



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
EMERJ

ATIVISMO JUDICIAL INTERPRETAÇÃO DO DIREITO COMO FORMA DE  
GARANTIA DO ACESSO AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Verna Lorena Milho Guedes

Rio de Janeiro  
2017

VERNA LORENA MILHO GUEDES

ATIVISMO JUDICIAL INTERPRETAÇÃO DO DIREITO COMO FORMA DE  
GARANTIA DO ACESSO AO FORNENCIMENTO DE MEDICAMENTOS

Artigo Científico apresentado como  
exigência de conclusão de Curso de Pós-  
Graduação *Lato Sensu* da Escola de  
Magistratura do Estado do Rio de  
Janeiro. Professores Orientadores:  
Mônica Areal  
Néli Luiza C. Fetzner  
Nelson C. Tavares Junior  
Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro  
2017

## ATIVISMO JUDICIAL INTERPRETAÇÃO DO DIREITO COMO FORMA DE GARANTIA DO ACESSO AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Verna Lorena Milho Guedes

Graduada pela Faculdade de Direito  
Cândido Mendes. Advogada.

**Resumo:** o presente artigo realiza uma análise teórico-constitucional do direito à saúde, especificamente ao fornecimento de medicamentos, demonstrando que o fenômeno do ativismo judicial é meio apto a satisfação do bem pretendido por meio da ação judicial cabível. A Constituição Federal consagrou a saúde como direito fundamental, entretanto, as políticas públicas necessárias à sua implementação não são efetivadas pelos poderes legitimamente constituídos para fazê-lo. Diante da omissão e inércia do Poder Legislativo e Executivo, fundamentada no alegado princípio da reserva do possível e escassez de recursos financeiros, o judiciário é instado para se manifestar sobre a concretização e interpretação das normas constitucionais com a finalidade de conferir-lhe efetividade, interferindo na atuação dos demais poderes. Como consequência surge o ativismo judicial, que resulta na legitimação extraordinária do Poder Judiciário, atuando de forma proativa como garantidor do direito fundamental ao acesso à saúde, sem necessariamente configurar violação ao princípio da separação dos poderes.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Direito à saúde. Medicamentos. Ativismo Judicial, omissão. Instrumento de garantia. Efetivação das políticas públicas. Separação dos Poderes.

**Sumário:** Introdução. 1. Efetivação do direito à saúde face o princípio da reserva do possível. 2. Ativismo Judicial decorrente da omissão dos demais poderes. 3. Intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas: fornecimento de medicamentos. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho enfoca a necessidade da atuação de forma ativa das funções constitucionalmente atribuídas ao Poder Judiciário que é legitimidade diante da omissão dos demais poderes, sendo necessária para efetivação do direito e garantia constitucional à saúde e o fornecimento de medicamentos.

O poder judiciário através de suas decisões visa a impor o cumprimento das obrigações essenciais para concretização de políticas pública. Diante da situação concreta, por meio do exercício regular do direito de ação, o magistrado quando matéria versa sobre à saúde, deve ao realizar a análise das normas e preceitos legais resguardar o bem de maior relevância jurídica, a vida, e conseqüentemente visar sua manutenção por meio da concessão da chancela legal para o acesso do tratamento médico indicado ao caso.

Configurada situações excepcionais, o Poder Judiciário tem o poder-dever de agir de

forma a positivar e impor o cumprimento das políticas públicas. Portanto, diante da omissão dos demais poderes, surge a necessidade de intervenção do Judiciário, sem, contudo, necessariamente configurar extrapolação das funções ou violação ao princípio da separação dos poderes.

As decisões judiciais proferidas nessas hipóteses, que versam sobre o direito à obtenção de medicamentos necessários à manutenção da saúde, são fundamentais para reafirmar a proteção à dignidade da pessoa humana, tutelada pelo ordenamento jurídico e meio apto para manutenção da própria vida.

Não se trata de criação de um novo poder, mas, sim, de garantir a manutenção dos pilares estruturais do Estado Democrático de Direito, realizando uma interpretação da norma que visa a efetivar a garantia do direito constitucionalmente atribuído ao cidadão: acesso ao medicamento necessário para tratamento de sua saúde. No presente trabalho, verifica-se a necessidade de o Poder Judiciário atuar de forma proativa, capaz de configurar o ato decisório como ativismo judicial, em decorrência da relevante omissão dos demais poderes. Apesar do Poder Judiciário não ter sua composição formada por membros eleitos democraticamente, ou seja, não possuir representação popular, determinadas situações, exigem que este órgão responda aos anseios almejados pela sociedade, o que resulta na necessidade de reconhecimento de sua legitimação da atuação ativista para proteção e garantia da efetividade das normas constitucionais.

O primeiro capítulo, aborda a atuação do Poder Judiciário e suas decisões condenatórias em face do Estado, sentido amplo, quando presente a colisão de direitos: previsão orçamentaria – prerrogativa de interesse do Estado- e o direito à saúde. Evidente, que realizada uma ponderação de valores, resta prevalente o direito à saúde e a vida em detrimento a regra orçamentaria, uma vez que, deve ser extraída a máxima efetividade jurídica da norma constitucional ao bem de maior valor jurídico, não obstante a condenação a mera alegação ao princípio da reserva do possível.

No segundo capítulo, discute-se o ativismo judicial como resultado necessário decorrente da relevante omissão dos demais poderes, o que, não afronta a autonomia e independência dos poderes. Não resta violado o princípio da separação dos poderes, a postura proativa do judiciário resulta no favorecimento e fortalecