedade moderna, conjuntamente, foi ocorrendo a extinção progressiva dos modelos de sociais da idade média,

ou seja, o modo de vida feudal, o predomínio da igreja católica e a descentralização política passaram a deixar de existir. Tal alteração decorreu de inúmeros fatores, dentre os principais pode-se citar a centralização do poder político, com o direito sendo o mesmo para todos, não havendo as várias fontes de comando da Era Medieval, além do desenvolvimento comercial das cidades, que levou ao surgimento da classe burguesa, como também a adoção de um posicionamento mais científico para explicação dos fenômenos, deixando de adotar-se única e exclusivamente a visão religiosa para explicação dos mesmos, o que levou, gradualmente, a uma mundialização cultural nesse sentido. (MARTINEZ, 1999).

Não se pode deixar de destacar a relevância ímpar que tiveram as revoluções, principalmente a inglesa, francesa e americana, para o reconhecimento dos direitos intrínsecos à pessoa humana, de forma que, cada qual a sua maneira, contribuiu significativamente para a evolução desses direitos, inclusive, a francesa e americana, influenciando diretamente nas constituições elaboradas do século XIX em diante. (RUBIO, 1998).

Por sua vez, a Revolução Gloriosa, como é conhecida a revolução inglesa, datada de meados dos anos 1640, decorreu-se de forma gradual e pragmática, através de uma evolução dos direitos adquiridos anteriormente e limitação do poder do rei, algo que começou a ocorrer gradativamente desde a promulgação da Carta Magna, mencionada anteriormente. (MARTÍNEZ, 1999). Em 1689, então, transcreveu-se o “Bill of Rights” (Declaração/Carta de Direitos), que reconhecia aos cidadãos da Inglaterra garantias como o direito de liberdade, segurança, propriedade privada, entre outros, que já haviam sido estabelecidos em documentos anteriores, mas foram instituídos nesse momento almejando a consolidação de tais direitos. (ARAGÃO, 2001). Ainda, surge como uma das principais contribuições dessa revolução, a institucionalização da separação dos poderes, que, pela primeira vez desde o início da Idade Moderna, suprimiu o Absolutismo que se notava nas sociedades daquela época. (COMPARATO, 2003).

A principal crítica que se faz ao documento fruto revolução inglesa é o fato de imposto uma religião oficial para todas as pessoas da sociedade, ofendendo claramente ao direito de liberdade de crença, nesse sentido, Fábio Konder Comparato assevera que:

A Revolução Inglesa apresenta, assim, um caráter contraditório no tocante as liberdades públicas. Se, de um lado, foi estabelecida pela primeira vez no Estado moderno a separação de poderes como garantia das liberdades civis, por outro lado essa fórmula de organização estatal, no Bill of Rights, constituiu o instrumento político de imposição, a todos os súditos do rei da Inglaterra, de uma religião oficial. (COMPARATO, 2003, p. 92)

Por esse motivo, apenas para fins de contextualização, muitas pessoas do povo inglês, com medo de serem perseguidos por não aderirem à religião oficial, foram buscar na colônia

americana, sob a ideia de que existem direitos intrínsecos ao ser humano que não podem ser regulados pelo Estado, uma comunidade com mais liberdade e tolerância. (RUBIO, 1998).

Sobre a revolução americana, esta teve as primeiras manifestações datadas de meados de 1765, em decorrência de uma insatisfação que os colonos americanos tinham com a metrópole (Inglaterra), por conta de diversas imposições fiscais, o que contribuiu para a deterioração da relação entre os americanos e ingleses (FIORAVANTI, 2003), assim como outros eventos, como, por exemplo, o ocorrido em Boston em 1773, onde um grupo de pessoas lançou ao mar várias caixas contendo chá nativo, como forma de protesto aos impostos determinados pela coroa britânica. Em 1774, observou-se a criação de um exército comum entre as colônias americanas, fato que fragilizou ainda mais a relação entre a colônia e a metrópole, acelerando o processo de independência. (RUBIO, 1998).

No ano de 1776, registrou-se o nascimento dos direitos humanos na história, com a elaboração da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, a qual afirmava que todos os seres humanos são livres e independentes, possuindo direitos inatos, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, a felicidade e a segurança. (COMPARATO, 2003).

Mais a frente, em 1791, após a declaração de independência em 1776 e a elaboração da constituição dos Estados Unidos da América em 1787, consolidou-se a constitucionalização dos direitos humanos, através das dez emendas, que consagravam direitos como a liberdade, a inviolabilidade do domicílio, a segurança, o devido processo legal, a proporcionalidade da pena. (RUBIO, 1998).

Porém, vale ressaltar, que foi em 26 de agosto 1789, muito influenciada pela famosa Revolução Francesa, que nasceu a declaração mais importante relativa aos direitos fundamentais, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, declarando expressamente em seu artigo 16 que “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos fundamentais nem estabelecida a separação dos poderes não tem constituição” (Declaração Dos Direitos Do Homem e Do Cidadão, 1789).

A partir desse ponto, sob um cenário pós-guerras mundiais, destacando-se a relevância da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, em Paris, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, nasce o fenômeno da internacionalização dos direitos humanos que, agora fixados em um contexto internacional, passaram a ter relevância e prevalência em praticamente todas as constituições nacionais. Nesse ponto, Fábio Konder Comparato preceitua que:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, como se percebe da leitura de seu preâmbulo, foi redigida sob o impacto das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, e cuja revelação só começou a ser feita – e de forma muito parcial,

ou seja, com omissão de tudo o que se referia à União Soviética e de vários abusos cometidos pelas potências ocidentais – após o encerramento das hostilidades [...]. (COMPARATO, 2016, pg. 238).

E, ainda:

Reconhece-se hoje, em toda parte, que a vigência dos Direitos Humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à Dignidade Humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não. (COMPARATO, 2016, pg. 239).

É a partir desse ponto que entra em discussão a influência da Constituição Federal de 1988 para a problemática do tema, visto que, nossa Carta Magna é um claro documento garantidor de direitos fundamentais, como os direitos à saúde e à vida, principais direitos tutelados nas demandas envolvendo o fornecimento de tratamentos/medicamentos.

2.3 - O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ DE 1988 EM RELAÇÃO AO TEMA

Nossa Carta Magna, promulgada em 1988, sob um cenário nacional pós-ditadura e com um panorama internacional preocupado cada vez mais com a dignidade da pessoa humana, como mencionado acima, dedicou, logo em seus primeiros artigos, a instituição de direitos fundamentais às pessoas do nosso país, sejam brasileiros ou estrangeiros.

Em seu artigo 5º, a Constituição Federal já traz a garantia de que brasileiros e estrangeiros não terão violados em nosso país os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, vejamos: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (BRASIL, 1988). Em seguida, o texto constitucional discorre, por meio de setenta e nove incisos, os termos nos quais aplicar-se-ão os direitos tutelados pelo artigo supracitado.

Logo após, no artigo 6º, a Constituição estabelece direitos sociais, dentre os quais se encontra o direito à saúde, garantia mais importante para a nossa discussão. *In verbis*: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL, 1988)

Vale ressaltar que os direitos explicitados no referido artigo 5º da Constituição Federal, tratam-se de direitos de primeira dimensão, ou seja, são direitos que visam resguardar a liberdade de cada pessoa, individualmente, através de uma ausência de interferência do Estado. Paulo Gonet elucida o seguinte:

São considerados indispensáveis a todos os homens, ostentando, pois, pretensão universalista. Referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de reunião, e à inviolabilidade de domicílio. São direitos em que não desponta a preocupação com desigualdades sociais. O paradigma de titular desses direitos é o

homem individualmente considerado. Por isso, a liberdade sindical e o direito de greve – considerados, então, fatores desarticuladores do livre encontro de indivíduos autônomos – não eram tolerados no Estado de Direito liberal. A preocupação em manter a propriedade servia de parâmetro e de limite para a identificação dos direitos fundamentais, notando-se pouca tolerância para as pretensões que lhe fossem colidentes. (BRANCO, 2014, p. 168)

Já os direitos estabelecidos no artigo 6º, também mencionado, referem-se à direitos fundamentais de segunda dimensão, isso significa que são direitos sociais, que visam, agora por meio de uma postura ativa do Estado, tutelar a garantia de uma forma material. Para os juristas Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

A identificação da finalidade dos institutos parece constituir o melhor critério para a distinção. Assim, os direitos sociais são aqueles que têm por objetivo a necessidade da promoção da igualdade substantiva, por meio do intervencionismo estatal em defesa do mais fraco, enquanto os direitos individuais são os que visam a proteger as liberdades públicas, a impedir a ingerência abusiva do Estado na esfera da autonomia privada. (PAULO e ALEXANDRINO 2012, p.103)

Ainda sobre a temática, Gilmar Mendes preconiza:

Vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além da não- intervenção na esfera da liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos. Assim, enquanto direitos de defesa (“status libertatis” e “status negativus”) se dirigem, em princípio, a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos, os direitos a prestações, que, de modo geral, e ressalvados os avanços registrados ao longo do tempo, podem ser reconduzidos ao “status positivus” de Jellinek, implicam uma postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material. (MENDES *et al.*, 2014, p.780)

Sobre a fala Mendes, é possível identificar que os direitos sociais, diferentemente dos direitos de primeira dimensão, passam muito mais por uma intervenção do Estado para que, assim, os mesmos possam ser garantidos. Para esses direitos, o Estado é o principal garantidor, cabendo à ele, realizar ações que resguardem os direitos sociais dos indivíduos, como o direito à saúde.

Sobre o direito à saúde, é importante destacarmos que a Constituição Federal não fez referência a tal direito apenas em seu artigo 6º, mas em todo seu bojo é possível observar citações ao direito de acesso à saúde dos indivíduos, colocando sempre o Estado como garantidor de tal direito, vejamos:

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; (BRASIL, 1988)

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] XII - previdência social, proteção e defesa da saúde; (BRASIL, 1988)

Art. 30. Compete aos Municípios: [...] VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população; (BRASIL, 1988)

A Constituição dedicou, inclusive, uma seção exclusiva para falar sobre o direito à saúde, em seu Título VIII “Da Ordem Social”, Seção II “Da Saúde”, destacando-se como principais artigos os seguintes:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. (BRASIL, 1988)

Obviamente, que o direito à saúde está diretamente ligado ao direito à vida, pois, assim como todos os demais direitos fundamentais, a garantia daquele (direito à saúde) de nada adiantaria sem que houvesse a tutela deste (direito à vida), uma vez que, este é pressuposto imprescindível para a manutenção de todos os outros direitos. José Afonso da Silva discorre sobre isso da seguinte forma:

A vida humana, que é o objeto do direito assegurado no art. 5º, caput, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). A vida 'é intimidade conosco mesmo, saber-se e dar-se conta de si mesmo, um assistir a si mesmo e um tomar posição de si mesmo'. Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. (SILVA, 2000, p. 201)

Ainda, corroborando com a demonstração de tal relação existente entre os dois direitos levantados em análise, podemos citar André da Silva Ordacgy:

A Saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, porque se consubstancia em característica indissociável do direito à vida. Dessa forma, a atenção à Saúde constitui um direito de todo cidadão e um dever do Estado, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais. (ORDACGY, 2007)

Dessa forma, ante o cenário em tela, voltando a reflexão para o tema da presente monografia, não há margem para o Poder Público se omitir do fornecimento de tratamentos/medicamentos à população, tendo em vista que o direito à saúde está diretamente ligado ao direito à vida que, por sua vez, é o principal direito fundamental, inerente e irrevogável ao ser humano.

Souza Neto, Brandão e Sarmiento, entendem o seguinte:

[...] sendo o acesso à medicação um direito social constitucionalmente assegurado, cumpre aos entes federados o fornecimento de qualquer medicamento que seja recomendado para a manutenção da vida do cidadão, asseverando-se que esse fornecimento deve ser feito de forma igualitária, não podendo haver qualquer discriminação (SOUZA NETO, BRANDÃO e SARMENTO, 2010, p. 20).

Acontece, que devido a vários fatores como a ausência de recursos e escassez de políticas públicas, o Estado em muitas ocasiões não consegue suprir a necessidade da população em relação ao fornecimento de tratamentos/medicamentos. É nesse cenário, que o Poder Judiciário é acionado pela população, que, visando garantir seu direito à vida, por meio do acesso à saúde, requer o fornecimento de tratamentos/medicamentos que lhe são prescritos. Ocorre que o Poder Judiciário delibera, em muitos momentos, a favor da concessão do tratamento/medicamento pleiteado, sem ater-se às políticas públicas e regras administrativas já existentes para o fornecimento de tal fármaco, que muitas vezes é de alto custo, inclusive. Assim, nasce a problemática, visto que o Poder Judiciário acaba interferindo diretamente na atuação do Poder Executivo, desrespeitando algumas diretrizes, como o princípio da separação dos poderes.

3 - O NASCIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL E SUA RELAÇÃO COM O PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO

É diante do contexto elucidado no tópico “2.1” da presente monografia que nasce toda a problemática relacionada ao tema, culminando na judicialização da saúde e, conseqüentemente, em decisões ativistas do Poder Judiciário nas causas envolvendo o fornecimento de tratamentos/medicamentos.

Este tópico, por sua vez, vai buscar explicar um pouco sobre o princípio da separação dos poderes e o neoconstitucionalismo, contextualizando e apontando qual o papel destes para o problema em tela. Além disso, almeja-se explicar o que é o ativismo judicial e como é possível identificá-lo nas decisões do Poder Judiciário. Na sequência, será ilustrado como as ações de tratamentos/medicamentos estão sendo resolvidas hoje em dia em alguns pontos, trazendo situações palpáveis, onde será possível observar o resultado prático do problema. Ao final deste capítulo, ainda, espera-se evidenciar a problemática diante do contexto levantado em toda a discussão até o momento.

3.1 - O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Tal princípio, já figura no ordenamento jurídico brasileiro desde a constituição de 1824, em seu artigo 10, onde, ao invés de três, tínhamos quatro poderes, o Legislativo, o Executivo, o Judiciário e o poder Moderador (BRASIL, 1824), este último era conferido ao monarca do Império Brasileiro. Ao decorrer das décadas tal preceito foi se reafirmando nas constituições vigentes, sendo reduzidos a apenas três poderes na primeira Constituição da República brasileira, de 1937.

Atualmente, o referido princípio é disposto em nossa Constituição Federal logo em seu artigo 2º, que diz o seguinte: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL, 1988). A Carta Magna é muito clara ao dizer que os poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, são independentes e harmônicos entre si, ou seja, todos têm atuação independente desde que dentro dos seus limites, respeitando-se a harmonia entre eles.

A importância de tal princípio para a manutenção adequada do Estado pode ser elucidada nas palavras de Montesquieu, que, inclusive, é um dos idealizadores do referido princípio:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do

Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares. (MONTESQUIEU, 2000, p.167-168):

A separação dos poderes, como podemos perceber nas palavras de Montesquieu, desempenha papel fundamental no Estado democrático de direito brasileiro, isso porque, além de cada um deles ter atribuições específicas, tais atribuições estão relacionadas entre si, a medida que todos os poderes desempenham o papel de fiscal um do outro.

Ocorre que o princípio em tela, na prática, não se desenvolve de maneira perfeita como dispõe a Constituição, uma vez que, diante das inúmeras atribuições conferidas ao Estado, foi necessário a flexibilização do referido princípio. Gilmar Mendes elucida sobre isso da seguinte forma:

Inicialmente formulado em sentido forte – até porque assim o exigiam as circunstâncias históricas – o princípio da separação dos poderes, nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam. (MENDES *et al.*, 2014, p. 220)

Nessa toada, o poder discricionário exercido pelo executivo pode sofrer regulação pelo Poder Judiciário, na medida em que não forem observados os critérios de adequação necessários ao exercício da atividade estatal na prestação de serviços públicos. Contudo, não é possível que o Judiciário reveja os parâmetros de conveniência e oportunidade aplicados, se esses estiverem de acordo com a previsão legal, sob pena de violação do princípio da separação de Poderes, previsto no art. 2º da Constituição de 88. (CARVALHO FILHO, 2015)

Ainda sobre a temática, Elival Ramos defende o seguinte:

A discricionariedade legislativa decorre da inexistência de parâmetros normativos ou da sua flexibilidade; a administrativa está relacionada, igualmente, à abertura textual, mas, também, ao deferimento explícito de mais de uma possibilidade de conduta diante da espécie fática; por último, a discricionariedade judicial cobre, de um modo muito mais amplo do que em sede legislativa ou administrativa, todo o campo da criatividade na interpretação. [...] A categoria teórica da discricionariedade, em qualquer uma de suas vertentes, está fortemente vinculada ao princípio da separação dos poderes. (RAMOS, 2010, p. 127)

Pode-se perceber que Elival acredita na discricionariedade ou existência da liberdade de um campo de atuação nos limites do direito, para cada um dos Poderes. E é justamente nisso que consiste o Sistema de Freios e Contrapesos, é o controle do poder pelo próprio poder, onde cada Poder tem autonomia para exercer sua função, porém controlado pelos outros poderes, assunto que será tratado especificamente em tópico posterior.

3.2 - O NEOCONSTITUCIONALISMO

O neoconstitucionalismo nada mais é do que a nova forma, ou importância, que se dá à interpretação da norma constitucional, especialmente após as últimas décadas, a medida que viveu-se uma época bastante conturbada, onde, em muitos momentos, os direitos fundamentais foram deturpados em diversas sociedades, inclusive no Brasil. Nesse sentido, Barroso descreve:

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. (...) A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. (BARROSO, 2005, p. 03)

Dessa forma, ante a necessidade de superação de um passado marcado por guerras e ditaduras, que culminaram na transgressão de direitos fundamentais, surge uma nova postura em relação à aplicabilidade das normas constitucionais, principalmente pelo poder responsável por garantir a aplicação de tais normas, o Poder Judiciário.

Essa nova interpretação constitucional tem como centro a garantia dos direitos fundamentais, como destaca André Rufino do Vale:

Se o neoconstitucionalismo é concebido como um conjunto de teorias que pretendem descrever o processo de constitucionalização dos sistemas jurídicos contemporâneos, seu traço distintivo não poderia ser outro que a adoção de um peculiar modelo constitucional: o denominado “modelo axiológico de Constituição como norma”. De acordo com esse modelo, a Constituição é marcada pela presença de princípios, especificamente, de normas de direitos fundamentais que, por constituírem a positivação (expressão normativa) de valores da comunidade, são caracterizadas por seu denso conteúdo normativo de caráter material ou axiológico, que tende a influenciar todo o ordenamento jurídico e vincular a atividade pública e privada. (VALE, 2007, p. 69)

O autor André Rufino ainda explica que a presença cada vez maior das normas constitucionais de direitos fundamentais no sistema judiciário, pode ser atribuída à uma transformação de moral crítica para uma moral legalizada, ganhando, dessa forma, uma importância mais consolidada no ordenamento jurídico. Tal moral é construída dentro de uma sociedade pelo momento histórico que a mesma está vivenciando, positivando-se tais conceitos morais em normas constitucionais, as quais, hoje, norteiam grande parte das decisões proferidas pelo judiciário brasileiro. (VALE, 2007).

A influência que as normas garantidoras de direitos fundamentais têm sobre a atuação do Poder Judiciário também é discorrida por Barroso:

Foram afetadas premissas teóricas, filosóficas e ideológicas da interpretação tradicional, inclusive e notadamente quanto ao papel da norma, suas possibilidades e limites, e ao papel do intérprete, sua função e suas circunstâncias. Nesse ambiente, ao lado dos elementos tradicionais de interpretação jurídica e dos princípios específicos de interpretação constitucional delineados ao longo do tempo, foram descobertas novas perspectivas e desenvolvidas novas teorias. Nesse universo em movimento e em expansão, incluem-se categorias que foram criadas ou reelaboradas, como os modos de atribuição de sentido às cláusulas gerais, o reconhecimento de normatividade aos princípios, a percepção da ocorrência de colisões de normas constitucionais e de direitos fundamentais, a necessidade de utilização da ponderação como técnica de decisão e a reabilitação da razão prática como fundamento de legitimação das decisões judiciais. (BARROSO, 2015, p. 266)

Acontece que, diante de cláusulas constitucionais que estão abertas à interpretação e que norteiam as decisões do Poder Judiciário, começa-se a perceber o judiciário com uma postura cada vez mais proativa, deixando de lado a mera interpretação técnica da norma em sentido literal e partindo para uma interpretação mais ampla, servindo como guardião dos direitos fundamentais. Daniel Sarmiento explana o seguinte:

[...] esta mudança de paradigma se reflete vivamente na jurisprudência do STF. São exemplos eloqüentes a alteração da posição da Corte em relação aos direitos sociais, antes tratados como "normas programáticas", e hoje submetidos a uma intensa proteção judicial, o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a mutação do entendimento do Tribunal em relação às potencialidades do mandado de injunção, e a progressiva superação da visão clássica kelseniana da jurisdição constitucional, que a equiparava ao "legislador negativo", com a admissão de técnicas decisórias mais heterodoxas, como as declarações de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e as sentenças aditivas. E para completar o quadro, deve-se acrescentar as mudanças acarretadas por algumas inovações processuais recentes na nossa jurisdição constitucional, que permitiram a participação dos amici curiae, bem como a realização de audiências públicas no âmbito do processo constitucional, ampliando a possibilidade de atuação da sociedade civil organizada no STF. (SARMENTO, 2009, p. 10)

Sarmiento, ainda, evidencia pontos negativos acerca dessa nova forma de interpretar a constituição, tecendo sua crítica em três pontos principais. Em sua análise, a tendência judicialista do neoconstitucionalismo é demasiadamente antidemocrática, além de considerar perigosa a prioridade que se dá aos princípios e ponderações em face das regras e subsunções, pelo fato de nossa cultura ser um tanto quanto singular e, por fim, o autor acredita que tal fenômeno pode levar à uma panconstitucionalização do direito da autonomia pública e privada. (SARMENTO, 2009)

Para nossa discussão, o primeiro ponto levantado por Daniel Sarmiento, em suas críticas ao neoconstitucionalismo, traduz exatamente a problemática envolvendo a presente monografia, pois é diante desse pendor judicialista o qual vivemos hoje que se evidenciam algumas decisões, as quais podem ser consideradas ativistas por parte do judiciário e podem afetar diretamente na manutenção da democracia em nosso país.

3.3 - O QUE É ATIVISMO JUDICIAL E QUAL O SEU RISCO?

É diante de todo contexto levantado até o momento, a evolução dos direitos fundamentais, sua proteção abrangida pela nossa Constituição Federal de 1988, onde esta, por sua vez, surge perante um período neoconstitucionalista, após décadas bastante conturbadas para a proteção do direitos fundamentais, tanto nacional quanto internacionalmente, que nasce margem para a ocorrência do ativismo judicial em nosso país.

Luiz Flávio Gomes acredita que é preciso distinguir duas espécies de ativismo judicial. Para o jurista, existe o ativismo judicial inovador, que seria aquele no qual o juiz cria, “do nada”, uma norma ou um direito, e há o ativismo judicial revelador, que nada mais é do que o magistrado criar uma norma, regra ou direito baseando-se em valores e princípios constitucionais ou, ainda, a partir de uma lacuna da lei. (GOMES, 2009)

Luís Roberto Barroso, por sua vez, ensina que o ativismo judicial está associado a uma atuação mais intensa do Poder Judiciário, principalmente na consolidação de valores constitucionais, tendo maior interferência no espaço dos outros poderes. Para Barroso, o ativismo judicial pode ser caracterizado de três formas, quais sejam: pela aplicação direta da Carta Magna em situações não contempladas expressamente no texto constitucional e alheio à manifestação do legislador ordinário; pela declaração de inconstitucionalidade de atos normativos provindos do legislador, baseando-se em critérios menos rígidos que os de costume, além de ostensiva violação da Constituição; e, por fim, pela imposição de condutas e abstenções ao Poder Público, especialmente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2009)

É de grande valia frisar que o ativismo judicial está diretamente ligado ao processo de judicialização que ocorre no Brasil. Segundo notícia veiculada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, esclarece que “Dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) mostram que o número de processos judiciais que tratam de pedidos relacionados à saúde triplicou nos últimos dez anos em todo o país. Somente em 2019, mais de 450 mil processos foram registrados.” (SANTA CATARINA, 2021). A notícia ainda traz algumas reflexões e dados apresentados por magistrados e desembargadores, como a juíza Cândida Inês Brugnolli, a qual expõe que 24% das demandas judiciais relacionados à seara da saúde versam sobre medicamentos que já são oferecidos pelo SUS, 8% são ações de substâncias que se encontram em processo de incorporação e 68% são sobre tratamentos e medicamentos que ainda não são contemplados por políticas públicas, nas palavras da juíza "Há uma cultura que acredita que o caminho judicial é mais rápido e por isso parte dos processos é sobre medicamentos que já

são oferecidos - as pessoas não querem esperar anos na via administrativa e entram com o pedido judicial" (SANTA CATARINA, 2021).

A relação direta entre o ativismo judicial e a crescente judicialização vivenciada em nosso país pode ser descrita nas palavras de Luís Roberto Barroso, que aduz o seguinte:

A judicialização [...] é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escola de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. (BARROSO, 2015, p. 442)

Ante a visão de Barroso, podemos concluir que a judicialização trata-se de um fenômeno, uma circunstância que decorre, principalmente, do modelo constitucional adotado no Brasil. Já o ativismo judicial é modo de agir do judiciário diante desse processo de judicialização, tomando atitudes proativas e específicas para interpretar a constituição a depender do caso concreto.

É importante deixar claro que a crítica que está sendo tecida acerca da problemática não significa necessariamente uma crítica voltada apenas à postura adotada pelo Poder Judiciário em algumas decisões que podem ser consideradas ativistas, isto porque, o ativismo judicial é verificado, por muitas vezes, como forma de preencher lacunas deixadas pelos demais poderes, fazendo-se necessária a atuação do Poder Judiciário perante a omissão de outro poder, seja o Legislativo ou o Executivo. Barroso esclarece isso da seguinte forma:

Estou convencido de que o Poder Judiciário tem um papel essencial na concretização da Constituição brasileira. Em face do quadro de sistemática violação de direitos de certos segmentos da população, do arranjo institucional desenhado pela Carta de 88, e da séria crise de representatividade do Poder Legislativo, entendo que o ativismo judicial se justifica no Brasil, pelo menos em certas searas, como a tutela de direitos fundamentais, a proteção das minorias e a garantia do funcionamento da própria democracia. O maior insulamento judicial diante da pressão das majorias, bem como um certo ethos profissional de valorização dos direitos humanos, que começa a se instalar na nossa magistratura, conferem ao Judiciário uma capacidade institucional privilegiada para atuar nestas áreas. (BARROSO, 2015, p. 14)

Ao mesmo passo que o ativismo judicial possa ser analisado, em algumas situações, como uma espécie de “mal necessário”, há de se deixar claro que trata-se de uma prática temerária, principalmente do ponto de vista moral do direito. É o que preleciona Elival da Silva Ramos, senão vejamos:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do

Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que juízes apliquem a Constituição por meio de interpretação, e não por fiat, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la. Um julgamento interpretativo envolve a moral política (...). Mas põe em prática não apenas a justiça, mas uma variedade de virtudes políticas que às vezes entram em conflito e questionam umas às outras. Uma delas é a equidade: o direito como integridade é sensível às tradições e à cultura política de uma nação, e, portanto, também a uma concepção de equidade que convém a uma Constituição. (RAMOS, 2010, p. 135)

É bem verdade que o ativismo judicial tem tanto seu risco quanto sua necessidade em certas ocasiões, porém, para a discussão em relação aos processos de concessão tratamentos/medicamentos, e aí podemos citar novamente Elival Ramos, a crítica que se faz é ao fato dessa postura ativista ultrapassar linhas demarcatórias entre os poderes, fugindo, por vezes, da sua função jurisdicional e adentrando em searas administrativas, por exemplo. Não está diretamente ligado à uma postura totalmente descabida e legiferante do Poder Judiciário, pois em algumas circunstâncias, bem delimitadas, isso é até assegurado de Carta Magna, a crítica está atribuída à descaracterização da função típica do judiciário, em decisões que incidem sobre o núcleo essencial de funções atribuídas pela Constituição à outros poderes. (RAMOS, 2010)

Nesta mesma toada, podemos citar José Joaquim Gomes Canotilho, o qual afirma que “[...] a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro.” (CANOTILHO, 2003, p.559)

Para ilustrar um pouco mais o problema, podemos trazer a fala do Ministro Marco Aurélio de Melo, que diz o seguinte:

Sempre afirmo que, como julgador, a primeira coisa que faço, ao defrontar-me com uma controvérsia, é idealizar a solução mais justa de acordo com a minha formação humanística, para o caso concreto. Somente após, recorro à legislação, à ordem jurídica, objetivando encontrar o indispensável apoio. (MELO, 2007, apud VITÓRIO 2011, p.75)

Analisando a fala do Ministro, trazida apenas como exemplo, podemos perceber que o judiciário, por vezes, confecciona suas decisões através de suas convicções pessoais, não separando-as do seu dever funcional. O limite da função do judiciário é imposto pela ordem democrática e interpretar a legislação para além dos significados atribuídos pelo legislador é “usurpar um poder que nossa democracia depositou em seus legisladores eleitos” (CAMPOS, 2012, p.33), assim, um juiz deve atuar com restrição e cuidado no exercício da sua função e “não deve reescrever uma lei, nem alargar ou contraí-la” (CAMPOS, 2012, p.33), além de serem “humildes na interpretação da Constituição e deferentes às decisões dos demais poderes

do governo ainda que contrárias às suas convicções políticas ou morais.” (CAMPOS, 2012, p.35).

O risco o qual implica a postura ativista por parte do judiciário é que se coloca em “xeque” a legitimidade democrática, uma vez que, os representantes do Poder Judiciário são instituídos sem a participação popular e acabam intervindo, em algumas ocasiões de forma demasiada, na interpretação e aplicação do direito que fora elaborado por representantes eleitos, sendo que tal intervenção não pode exprimir a vontade do povo. (BARROSO, 2009)

4 - DECISÕES CONSIDERADAS ATIVISTAS NAS AÇÕES DE TRATAMENTOS/MEDICAMENTOS

Até o presente momento, pudemos contextualizar os fatos que levaram até o presente cenário, com um intenso processo de judicialização no Brasil, que culmina no fenômeno do ativismo judicial. Nesse ponto da presente monografia, serão analisadas diversas decisões judiciais, as quais podem ser consideradas ativistas, a partir dos conceitos de ativismo judicial já levantados até então.

4.1 - DEFERIMENTO DE PEDIDOS À PACIENTES JÁ INSERIDOS NA FILA DO SUS

Uma decisão bastante recorrente nas demandas de fornecimento de tratamentos/medicamentos é o deferimento do pedido da parte autora, obrigando o ente demandado a fornecer o tratamento de pronto, mesmo que a parte requerente já esteja aguardando em uma fila pré-estabelecida pelo SUS.

Vejamos alguns julgados:

EMENTA: APELAÇÃO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO “ACETATO DE CIPROTERANA 50 MG” E DE CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO SEXUAL - PACIENTE CADASTRADO NA CENTRAL DE REGULAÇÃO - DIREITO À SAÚDE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO (LATO SENSU) – FILA REGULAR DE ESPERA PARA ATENDIMENTO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS - PRETERIÇÃO DA ORDEM - OBSERVÂNCIA DOS TRÂMITES LEGAIS – ESPERA HÁ MAIS DE 5 ANOS – DEVER CONSTITUCIONAL - NECESSIDADE/HIPOSSUFICIÊNCIA COMPROVADA – RESPEITO A DIGNIDADE HUMANA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. O direito à vida e à saúde deve ser resguardado pelos entes públicos, mediante o custeio de consultas, realização de exames, medicamentos e cirurgias indispensáveis ao cidadão (CF, art. 196). Não há ingerência indevida nas atribuições do Poder Executivo, mas apenas exercício do controle conferido ao Poder Judiciário, quando impõe o cumprimento de obrigação em processo que objetiva a tutela dos direitos à vida e à saúde do paciente. Diante do conjunto probatório, tanto da necessidade do fornecimento do tratamento médico/cirúrgico, quanto da impossibilidade de arcar com tal ônus, a reforma da sentença é medida que se impõe. (MATO GROSSO, 2020)

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO - APELAÇÃO - DIREITO À SAÚDE - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS - MEDICAMENTO NÃO INCLUÍDO NA LISTA DO SUS - TESE FIRMADA QUANDO DO JULGAMENTO DO RESP Nº. 1657156/RJ - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA - INOCORRÊNCIA - RESERVA DO POSSÍVEL - NÃO APLICAÇÃO AO CASO. 1 - Segundo posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. 2 - Por ocasião do julgamento do REsp nº. 1.657.156/RJ, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça firmou a seguinte tese: "A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a

presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência." 3 - Destarte, atendidos os requisitos supra, é dever do ente público o fornecimento do medicamento, importando a negativa em ofensa ao direito à saúde garantido constitucionalmente, sendo prudente condicionar o fornecimento à retenção de receita. 4 - A pretensão de fornecimento de medicamento não pode se voltar à marca específica, mas ao princípio ativo que lhe trará o mesmo resultado prático e observará os princípios da isonomia e da eficiência. 5 - A existência de uma fila de atendimento, é bem verdade, faz-se necessária para a seleção de prioridades, a cada caso, conforme a urgência que se apresenta. Todavia, não pode ser utilizada como escusa para o atendimento tempestivo. Se tal ocorrer de forma indevida, ou seja, se não houver a prestação conforme a necessidade do enfermo, é cabível a via judicial para compelir o Ente Federado ao fornecimento da prestação de saúde. 6 - A tese defensiva da reserva do possível impõe o ônus de prova a quem a alega quanto aos seus elementos. (MINAS GERAIS, 2021)

RECURSOS INOMINADOS. JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA (LEI N. 12.153/2009). AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE GERADOR DE NEUROESTIMULAÇÃO RECARREGÁVEL E CIRURGIA DE IMPLANTAÇÃO DO INSUMO. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ENTE MUNICIPAL. INSUBSISTÊNCIA. SOLIDARIEDADE DA FAZENDA PÚBLICA NAS QUESTÕES RELATIVAS À SAÚDE. INTELIGÊNCIA DO ART. 196 DA CRFB. AFASTAMENTO. MÉRITO. PROCEDIMENTO PADRONIZADO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. URGÊNCIA DEMONSTRADA ATRAVÉS DE ATESTADO DO MÉDICO ASSISTENTE ESPECIALISTA. BURLA À FILA DO SUS DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. PLEITO DE DIRECIONAMENTO DA OBRIGAÇÃO EXCLUSIVAMENTE AO ESTADO DE SANTA CATARINA. IMPOSSIBILIDADE. NÃO DEMONSTRADA A INEXISTÊNCIA DO PROCEDIMENTO NO PROGRAMA DE SAÚDE MUNICIPAL. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. (SANTA CATARINA, 2022)

A partir da leitura das decisões supracitadas, é possível perceber claramente que tratam-se de decisões que dão à entender certo ativismo do Poder Judiciário. Nas jurisprudências em tela, nota-se que o judiciário está compelindo outro poder, nesse caso o Executivo, a cumprir com o fornecimento do tratamento pleiteado pela parte autora, não respeitando o fato de já existir uma fila de espera pelo SUS, na seara administrativa, a qual, inclusive, a parte demandante já está incluída.

Ora, se administrativamente, pelo poder público, já está sendo organizada uma fila de espera, que observa o nível de gravidade de cada paciente para o tratamento de sua patologia, não deve caber ao judiciário diligenciar sobre o assunto. A hipótese na qual poderia ser apreciada pelo judiciário seria o caso de lesão ou ameaça a direito, como bem traduz o art. 5º, XXXV da Constituição Federal, caso a parte estivesse sofrendo alguma recusa do sistema de saúde em atendê-la, por exemplo, o que não é o caso, uma vez que a mesma está aguardando na fila de espera, assim como todos os demais pacientes.

Os casos mencionados, assim como tantos outros por todo o Brasil, refletem exatamente a definição de ativismo judicial dada por Elival Ramos e já elucidada nesta monografia, o qual traduz que o judiciário adota uma postura ativista a partir do momento que ultrapassa linhas demarcatórias entre os poderes, fugindo, por vezes, da sua função jurisdicional e adentrando em searas administrativas.

É bem verdade e isso deve ser ressaltado, que o sistema de saúde do Brasil encontra-se em um verdadeiro caos, onde a demanda excessiva de tratamentos não consegue ser abarcada de maneira célere a todas as pessoas e, segundo Naercio Menezes Filho “[...] os desafios na área de saúde são enormes. Um dos principais problemas é a baixa qualidade do atendimento que é oferecido nos hospitais e postos de saúde para a maior parte da população.” (MENEZES FILHO, 2010). Esse cenário caótico gera um atraso demasiado nas concessões dos tratamentos, é fundamentado nessa mora, por parte do poder público, que o judiciário baseia suas decisões, deferindo o pedido da parte autora e compelindo a administração pública a cumprir tal determinação com urgência. É aí que se encontra o também já mencionado ativismo judicial como “mal necessário”, explanado por Barroso.

Ocorre, que essa justificativa para uma postura ativista é perigosa, pois, além de estar desrespeitando o princípio da Separação dos Poderes, o judiciário está desobedecendo a ordem estabelecida pela fila instituída pelo SUS que leva em consideração a gravidade da pessoa enferma. Tal atitude faz com que, muitas vezes, pessoas que tem um melhor poder aquisitivo ou o simples acesso à informação e podem fazer valer-se da tutela do judiciário, são passadas à frente daquelas que não detém o mesmo privilégio e que, inclusive, podem possuir enfermidades mais urgentes.

A crítica levantada também pode ser observada no próprio judiciário. O relator Hélio do Valle Pereira, da Quinta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, é pontual sobre o tema, senão, vejamos:

SAÚDE - CIRURGIA PADRONIZADA - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - TEMA 793 - PACIENTE NA FILA DE ESPERA DO SUS - OBSERVÂNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - ALEGAÇÃO DE DEMORA NA REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - AUSÊNCIA DE DIREITO - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CÁLCULO POR EQUIDADE. 1. O procedimento cirúrgico ortopédico postulado é padronizado, sendo portanto, disponibilizado pelo SUS - tanto o é, que o autor já aguarda na fila de espera. Dessa forma, tem-se que o dever de prestar assistência à saúde compete a todos os entes, de forma solidária, consoante dispõem os arts. 23, II, 196 e 198 da Constituição, competindo às partes a escolha de contra quem se quer litigar. 2. As determinações judiciais para fornecimento de medicamentos e para a realização de cirurgias não podem ser equiparadas. No segundo caso, não se cuida de meramente ter verba orçamentária disponível. Há necessidade de leitos (para o pré e pós-operatório), a disponibilidade

do centro cirúrgico, a presença de equipe médica e dos equipamentos aptos ao procedimento e assim quase indefinidamente. Dificilmente, ainda, haverá uma única cirurgia pendente; aparecerão casos mais delicados, inesperados e até com risco de morte. Seria o equivalente a deferir liminar para internação em UTI, mesmo esgotada a capacidade, impondo-se ao gestor da unidade a perspectiva de expulsar um paciente não amparado por deliberação jurisdicional. É tema que tem que ser delegado à função administrativa, que nos limites físicos e humanos deverá estabelecer uma justa listagem de atendimento, especialmente por critérios científicos. A solução não estará em se permitir que se "furem filas". Não sendo assim, todos poderiam vir a juízo e a natureza da fila apenas seria modificada - de administrativa para judicial. O enfrentamento dos casos em que se detecte indevida omissão por parte do Poder Público é a busca por resposta no plano da tutela coletiva, que ataque a amplitude do problema, buscando amparo para todos, não por meio de tutela casuística. 3. O SUS é o mais ambicioso sistema de atendimento público de saúde do mundo. Nenhum país com mais de 100.000.000 habitantes tem equivalente (e o mais próximo é o sistema inglês, mas se trata de nação riquíssima e com menos de 70.000.000 de pessoas). Atende - sem custos diretos - qualquer pessoa, sendo que ao menos 150.000.000 têm nele a única oportunidade de tratamento. Antes de sua implementação pela Constituição de 1988, havia o INAMPS, que assistia apenas os segurados; os demais eram tratados como indigentes. 4. Não haverá perfeição, muito menos é justo que se aspire melhorar o regime mediante a obtenção de reparações por dano moral. Se for assim, no lugar aperfeiçoar a prestação gratuita de serviços, o foco essencial será paradoxalmente pagar quem não se sentir bem amparado, prejudicando - em ciclo depreciativo - os demais pacientes. 5. Autor, que espera a realização de cirurgia eletiva junto ao SUS, não merece reparação por danos morais. O Estado não pode ser condenado por comiserção, como se fosse uma fonte inesgotável de recursos - uma incidência da tragédia dos comuns (a fruição desmedida de uma riqueza como se fosse infinita). 6. Há direito à prova, mas não prerrogativa de ver atendidos acriticamente quaisquer requerimentos. O julgamento antecipado do mérito não fica apenas dependente da falta de postulação probatória, pois cabe ao juiz avaliar a real necessidade de se migrar para fase instrutória. Além do mais, a prova documental apresentada era bastante para se conhecer dos fatos. 7. A base de cálculo dos honorários advocatícios é como regra (no NCPC) o proveito econômico ou o valor da causa (art. 86). Esses parâmetros, porém, não se estendem às ações de rotina envolvendo o fornecimento de medicamentos. É que o caráter imaterial sobreleva, não sendo lógica uma relação percentual sobre uma grandeza patrimonial. Nesses casos, na realidade, o juiz não "condena"; outorga provimento mandamental, uma ordem de fazer que, em essência, não tem natureza financeira, mas de atendimento à saúde. Aplica-se - para esse fim - o § 8º do art. 85, que se refere à fixação de honorários por equidade quando for "inestimável o proveito econômico". O Tema 1.076 do STJ ao reafirmar a preferência pelo critério estabelecido no art. 85, § 3, do CPC ("fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa"), enfatizou a ressalva pelo arbitramento por equidade quando "o proveito econômico obtido pelo vencedor for inestimável". O proveito da parte, na espécie, é o acesso ao serviço público de saúde, não o equivalente pecuniário do procedimento em si. Não há, enfim, nenhum (nenhum!) incremento patrimonial, mesmo indireto, em sua esfera de interesses. A decisão fixou a honorária em R\$ 1.000,00, valor este que, sem fugir das diretivas da lei, não onera excessivamente a Fazenda Pública e nem destoa do parâmetro consolidado no âmbito do Direito Público. 8. Recurso do Estado de Santa Catarina provido em parte para consignar a necessidade de observância das políticas públicas e da fila do SUS; apelação do autor desprovida. (SANTA CATARINA, 2022)

Analisando os julgados, percebemos que trata-se de uma questão bem delicada, pois, do ponto de vista do princípio da dignidade da pessoa humana, não é justo que uma pessoa espere 05 (cinco) anos por tratamento, por exemplo, de outra face, também não é coeso que o

judiciário intervenha diretamente nas políticas adotadas pela administração pública e permita que sejam “furadas” as filas estabelecidas pelo SUS.

4.2 - NÃO OBSERVÂNCIA ÀS REGRAS DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA

Outra questão bastante discutida nas ações de fornecimento de tratamentos/medicamentos é em relação à solidariedade dos entes federais para compor o polo passivo nessas demandas.

Como já elucidado anteriormente, a Constituição Federal de 1988 assegurou a todos os direitos fundamentais à vida e à saúde, entre outros. Para tanto, disciplinou, em seu artigo 23, II, que “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.” (BRASIL, 1988)

Foi baseado, principalmente, no artigo supramencionado que o STF (Superior Tribunal Federal) julgou como Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 855.178/SE, determinando que todos os entes federados, os citados no *caput* do artigo 23 da Constituição, são responsáveis solidários nas demandas objetivando o fornecimento de medicamentos/tratamentos. Vejamos:

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

Nesse sentido, ao tempo do referido julgamento, havia claramente um posicionamento ativista por parte do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que a decisão supracitada determinava que todos os entes federais eram obrigados solidários nas ações de fornecimento de medicamentos/tratamentos, podendo qualquer um arcar com a obrigação imposta, não respeitando-se a regras de repartição instituídas pela própria administração pública.

Dessa forma, os tribunais estaduais procederam às decisões no mesmo sentido.

Nota-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE. MEDICAMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS - REPERCUSSÃO GERAL Nº STF Nº 855178/SE - MÉRITO. LISTAS ESPECÍFICAS. DESNECESSIDADE. PROBABILIDADE DO DIREITO E O PERIGO DE DANO OU RISCO AO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO - ART. 300 DO CPC DE 2015 AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE. MEDICAMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE

SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS - REPERCUSSÃO GERAL Nº STF Nº 855178/SE - MÉRITO. LISTAS ESPECÍFICAS. DESNECESSIDADE. PROBABILIDADE DO DIREITO E O PERIGO DE DANO OU RISCO AO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO - ART. 300 DO CPC DE 2015 AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE. MEDICAMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS - REPERCUSSÃO GERAL Nº STF Nº 855178/SE - MÉRITO. LISTAS ESPECÍFICAS. DESNECESSIDADE. PROBABILIDADE DO DIREITO E O PERIGO DE DANO OU RISCO AO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO - ART. 300 DO CPC DE 2015 AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE. MEDICAMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS - REPERCUSSÃO GERAL Nº STF Nº 855178/SE -. MÉRITO. LISTAS ESPECÍFICAS. DESNECESSIDADE. PROBABILIDADE DO DIREITO E O PERIGO DE DANO OU RISCO AO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO - ART. 300 DO CPC DE 2015-. Preliminar. Não prospera o acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva, em razão da solidariedade dos entes federados na efetivação do direito à saúde, sem atribuições exclusivas e excludentes, a legitimar o ajuizamento da demanda contra qualquer deles, de forma conjunta ou separada. Art. 196, caput, e art. 198, § 1º, da Constituição da Republica; art. 7º, XI, da Lei Federal nº 8.080/90 e art. 241 da Constituição Estadual. Repercussão Geral nº 855.178/SE do STF Mérito I - A incidência do caput e § 1º do art. 5º da Constituição da Republica decorre da estatura social do direito à saúde, no sentido formal e material - art. 6º -; do dever do Estado de promoção do acesso universal igualitário às ações e serviços de saúde - arts. 196 da CF/1988 e 241 da CE/1989 -; e, em especial, do direito à vida e à dignidade da pessoa humana. II - Evidenciada a probabilidade do direito em favor do agravado, com base no atestado do médico, no... sentido da necessidade imediata do uso do fármaco Alentuzumabe. De igual forma, demonstrado o perigo de morte, em razão da progressão da doença. III - Nesse contexto, tendo em vista posição desta Câmara Cível, no sentido da prevalência do laudo e opinião científica do médico da parte agravada, pois com base na presunção das melhores condições para a prescrição da medicação, e a aparente inércia e resistência do município recorrente na assunção da obrigação, nada a reparar na decisão hostilizada. Preliminar rejeitada. Recurso desprovido. (RIO GRANDE DO SUL, 2018)

EMENTA: AÇÃO COMINATÓRIA EM DESFAVOR DE AUTARQUIA MUNICIPAL (DEPARTAMENTO MUNICIPAL DE SAÚDE PÚBLICA - DEMASP). PACIENTE IDOSA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. ORIENTAÇÃO DO STF. RE 855.178/SERGIPE. REPERCUSSÃO GERAL. LEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA. SENTENÇA CASSADA. PROSSEGUIMENTO DO JULGAMENTO (ARTIGO 1.013, § 3º, I). MÉRITO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. OBRIGAÇÃO MUNICIPAL RECONHECIDA. IMPRESCINDIBILIDADE DO MEDICAMENTO. PEDIDOS JULGADOS PROCEDENTES. Reconhece-se a legitimidade passiva ad causam do réu (DEMASP), diante de orientação do excelso Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 855.178/SE, com reconhecida repercussão geral (Tema 793): "O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente." Ainda sobre o Recurso Extraordinário 855.178/SE, verifica-se que a competência assistencial *latu sensu* no âmbito da saúde pública é dos entes estatais, solidariamente, ou seja, União, Estados, Distrito Federal e Municípios devem prestar serviços de saúde e disponibilizar tratamentos médicos de forma solidária. Reconhecida a obrigação municipal, no caso em apreço. Comprovada a necessidade e imprescindibilidade do tratamento, justifica-se a procedência do pedido, condenando-se a municipalidade a fornecer o medicamento pleiteado, desde que apresente a receita médica atualizada. (MINAS GERAIS, 2017)

RECURSO INOMINADO. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTO PADRONIZADO. ARGUIÇÃO DE FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. INDISPONIBILIDADE DO MEDICAMENTO NA REDE PÚBLICA. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS E JURÍDICOS FUNDAMENTOS. ART. 46 DA LEI N. 9.099/95. O Sistema Único de Saúde por intermédio da Relação Nacional de Medicamentos Especiais (RENAME) disponibiliza gratuitamente os medicamentos que são padronizados. Contudo, esse fornecimento dos fármacos na rede pública deve ser real e efetivo. Demonstrado no caso concreto a indisponibilidade do medicamento e inércia estatal consubstanciado está o interesse processual no binômio necessidade e adequação a obter o provimento jurisdicional. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REPERCUSSÃO GERAL. O direito fundamental à saúde é responsabilidade solidária dos entes da federação, em consonância ao disposto no art. 196 da Constituição da República Federativa do Brasil. Apesar de existir repartição de competências administrativas entre as esferas federativas, a Constituição estabelece a competência comum constitucional de garantir o direito à saúde (art. 23, II). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está pacificada, inclusive, em sede de repercussão geral, que é responsabilidade solidária da União, dos Estados e dos Municípios e Distrito Federal, de modo que qualquer um deles pode figurar no polo passivo de demanda que objetiva garantir o direito à saúde. "O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente". (STF, Supremo Tribunal Federal, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. RE 855178, Relator Min. Luiz Fux, julgamento: 05/03/2015, Órgão Julgador Tribunal Pleno). (SANTA CATARINA, 2018)

Percebe-se nítida a presença do conceito de ativismo judicial nos julgamentos acima, à medida que, orientados pelo STF, os Tribunais não observavam as regras de repartição da administração pública tocante à responsabilidade pelo fornecimento de tratamentos/medicamentos. No último julgado acima, por exemplo, o relator Sílvio Dagoberto Orsatto do TJSC escreve o seguinte: “[...] Apesar de existir repartição de competências administrativas entre as esferas federativas, a Constituição estabelece a competência comum constitucional de garantir o direito à saúde (art. 23, II). [...]” (SANTA CATARINA, 2018). Tal afirmação remonta justamente uma das definições sobre ativismo judicial já trazidas nessa monografia, a qual aduz que trata-se de uma decisão ativista aquela que interpreta a Carta Magna deliberando sobre questões, sem observar que está influenciando diretamente na seara competente a outros poderes.

Após 04 (quatro) anos, em 2019, o STF julgou os embargos declaratórios apresentados ante a decisão do Recurso Extraordinário 855.178/SE e firmou a seguinte tese (Tema 793), também com Repercussão Geral:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. (BRASIL, 2019)

O entendimento do STF é no sentido de ainda haver a solidariedade entre os entes federais, porém, agora fica à cargo da autoridade judicial encaminhar o cumprimento da obrigação ao ente responsável, respeitando as regras de repartição outrora não observadas. Em tese, tal entendimento resolveria o problema relacionado à solidariedade dos entes federais nas demandas de medicamentos, porém, o que se verifica na prática é que ainda há muita confusão ante a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal. A seguir, veremos algumas decisões proferidas por juízos de estados diferentes, relacionadas ao tema.

A 5ª Vara da Fazenda Pública de João Pessoa, da Paraíba, nos autos de número 0852844-47.2019.8.15.2001, decidiu o seguinte sobre a responsabilidade entre os entes federais:

Analisando os autos, observo que este juízo necessita adequar seu posicionamento ao recente precedente do STF, cuja observância é obrigatória, conforme dispõe o art.927, III, do CPC-15. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos embargos de declaração do Recurso Extraordinário 855178, fixou a seguinte tese (Tema793):

[...]

A despeito da responsabilidade solidária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, o precedente impõe que o ente responsável pelo ônus financeiro deve ser trazido ao processo, em litisconsórcio necessário, pois tal medida processual é imprescindível ao direcionamento do cumprimento.

No caso de medicamentos oncológicos, nos termos da decisão do STF, a União deve ser trazida ao processo, porque lhe cabe o custeio do fornecimento de medicamentos para tratamento de câncer.

Medicamentos oncológicos são fornecidos de maneira diferente de fármacos de outras patologias, pois são adquiridos por instituições de saúde habilitadas em oncologia, com base em determinados limites de valor das Autorizações para Procedimento de Alta Complexidade (Apex), para cada tipo de câncer.

[...]

Assim, o medicamento desejado não pode ser adquirido, pois extrapola o teto de valor estabelecido para a patologia da parte autora, o que exige obrigatoriamente a presença da União, a fim de arcar com a ampliação do custo, caso esse valor seja majorado.

Diante do exposto, nos termos do art. 115, parágrafo único, do CPC-151, intime-se a parte autora para, em 15 dias, trazer a União ao polo passivo da demanda. (PARAÍBA, 2019)

Já o relator Maurício Porfírio Rosa, do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, nos autos do mandado de segurança de número 5493365.68.2019.8.09.0000, decidiu pelo seguinte:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA TRATAMENTO DE CANCER. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE SAUDE DO ESTADO DE GOIÁS. APLICAÇÃO DA TESE FIRMADA NO RE 855.178/SE, JULGADO SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. I. Nos termos do artigo 6º, § 3º da Lei 12.016/09, considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática. II. A omissão relativa à dispensação de medicamento antineoplásico, considerado o esquema de financiamento e repartição de competências do SUS, exsurge impositivo ao Gestor

Federal. III. Em obediência à tese fixada no RE 855.178/SE, julgado sob a sistemática da repercussão geral, colhe-se irrefragável o reconhecimento da ilegitimidade do Secretário de Saúde do Estado de Goiás, para figurar no polo passivo do *mandamus*, haja vista não ser esta a autoridade imbuída de competência para corrigir a ilegalidade indicada pela impetrante. IV. A circunstância do deslocamento da competência para processar e julgar o *mandamus* torna insuscetível de acolhimento o requerimento de emenda da petição inicial. Precedentes do STJ. IV. O reconhecimento da ilegitimidade passiva do impetrado autoriza a extinção da ação sem resolução do mérito, com a consequente denegação da segurança. ILEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA. SEGURANÇA DENEGADA. (GOIÁS, 2019)

Enquanto isso, a 2ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da cidade de São Paulo, na decisão dos autos de número 1064825-44.2018.8.26.0053, seguiu o raciocínio abaixo:

O Plenário do STF fixou em sede de repercussão geral, no julgamento do RE 855.178/SE, a seguinte disposição a respeito das responsabilidades dos entes integrantes do SUS:

A entrega de fraldas se trata de responsabilidade própria de saúde básica, daí que o suporte do ônus financeiro deve ser carreado ao ente público municipal, dentro da escala hierárquica de responsabilidade dos entes associados ao SUS.

Diante de tal quadro, o mais adequado é a responsabilização da Municipalidade para a entrega dos bens pleiteados nesta demanda, sem necessidade de inclusão dos demais entes federativos [...].

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE, EM PARTE, a ação promovida por JOSE BARRETO GUIMARAES contra a MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, a condenar esta a fornecer a esse, a quantidade de 120 fraldas geriátricas mensais [...]. Por outro vértice, JULGO IMPROCEDENTE a mesma demanda promovida contra a FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, por ilegitimidade de parte em carrear o ônus ora estabelecido em favor do requerente. (SÃO PAULO, 2019)

O que se reflete da análise das decisões acima é que ainda há dúvida de como os juízos devem proceder diante do direcionamento da demanda em relação à competência. Não se sabe se o juiz deve incluir o réu de ofício, se a parte precisa aditar sob pena de extinção, ou se há ilegitimidade de parte ou litisconsórcio passivo necessário, face à responsabilidade solidária dos entes federados.

Ressalta-se, ainda, que as regras de repartição de responsabilidades pelo fornecimento de medicamentos do SUS podem ser observadas conforme a Portaria nº 1.554 de 30 de julho de 2013, a qual, em seu artigo 3º, separa as substâncias em três grupos, conforme demonstrado abaixo:

Art. 3º Os medicamentos que fazem parte das linhas de cuidado para as doenças contempladas neste Componente estão divididos em três grupos conforme características, responsabilidades e formas de organização distintas:

I - Grupo 1: medicamentos sob responsabilidade de financiamento pelo Ministério da Saúde, sendo dividido em:

a) Grupo 1A: medicamentos com aquisição centralizada pelo Ministério da Saúde e fornecidos às Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal, sendo delas a responsabilidade pela programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e

b) Grupo 1B: medicamentos financiados pelo Ministério da Saúde mediante transferência de recursos financeiros para aquisição pelas Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal sendo delas a responsabilidade pela programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica;

II - Grupo 2: medicamentos sob responsabilidade das Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal pelo financiamento, aquisição, programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e

III - Grupo 3: medicamentos sob responsabilidade das Secretarias de Saúde do Distrito Federal e dos Municípios para aquisição, programação, armazenamento, distribuição e dispensação e que está estabelecida em ato normativo específico que regulamenta o Componente Básico da Assistência Farmacêutica. (BRASIL, 2013)

O que se retira disso, é que o judiciário, mesmo havendo o direcionamento tocante às repartições administrativas, ainda não sabe ao certo como se manifestar no ponto, continuando aberta a brecha para decisões ativistas, a medida que entes não responsáveis pelo fornecimento de acordo com as regras de repartição, embora possam cobrar os valores despendidos posteriormente, seguem suportando o ônus financeiro das referidas ações.

4.3 - CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

Por fim, um último posicionamento do judiciário que gostaria de ser levantado, em relação à discussão da presença de ativismo nas demandas da área da saúde, é a respeito das decisões que concedem o fornecimento de medicamentos de alto custo não inseridos no rol de fármacos do SUS. A seguir podemos observar julgados proferidos por todo o país no mesmo sentido.

A relatora Gislene Pinheiro, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, proferiu em 2021 a seguinte decisão nos autos do mandado de segurança número 0748474-91.2020.8.07.0000:

MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. TRATAMENTO DE FIBROSE PULMONAR IDIOPÁTICA. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E LITISCONSÓRCIO PASSIVO DA UNIÃO. REJEITADAS. DIREITO À SAÚDE. DEVER DE CUSTEIO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO COMPROVADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. É assente nas jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal de Justiça que o Secretário de Estado da Saúde, nas demandas intentadas com a finalidade de obter medicamentos ou tratamento médico adequado, possui legitimidade passiva ad causam para responder pela pretensão, tendo em conta que lhe compete a gestão das políticas públicas associadas à ordem mandamental de fornecimento de fármacos. 2. Acerca da necessidade do litisconsórcio passivo para inclusão da União em demandas como a presente, o

Supremo Tribunal Federal, em entendimento consolidado no Tema 793, posicionou-se pela responsabilidade solidária entre os entes federados, sendo necessária a inclusão da União apenas nos casos em que inexistir registro do medicamento na Anvisa, o que não é a hipótese dos autos, haja vista que ambos os medicamentos requeridos encontram-se registrados na agência reguladora, conforme demonstrou a impetrante. 3. O Estado deve assegurar o direito à saúde de forma contínua e gratuita aos seus Cidadãos, segundo a norma estabelecida no artigo 196 da Carta Magna e artigos 204 e 207 da Lei Orgânica do Distrito Federal. 4. A demonstração, por profissional médico, no caso, da própria Secretaria de Saúde do governo do Distrito Federal, da patologia e da necessidade do fármaco no tratamento da paciente atestam o direito líquido e certo da impetrante. 4.1. Uma vez existindo prescrição médica de remédio indispensável ao tratamento da doença do paciente, resta evidenciada a obrigação do Estado em fornecê-lo. 5. Ordem concedida para confirmar a liminar e determinar ao ente distrital a obrigação de fornecer os medicamentos prescritos pelo médico responsável. (DISTRITO FEDERAL, 2021)

Por sua vez, o relator Antônio Vinícius Amaro da Silveira, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na apelação de autos número 70081300865, no ano de 2019, teve entendimento no mesmo sentido, senão, vejamos:

DECISÃO MONOCRÁTICA. REMESSA NECESSÁRIA. APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DIAGNÓSTICO NÃO CONTESTADO. NECESSIDADE DEMONSTRADA. ALTO CUSTO DO MEDICAMENTO. 1. O direito à saúde, constitucionalmente consagrado, está destinado a todos universalmente. 2. Demonstrada a real necessidade do tratamento pleiteado, bem como sua urgência, cabe ao ente público demandado o fornecimento dos meios para a sua realização. 3. Prevalência do direito humano à saúde que não ofende os Princípios da Isonomia, Legalidade e da Reserva do Possível. Alegação de alto custo do medicamento não é suficiente a afastar a responsabilidade dos entes públicos ao seu fornecimento. 4. Considerando a natureza da causa e o tempo de tramitação da demanda, adequada a redução dos honorários advocatícios, em remessa necessária. 5. Matéria que encontra solução unânime pelos integrantes da Câmara. 6. Sentença de procedência na origem. APELAÇÃO DESPROVIDA. SENTENÇA PARCIALMENTE MODIFICADA EM REMESSA NECESSÁRIA. (RIO GRANDE DO SUL, 2019)

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o relator José Maria Câmara Júnior, proferiu em 2021, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos da apelação número 10067813620208260320, a seguinte decisão:

APELAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ATO JUDICIAL IMPUGNADO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO MEDIATO. LEGITIMIDADE

PASSIVA DA ASSOCIAÇÃO CRUZ AZUL DE SÃO PAULO. Objeto da ação. Fornecimento de medicamento à base de "Canabidiol". Procedência do pedido mediato. Pertinência subjetiva da Cruz Azul em razão de convênio celebrado com a CBPM que faz a gestão do plano de assistência médica do autor, haja visto comprovada a condição de segurado do seguro concedido pela Cruz Azul, dada a sua dependência em relação ao contribuinte João Danilo Custódio, genitor do autor. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO E SEM REGISTRO NA ANVISA. IPURE 6000 MG/30ML. CANABIDIOL. Pretensão ao fornecimento de medicamento a base de "Canabidiol" ao autor portador de Transtorno do Espectro Autista Severo, Nível 3 (CID10: F84.0; DSM5: 299.00), associado a Deficiência Intelectual (CID10: F72). Documentos acostados aos autos informam o quadro de necessidade e aptidão do medicamento pretendido. Demonstração da hipossuficiência financeira, do alto custo do medicamento e da aprovação da importação do medicamento por intermédio da ANVISA. Inexistência de proibição do medicamento que passou a ser controlado pela ANVISA a partir de 2015. Inaplicabilidade do Tema nº 500 do STF. Medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, encontra-se em situação singular, posto que a Agência concedeu autorização excepcional para a sua importação. Precedentes. Manutenção da sentença. NEGADO PROVIMENTO AOS RECURSOS. (SÃO PAULO, 2021)

Por fim, para corroborar com a ilustração da problemática, podemos citar o *decisum* proferido pelo relator Márcio Rocha Cardoso, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina nos autos do recurso inominado de número 50008924820208240139, no ano de 2021:

RECURSO INOMINADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. INDISPONIBILIDADE ADMINISTRATIVA. INTERESSE DE AGIR CARACTERIZADO. REQUISITOS PREENCHIDOS NOS TERMOS IRDR N. 0302355- 11.2014.8.24.0054. ALTO CUSTO DO TRATAMENTO QUE NÃO AFASTA A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. PRECEDENTE (TJSC, APELAÇÃO N. 0308108-34.2018.8.24.0045, DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, REL. JORGE LUIZ DE BORBA, PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, J. 06-10-2020). PROCEDÊNCIA DO PEDIDO QUE SE MANTÉM. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. (SANTA CATARINA, 2021)

Após a análise da jurisprudência demonstrada acima, é possível identificar também o viés ativista de tal posicionamento, porém, dessa vez, é necessária uma reflexão mais profunda para identificá-lo. Isto porque, quando a decisão do judiciário é em relação à conceder um tratamento para uma pessoa que já está em uma fila estabelecida administrativamente ou quando diligência sobre a competência da obrigação dos entes

federais sem observar as regras de repartição, por exemplo, é muito mais fácil identificar o cunho ativista do *decisum*. Já nessa situação, tocante ao deferimento de medicamentos/tratamentos de alto custo que não constam no rol do SUS é preciso analisar a questão do ponto de vista da razoabilidade.

É fato notório que o direito à saúde é líquido e certo, onde apenas o fato de tratar-se de um medicamento que tem um custo elevado para o Estado não pode afastar a responsabilidade deste para com a prestação de acesso à saúde do indivíduo enfermo. Então sim, há casos em que o deferimento do pedido deve ser a medida que se impõe, uma vez que a parte solicitante necessita especificamente do medicamento pleiteado e apenas ele pode salvar sua vida, mas, o que ocorre, é que a grande maioria desses deferimentos são efetuados sem um estudo concreto de caso, apenas pela declaração de um médico assistente ou uma perícia pontual do perito judicial.

O desembargador Paulo Henrique alerta que o excesso de atuação na Justiça acarreta em uma distorção no orçamento público. "O juiz, quando recebe um caso, vai analisar apenas aquele paciente e assim deixa de perceber todos os outros invisíveis que não têm fácil acesso ao sistema de Justiça" (SANTA CATARINA, 2021). O que se retira da fala do desembargador é que, uma decisão que atém-se a analisar apenas o caso daquele único indivíduo e de forma superficial, prejudica o SUS, visto que a rede pública vai arcar com custos previstos para a coletividade apenas com um ou poucos pacientes.

O problema está justamente em obrigar o ente federal a fornecer um tratamento de alto custo, que acarretará um impacto considerável no orçamento da administração pública, sem realizar um estudo sobre a razoabilidade e o custo-efetividade da decisão em cada caso. É nesse ponto que se percebe o teor ativista de tal posicionamento, pois é o Poder Judiciário impactando diretamente na questão orçamentária da administração pública, a qual não é de sua competência, obrigando esta por muitas vezes redirecionar verbas públicas para o tratamento de um único paciente o qual sequer realizou-se um estudo concreto sobre a efetividade do medicamento pleiteado em relação àqueles já disponibilizados gratuitamente pelo SUS.

Na lição de Barroso, especialmente na terceira forma elucidada pelo professor, à qual pode caracterizar-se o ativismo judicial, observamos claramente a postura ativista adotada pelo judiciário em relação aos medicamentos de alto custo, uma vez que está, expressamente, aplicando a imposição de condutas e abstenções ao Poder Público, especialmente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2009)

A desembargadora Vera Copetti traz uma fala muito interessante para refletir sobre o problema, onde diz o seguinte: "Vivemos uma situação dramática, os pedidos são sobre direitos à vida e o que mais vemos são argumentos emocionais ao invés de argumentos técnicos. Temos que ter a sensibilidade de pesar os dois lados numa decisão" (SANTA CATARINA, 2021).

Novamente, assim como as críticas às decisões relacionadas às filas de espera no SUS, é uma questão delicada, tendo em vista que estamos falando dos direitos à vida e à saúde, que podem ser considerados os dois principais direitos fundamentais inerentes ao ser humano. Ao mesmo passo, estamos tratando de decisões judiciais que implicam diretamente no orçamento delimitado e executado pelos poderes legislativos e executivos, o que pode ser um problema do ponto de vista do princípio da Separação dos Poderes, fundamental para a manutenção da democracia.

4.4 - ESCLARECIMENTOS ACERCA DA PROBLEMÁTICA

Após os pontos levantados e as críticas que foram tecidas no tópico anterior, insta deixar claro alguns pontos para o entendimento da tese defendida na presente monografia.

É importante, para o deslinde dos próximos tópicos, que se esclareça o teor da crítica arguida até o momento. Está sendo tratada a incidência do ativismo judicial diante do processo de judicialização da saúde que cresce cada vez mais em nosso país, dessa forma crítica-se a postura ativista do judiciário em certos pontos das demandas que objetivam o fornecimento de tratamento ou medicamento para a parte demandante. Porém, há de se ressaltar que o Poder Judiciário não é o único responsável por tal fenômeno, visto que grande parcela do problema talvez nem estivesse sendo discutida caso a administração pública do Brasil funcionasse perfeitamente.

Como já levantado antes, o assunto é delicado, pois estão em pauta pilares da nossa sociedade, como os direitos à saúde e à vida, bem como a democracia. Uma pessoa não pode ficar à margem da fila do Sistema Único de Saúde aguardando meses, até anos, por um tratamento, por exemplo, da mesma forma que o judiciário não pode interferir na administração pública e passar essa mesma pessoa a frente de outras que também estão na mesma situação.

No próximo tópico serão tratados alguns pontos que o Poder Judiciário deveria observar na resolução das demandas de medicamentos/tratamentos para cumprir com seu papel sem afrontar alguns princípios e a própria democracia. Mas é crucial deixar claro que os

outros poderes, responsáveis pela administração pública, devem melhorar sua atuação no setor de saúde e assistência social para que seja possível superar por completo a problemática.

5 – PRINCÍPIOS E FERRAMENTAS NORTEADORAS PARA AS DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO

Ao passo que foram apresentadas situações em que o judiciário está proferindo decisões que podem ser consideradas ativistas, nesse último tópico da presente monografia, buscar-se-á esclarecer alguns princípios e regras, a qual o Poder Judiciário pode nortear-se ao diligenciar sobre as ações de fornecimento de medicamentos/tratamentos. É de grande relevância que o judiciário se atente a algumas questões que serão levantadas abaixo, para manter uma postura alinhada com a manutenção da democracia.

5.1 - PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Anteriormente, já tratamos sobre o princípio da Separação dos Poderes, nesse tópico, porém, será convocado à discussão outro princípio, o da Reserva do Possível, deveras importante para a problemática suscitada.

O princípio da Reserva do Possível surge na Alemanha, na década de 70, mais precisamente em julho de 1972, onde a Corte Alemã decidiu, no Numerus Clausus BverfGE 33, S. 303, que na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são, desde o início, restringidos àquilo existente em cada caso, “eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade” (SCHWABE, 2005, p.663)

A decisão proferida pela Corte Alemã tratava sobre o número de vagas nas universidades públicas alemãs, uma vez que, estudantes que não tinham sido aceitos nas universidades de medicina de Hamburgo e Munique, por conta da política de limitação de vagas nos cursos superiores, pleitearam junto à Corte, com fundamento no art. 12 da lei Fundamental Alemã, segundo o qual todos os alemães teriam direito de escolher livremente profissão, local de trabalho e seu centro de formação. Posteriormente, a Corte entendeu que o direito à educação não deveria implicar no dever do Estado de arcar com os serviços educacionais para todos os cidadãos, indiscriminadamente, mas que o Poder Público deveria, apenas, dar a maior efetividade possível ao direito social, tendo em vista os recursos materiais e financeiros disponíveis ao mesmo. (SCHWABE, 2005)

Nesse sentido, Indo Sarlet elucida que a decisão da Corte Alemã foi no sentido de que:

[...] a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. (SARLET, 2003, p.265)

Daniel Sarmento trata a aplicação do conceito no Brasil da seguinte forma:

[...] entendo que a reserva do possível fática deve ser concebida como a razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos existentes. [...] Por este critério, se, por exemplo, um portador de determinada doença grave postular a condenação do Estado a custear o seu tratamento no exterior, onde, pelo maior desenvolvimento tecnológico, a sua patologia tiver maiores chances de cura, o juiz não deve indagar se o custo decorrente daquela específica condenação judicial é ou não suportável para o Erário. A pergunta correta a ser feita é sobre a razoabilidade ou não da decisão do Poder Público de não proporcionar este tratamento fora do país, para todos aqueles que se encontram em situação similar à do autor. (SARMENTO, 2008, p. 572)

Tal posicionamento aplica-se perfeitamente na problemática levantada, pois, ante judicialização da saúde no Brasil, o Estado não pode ser obrigado pelo Poder Judiciário a cumprir obrigações indiscriminadamente, a qualquer pessoa, pelo fato de tratar-se de direito fundamental, sem atentar-se nos limites democráticos, financeiros e razoáveis atinentes à administração pública, como, por exemplo, a irrazoabilidade de custear um tratamento fora do país para todas as pessoas em condições patológicas similares, como trazido por Sarmiento acima.

De outra face, ainda sobre o princípio da Reserva do Possível, há de se deixar claro que, ao mesmo passo que o Estado não deve ser compelido a cumprir obrigações indiscriminadamente, o mesmo também não pode utilizar de tal princípio para se eximir de suas obrigações com a população, principalmente pelo fato de o Brasil viver uma realidade social e econômica que não é das mais favoráveis no mundo. O Ministro Herman Benjamin, em seu voto nos autos do Agravo Regimental no Recurso Especial de número 11075112 do STJ, corrobora com tal entendimento, vejamos:

A teoria da reserva do possível, importada do Direito alemão, tem sido utilizada constantemente pela administração pública como escudo para se recusar a cumprir obrigações prioritárias. Não deixo de reconhecer que as limitações orçamentárias são um entrave para a efetivação dos direitos sociais. No entanto, é preciso ter em mente que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de forma indiscriminada. Na verdade, o direito alemão construiu essa teoria no sentido de que o indivíduo só pode requerer do estado uma prestação que se dê nos limites do razoável, ou seja, na qual o peticionante atenda aos requisitos objetivos para sua fruição. Informa a doutrina especializada que, de acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade [...] Ora, não se podem importar preceitos do direito comparado sem atentar para as peculiaridades jurídicas e sociológicas de cada país. A Alemanha já conseguiu efetivar os direitos sociais de forma satisfatória, universalizou o acesso aos serviços públicos mais básicos, o que permitiu um elevado índice de desenvolvimento humano de sua população, realidade ainda não alcançada pelo Estado brasileiro. Na Alemanha, os cidadãos já dispõem de um mínimo de prestações materiais capazes de assegurar existência digna. Por esse motivo é que o indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Situação completamente diferente é a que se observa nos países periféricos, como é o caso do Brasil. Aqui ainda não foram asseguradas,

para a maioria dos cidadãos, condições mínimas para uma vida digna. (BRASIL, 2021)

É diante desse contexto que está o ativismo judicial, tendo em vista que de um lado temos os direitos fundamentais conferidos a todos os indivíduos e do outro temos o Estado, que deve ser o garantidor desses direitos, com uma limitação orçamentária incapaz muitas vezes de atender a todos. Assim, o Poder Judiciário é acionado para obrigar o Estado a cumprir com a sua própria obrigação, a luz da Constituição.

Ocorre, que o direcionamento orçamentário da administração pública, inclusive a determinação de suas prioridades para a aplicação de verba, por exemplo, é competência do legislador ordinário, não cabe ao Poder Judiciário intervir nesta seara da maneira que julgar coerente, sob grave risco de ofensa ao princípio da Separação dos Poderes. Ingo Sarlet leciona sobre o tema da seguinte maneira:

Sustenta-se, por exemplo, inclusive entre nós, que a efetivação destes direitos fundamentais encontra-se na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor. Ressalta-se, outrossim, que constitui tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema eminentemente competencial. Para os que defendem esse ponto de vista, a outorga ao Poder Judiciário da função de concretizar os direitos sociais mesmo à revelia do legislador, implicaria afronta ao princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, ao postulado do Estado de Direito. (SARLET, 2003, p.286):

Dessa forma, o judiciário pode nortear o julgamento dessas demandas observando a aplicação do princípio da Reserva do Possível em suas decisões, respaldando-se na razoabilidade o *decisum* para, por exemplo, questões como a concessão de um medicamento de alto custo ou de um tratamento para uma pessoa já inserida na fila de espera do SUS. São situações onde há espaço para a discussão de tal princípio, visto que, como já demonstrado anteriormente, em muitas delas não há razoabilidade democrática ou financeira para o deferimento do pleito.

5.2 - O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DO INTERESSE COLETIVO SOBRE O INTERESSE INDIVIDUAL

Outro princípio que pode ser analisado pelo judiciário nas decisões acerca das demandas envolvendo a concessão de medicamentos/tratamentos, é o princípio da Primazia do Interesse Coletivo Sobre o Interesse Individual, ou seja, a observância dos macros direitos em face de micro direitos.

Mais comumente conhecido como princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, teve seu surgimento no século XIX, em um período que se voltava o olhar para interesses coletivos visando a ordem social e o bem comum. Celso Antônio Bandeira de Mello nos ensina que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular entende-se como o princípio geral do direito intrínseco a qualquer sociedade, além de condição para a existência da mesma, dessa forma, um dos pilares fundamentais na atuação administrativa. (MELLO, 1999)

Na nossa Constituição Federal, o referido princípio pode ser encontrado nos interesses conferidos à Administração Pública, previstos no Art. 37 da Carta Magna, os quais se aplicam na atuação do princípio da supremacia do interesse público. Cabendo ao Poder Judiciário, como membro integrante da administração pública, respaldar-se em tal princípio para nortear suas decisões.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo lecionam sobre a manifestação do tal princípio da seguinte forma:

[...] manifesta-se tanto no desempenho das atividades-fim, quanto no das atividades-meio da Administração, tanto quando ela atua visando ao interesse público primário, como quando visa ao interesse público secundário, tanto quando atua sob regime de direito público, como quando atua sob regime predominantemente de direito privado [...]. (ALEXANDRINO e PAULO 2011, p.187)

Ocorre que, na medida em que a judicialização da saúde avança, concomitantemente, as tutelas judiciais não beneficiam todas as pessoas da mesma forma. Isso ocorre, porque não são todas as pessoas que têm acesso à informação ou possuem meios financeiros para entrar com uma demanda judicial. Dessa forma, o que se nota no caso concreto é que, em diversas ocasiões, o judiciário tem sobreposto micros direitos (direitos individuais) sobre os macros direitos (direitos coletivos), onde indivíduos que possuem mais poder aquisitivo e pleno conhecimento de seus direitos, por exemplo, tem se beneficiado em face dos demais.

Essa reflexão pode ser feita diante das decisões já referenciadas nessa monografia, como aquelas a respeito do deferimento de tratamentos para as pessoas que já estão inseridas na fila do SUS. Ora, se há uma fila, instituída administrativamente, que leva em conta a gravidade da situação de cada pessoa enferma em comparação com as outras, não há razão para o autor de uma demanda judicial, já estando na referida fila, merecer atendimento antes das diversas pessoas à sua frente na fila de espera. O deferimento de tal demanda acarreta, claramente, em uma ofensa ao princípio da primazia do interesse público, visto que inúmeras pessoas serão passadas para trás na fila de espera em prol da tutela de um direito individual que deve ser comum a todos.

Para ilustrar tal linha de raciocínio podemos frisar o trecho da decisão do relator Hélio do Valle Pereira nos autos da apelação de número 50032314520198240064, trazida na íntegra anteriormente. Vejamos:

A solução não estará em se permitir que se "furem filas". Não sendo assim, todos poderiam vir a juízo e a natureza da fila apenas seria modificada - de administrativa para judicial. O enfrentamento dos casos em que se detecte indevida omissão por parte do Poder Público é a busca por resposta no plano da tutela coletiva, que ataque a amplitude do problema, buscando amparo para todos, não por meio de tutela casuística. (SANTA CATARINA, 2022)

O cenário em questão evidencia que, no caso, a tutela do direito de poucos está prevalecendo em face dos direitos da coletividade. No Brasil temos uma desigualdade social notória, que dispensa profundos estudos para que seja constatada, onde algumas pessoas tem mais acesso à informação e meios financeiros para entrar com uma ação judicial, enquanto outras se encontram à margem da pobreza e desinformação. Não cabe ao judiciário agir como um garantidor apenas de direitos individuais, mas sim atuar em conjunto com o executivo e legislativo para que se aprimore o setor de saúde pública do Brasil, desenvolvendo políticas públicas e fiscalizando-as, a fim de que se promova um acesso mais célere e de qualidade aos cidadãos brasileiros, de forma igualitária a todos, sem que prevaleça o interesses de alguns sobre o da maioria.

5.3 - SISTEMA DE FREIOS E CONTRA PESOS

Relacionado diretamente com o princípio da Separação dos Poderes, já tratado anteriormente, o Sistema de Freios e Contra Pesos consiste na ideia do controle do poder pelo próprio poder, onde, a autonomia para exercer sua respectiva função, assegura a harmonia entre os três e evita que abusos aconteçam por qualquer um desses.

O judiciário, ao decidir sobre as demandas envolvendo a área da saúde, não só pode, como deve, “determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo”. (BRASIL, 2010, p. 56)

No entanto, tal intervenção do Poder Judiciário deve ser cautelosa, a fim de que não ultrapassem-se limites estabelecidos entre os poderes. Sobre o tema, o professor James Eduardo Oliveira ensina o seguinte:

O Poder Judiciário pode exercer o controle das políticas públicas para aferir sua compatibilização com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, CF). Esse controle não fere o princípio da separação dos Poderes, entendido como vedação de interferência recíproca no exercício das funções do Estado. Consequentemente, o Judiciário pode intervir nas políticas públicas – entendidas como programas de ações do Poder Público objetivando atingir os objetivos

fundamentais do Estado – quer para implementá-las, quer para corrigi-las quando equivocadas. Há limites postos à intervenção do Judiciário em políticas públicas. Tais limites são: i. a restrição à garantia do mínimo existencial; ii. A razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a irrazoabilidade da escolha do agente público; iii. A reserva do possível. (OLIVEIRA, 2013, p. 23-24)

A luz dos limites do judiciário na intervenção de políticas públicas, elucidado do professor James Eduardo, podemos trazer nesse momento as decisões do judiciário apresentadas anteriormente, quais sejam, aquelas referentes aos conflitos de competência na concessão de medicamentos e, ainda, as decisões que deferem medicamentos/tratamentos de alto custo, não inseridos no rol do SUS, sem que haja um estudo aprofundado sobre a efetividade do procedimento no tratamento da moléstia da parte demandante. Ora, opondo as jurisprudências citadas frente aos limites do judiciário na intervenção de políticas públicas, é possível observar claramente que o Poder Judiciário ultrapassa, nessas ocasiões, a linha delimitante do Sistema de Freios e Contra Pesos e, conseqüentemente, acaba adotando uma postura, por vezes, ativista.

Nas decisões acerca da competência solidária dos entes federais em compor o polo passivo, por exemplo, não há razoabilidade em compelir um ente federal a arcar com ônus de custear um medicamento, visto que, muitas vezes, não é de sua competência tal fornecimento, de acordo com as regras de repartição da administração pública. Da mesma forma que a obrigar um ente federal a fornecer um medicamento de alto custo, o qual não é padronizado pelo SUS, sem um estudo aprofundado sobre a real efetividade de tal medicamento em detrimento daqueles já padronizados, além disso, ofende diretamente a reserva do possível, já tratada anteriormente e destacada, também, nos limites do judiciário na intervenção de políticas públicas, elucidados acima pelo professor James Eduardo Oliveira.

Nesse passo, ao mesmo tempo que é necessário que o judiciário intervenha em algumas situações para a efetividade do Sistema de Freios e Contra Pesos, também é importante que o mesmo atente-se aos limites estabelecidos por esse sistema, conduta essencial para a manutenção da democracia e respeito ao princípio da Separação dos Poderes.

Assim, tocante à questão das competências, sem digressões, cabe ao Poder Judiciário adotar uma postura razoável, respeitando as regras de repartição administrativa já pré-estabelecidas, direcionando o cumprimento da obrigação ao ente federal responsável pela concessão do referido medicamento ou tratamento. Concernente às decisões que deferem medicamentos de alto custo, além de observar a razoabilidade e o princípio da reserva do

possível para que não adote uma postura ativista, o judiciário pode aderir ao Núcleos de Apoio Técnico (NAT), como será disposto no próximo tópico.

5.4 - CONSULTA AOS NÚCLEOS DE APOIO TÉCNICO DO PODER JUDICIÁRIO (NATJUS)

Visando capacitar profissionais da área médica que integram os Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NATJUS), criado pela Resolução 238/2016 com o objetivo de assistir magistrado com informações técnicas, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Ministério da Saúde assinaram o Termo de Cooperação n. 21/2016, destinado à proporcionar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais substrato técnico, com embasamento científico, para auxiliar nas decisões das ações relacionadas à área da saúde. A partir da celebração do referido criou-se o projeto Banco Nacional de Pareceres – Sistema E-NATJUS.

Os núcleos emitem Notas Técnicas, que são documentos de caráter científico, desenvolvidas pelos técnicos dos Núcleos de Apoio ao Judiciário, as quais, a pedido dos magistrados, visam esclarecer, preliminarmente, questões clínicas sobre o caso judicial em questão. Além disso, os núcleos também são responsáveis por fornecer Pareceres Técnico-Científicos, documentos capazes de responder, de forma sumária, porém com o melhor embasamento científico disponível, questões sobre os potenciais efeitos, benefícios e riscos, de um medicamento ou tratamento para uma condição de saúde do indivíduo. Tal parecer pode resultar nas seguintes conclusões, constantes no site do próprio CNJ:

[...] (a) conclusões suficientes para indicar e embasar cientificamente o uso de uma tecnologia; (b) conclusões suficientes para contraindicar seu uso; (c) apenas identificar que as evidências disponíveis são insuficientes (em termos de quantidade e/ou qualidade) e sugerir que recomendações, para seu uso ou não, não podem ser levantadas considerando o conhecimento atual. (CNJ, s.d.)

No sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça é possível, ainda, identificar a finalidade de tal sistema, qual seja:

[...] reduzir a possibilidade de decisões judiciais conflitantes em temas relacionados a medicamentos e tratamentos, concentrar em um único banco de dados notas técnicas e pareceres técnicos a respeito dos medicamentos e procedimentos, bem como facilitar a obtenção de dados estatísticos pelos agentes (médicos, juízes, advogados, etc) que atuam e acionam o sistema, permitindo a obtenção de relatórios circunstanciados sobre os vários temas da Judicialização da Saúde e prevenir a judicialização da saúde, já que disponibilizará publicamente os pareceres e notas técnicas, evitando a formalização de pedidos cujos tratamentos não são recomendados. (CNJ, s.d.)

O sistema, ao que parece, é uma ótima forma de resolver alguns problemas abordados na presente monografia, visto que o judiciário, ao se valer de um apoio técnico-científico,

pode evitar que sua decisão liminar não seja tomada apenas diante da narrativa que apresenta o autor da demanda na peça vestibular. Com a referida plataforma, essas decisões poderão ser tomadas com base em pareceres e notas técnicas, considerando a evidência científica, “inclusive com abordagem sobre medicamentos similares já incorporados pela política pública, aptos a atender o autor da ação sem a necessidade de se buscar o fármaco ainda não incorporado, mas requerido pelo demandante.” (CNJ, s.d.)

Ocorre, que o sistema ainda é pouco utilizado pelos magistrados no país, segundo levantamento feito no ano de 2020, constante no site do próprio CNJ, alguns estados sequer haviam utilizado o sistema até esse último levantamento, como é o caso de Mato Grosso, vejamos o dados de utilização por estado:

	Medicamento	Procedimento	Produto	Total Geral
AC	32	101	14	147
AL	21	8	4	33
AM	9	3	2	14
AP	2	3	-	5
BA	611	395	101	1107
CE	66	-	2	68
DF	1	2	-	3
ES	25	13	1	39
GO	3	2	-	5
MA	28	12	1	41
MG	418	104	29	551
MS	50	124	9	183
MT	-	-	-	-
PA	2	-	-	2
PB	47	14	9	70
PE	18	6	2	26
PI	3	1	-	4
PR	587	40	33	660
RJ	5	3	2	10
RN	66	71	7	144
RO	11	5	1	17
RR	2	-	-	2
RS	447	56	23	526
SC	1382	83	60	1525
SE	7	6	-	13
SP	58	39	9	106
TO	-	1	-	1
Total Geral	3901	1092	309	5302

Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 2020.

Os números acima são muito baixos, principalmente em face da quantidade de demandas judiciais que são protocoladas todos os dias por todo o país. Principalmente a questão de deferimento, ainda que liminar, de medicamentos de alto custo poderia ser claramente combatida com a adoção de tal sistema pelos magistrados, visto que haveria de fato um estudo técnico-científico sobre o tratamento ou medicamento necessário ao demandante, não compelindo os entes públicos à arcarem com ônus financeiro de custear um medicamento que poderia ser substituído por outro constante na rede pública.

6 - CONCLUSÃO

Vimos que a construção a qual levou ao cenário de judicialização da saúde que vive o nosso país onde, conseqüentemente, convergiu na postura ativista do judiciário em alguns sentidos, passou muito pela importância dos direitos e garantias fundamentais, inerentes aos seres humanos. Esses direitos, por sua vez, relacionados à dignidade, liberdade e igualdade, foram evoluindo e sendo moldados ao longo do tempo, surgindo antes mesmo do nascimento Cristo, ganhando força e espaço após as revoluções e conflitos por todo o mundo e tendo sua consolidação internacional de forma definitiva apenas no século passado, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948.

Foi possível estabelecer também a relação que o cenário de judicialização e ativismo judicial tem com a nossa Constituição Federal promulgada em 1988 após um período de ditadura, onde a Carta Magna preocupou-se em garantir direitos fundamentais, como o direito à vida e à saúde de um forma notoriamente abrangente e convicta. Respalda pela Constituição, o judiciário, ao ser acionado pela população, profere decisões que visam garantir o acesso de todos aos direitos fundamentais citados, que parece, de plano, ser bastante acertado, não fosse pelo fato de algumas dessas decisões adotarem uma postura ativista, que interfere diretamente no princípio da separação do poderes.

Notamos que é justamente nesse ponto que surge o ativismo judicial em discussão, tendo em vista que possuímos a divisão dos poderes estabelecida como um dos princípios mais importantes do direito brasileiro. Porém, devido às grandes demandas da área da saúde, que não conseguem ser atendidas em sua totalidade pelo poder público, aliado ao surgimento do neoconstitucionalismo, onde intensificou-se a importância dos direitos fundamentais que culminou em um pendor judicialista dos problemas, surge o ativismo judicial, fenômeno que afronta, sem dúvidas, ao princípio supracitado.

O ativismo judicial, como descrito por diversos doutrinadores, juristas e professores citados ao longo do presente trabalho, está relacionado à uma postura mais ativa do Poder Judiciário, que busca consolidar os valores constitucionais, mas, em alguns contextos, acaba impondo condutas ou abstenções ao Poder Público, especialmente em matéria de políticas públicas, que é justamente o teor dos exemplos trazidos nesta monografia, o que pode ser uma risco à manutenção da democracia no Brasil.

Alguns dos exemplos citados, foram relacionados ao deferimento de pedidos os quais requer-se a concessão de um tratamento, mesmo o autor da demanda já estando na fila de espera do SUS. Ressaltou-se que tal fila já é constituída administrativamente pelo Poder Público, mediante uma análise da gravidade do estado de cada paciente, dessa forma,

incabível ao Poder Judiciário alterar a ordem dessa fila, colocando um paciente à frente de outro pelo simples fato de esse ter entrado com uma demanda judicial, muitas vezes por ter mais acesso à informação e poder aquisitivo.

Outro ponto trazido ao bojo da discussão foi relacionado ao conflito de competências entre os entes federais, onde o judiciário em muitas vezes não vem observando as regras estabelecidas, tocante à repartição administrativa da responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos instituídos pelo SUS. É preciso que um poder respeite as regras estabelecidas pelos demais, para que haja harmonia e independência entre eles, assim, não cabe ao judiciário compelir um ente federal, não responsável pelo fornecimento de uma medicação, à arcar com o ônus financeiro de uma demanda judicial.

Por fim, analisamos que os magistrados vêm deferindo a concessão de medicamentos e tratamentos de alto custo, muitas vezes não padronizados pelo SUS, sem um estudo aprofundado sobre a real efetividade e o custo-benefício de tais substâncias ou procedimentos, afetando diretamente no orçamento do ente federal compelido a cumprir com a obrigação de fornecimento dos mesmos.

Ante as decisões analisadas e ao risco que elas podem representar para a separação dos poderes e, concomitantemente, à manutenção da democracia no país, apresentaram-se como viáveis alguns princípios e ferramentas que podem auxiliar na resolução da problemática suscitada. São eles: o princípio da reserva do possível, visto que o judiciário deve observar a razoabilidade da decisão em relação ao orçamento da máquina pública; o princípio da primazia do interesse público sobre o interesse individual, à medida que os magistrados devem serem cautelosos para não colocarem os interesses de alguns acima do interesse de outros; a observância do Poder Judiciário ao sistema de freios e contrapesos, no sentido de não ultrapassar os limites desse sistema e respeitar as regras estabelecidas pelos outros poderes; e a aderência aos Núcleos de Apoio Técnico, que surgem como uma solução notoriamente viável à resolução da questão do fornecimento de medicamentos de alto custo.

Ante todo o exposto, deduzimos que o tema traz grande relevância jurídica e merece espaço para discussão, visando a conscientização dos operadores do direito e, conseqüentemente, do Poder Judiciário como um todo, para que volte sua atenção à essas decisões consideradas ativistas, adotando uma postura mais democrática e correlata com princípios basilares do direito. Salienta-se, ainda, que cabe também aos demais poderes trabalharem no aprimoramento das políticas públicas, almejando a melhora do setor de saúde no Brasil, o que leva, paralelamente, à uma diminuição das demandas judiciais nesse sentido.

7 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 187.

ARAGÃO, Selmo Regina. **Direitos Humanos: do Mundo Antigo ao Brasil de Todos**. 3ª.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo, 2005, p.03. Disponível em:
https://acesso.cesmac.edu.br/admin/wp-content/uploads/2021/10/BARROSO-neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf . Acesso: 01 out. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. CNJ, Brasília, 2009. Disponível em:
<http://www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view.php?id=47743>. Acesso em: 08 out. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015, p.266 e 442.

BRANDÃO, Rodrigo. **São os Direitos Fundamentais Cláusulas Pétreas? Em que Medida?** In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.20.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1824. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 set. 2022.

BRASIL. **Portaria nº 1.554, de 30 de julho de 2013**. Dispõe sobre as regras de financiamento e execução do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em:
https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1554_30_07_2013.html. Acesso em: 03 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Especial nº 855178**. Relator: Min. Luiz Fux. 05 de março de 2015. Disponível em:
<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/311628839/inteiro-teor-311628848>. Acesso em: 03 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 855178**. Relator: Min. Luiz Fux. 23 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/861515103>. Acesso em: 03 out. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Sistema e-NatJus**. Brasília, DF, s.d. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/forum-da-saude-3/e-natjus/>. Acesso em: 16 out. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **NAT-JUS Nacional**. Brasília, DF, s.d. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/forum-da-saude-3/nat-jus-nacional/>. Acesso em: 16 out. 2022.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006, p.33 e 35. Disponível em: <https://www.bdt.uerj.br:8443/bitstream/1/9555/1/Carlos%20Alexandre%20texto%20completo.pdf>. Acesso em: 25 set. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 559.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 238 e 239.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Luta pelos Direitos Humanos**. In: LOURENÇO, Maria Cecília França. **Direitos Humanos em Dissertações e Teses da USP: 1934-1999**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2000, p.54.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Mandado de Segurança Cível nº 07484749120208070000**. Relatora: Des. GISLENE PINHEIRO. 14 de junho de 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/1236151170/inteiro-teor-1236151200>. Acesso em: 04 out. 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1998.

FIORAVANTI, Maurizio. **Los Derechos Fundamentales**. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2003.

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Mandado de Segurança nº 5493365.68.2019.8.09.0000**. Relator: Des. Maurício Porfírio Rosa. 28 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/558/617>. Acesso em: 03 out. 2022.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? **Migalhas**, 23 jun. 2009. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/87133/o-stf-esta-assumindo-um--ativismo-judicial--sem-precedentes>. Acesso em: 25 out. 2022.

HEERDT, Mauri Luiz; LEONEL, Vilson. **Metodologia Científica e da Pesquisa**. Palhoça: UnisulVirtual, 2007, p.66 e 67. Disponível em: http://www.fatecead.com.br/mpc/aula01_ebook_unisulvirtual.pdf. Acesso em 02 set. 2022.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **Curso de Derechos Fundamentales**: Teoría General. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana**: Princípio Constitucional Fundamental. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. **Apelação Cível nº 00045404620168110003**. Relator: Des. Gilberto Lopes Bussiki. 06 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mt/888885490>. Acesso em: 02 out. 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.220 e 780.

MENEZES FILHO, Naercio. **A situação da saúde no Brasil**. Observatório de informações municipais, 2010. Disponível em: http://www.oim.tmunicipal.org.br/?pagina=detalhe_noticia¬icia_id=18053. Acesso: 09 out. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 10699190041573001**. Relator: Des. Jair Varã. 26 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/1270116453>. Acesso em: 02 out. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 10056120127784005**. Relator: Des. Armando Freire. 18 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/944284906>. Acesso em: 03 out. 2022.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional Tomo IV**. 3ª. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000, p.17.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 167-168.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p.01. *E-book*. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro. **Comentários à Constituição Federal: princípios fundamentais** – arts. 1º a 4º. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.211.
COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.92.

ORDACGY, André da Silva. **A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão**. Revista da Defensoria Pública da União, Brasília, n. 1, 2009, p.16. Disponível em: http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf. Acesso: 24 set. 2022.

PARAÍBA. 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de João Pessoa. **Processo nº 0852844-47.2019.8.15.2001**. Autora: Suely Cristina Silva de Oliveira Albuquerque. 19 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/558/617>. Acesso em: 03 out. 2022.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 8º. ed. São Paulo: Método, 2012, p.103.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.135 e 127.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70076577717**. Relator: Des. Eduardo Delgado. 09 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/546999205>. Acesso em: 03 out. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação nº 70081300865**. Relator: Des. Antônio Vinícius Amaro da Silveira. 29 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/825259399>. Acesso em: 04 out. 2022.

RUBIO, Valle Labrada. **Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos: Fundamento. História. Declaracion Universal de 10 de diciembre de 1948**. Madrid: Civitas, 1998.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Recurso Inominado nº 03004078320148240070**. Relator: Des. Sílvio Dagoberto Orsatto. 22 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/548853176>. Acesso em: 03 out. 2022.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Recurso Inominado nº 50008924820208240139**. Relator: Des. Márcio Rocha Cardoso. 08 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/1584970003>. Acesso em: 04 out. 2022.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Recurso Cível nº 50006227820218240045**. Relator: Des. Marcelo Pons Meirelles. 16 de março de 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/1426765480/inteiro-teor-1426765485>. Acesso em: 02 out. 2022.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação n° 50032314520198240064**. Relator: Des. Hélio do Valle Pereira. 02 de agosto de 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/1601059713>. Acesso em: 02 out. 2022.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Podcast da AMC: judicialização da saúde triplica e representa desafio para magistratura**. Santa Catarina, 2021. Disponível em: https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/podcast-da-amc-judicializacao-da-saude-triplica-e-representa-desafio-para-magistratura?p_1_back_url=%2Fpesquisa%3Fq%3Dn%25C3%25BAcleo%2Bde%2Bapoio%2Bt%25C3%25A9cnico. Acesso em 15 out 2022.

SÃO PAULO. 2ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo. **Processo n° 1064825-44.2018.8.26.0053**. Autor: José Barreto Guimarães. 27 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/558/617>. Acesso em: 03 out. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação n° 10067813620208260320**. Relator: Des. José Maria Câmara Júnior. 06 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1190087980>. Acesso em: 04 out. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 265 e 286.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.10. Disponível em: http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf. Acesso: 01 out. 2022.

SCHWABE, Jurgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad-Adenauer, 2005, p. 663. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/jurisprudencias-e-pareceres/jurisprudencias/docs-jurisprudencias/50_anos_dejurisprudencia_do_tribunal_constitucional_federal_alemao.pdf. Acesso em: 28 set. 2022.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.572.

VALE, André Rufino do. **Aspectos do neoconstitucionalismo**. Revista brasileira de direito constitucional, v. 9, n. 1, 2007, p. 69.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no estado democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin**. 2011. Tese (Doutorado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011, p. 75. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_VitorioTB_1.pdf. Acesso em: 05 out. 2022.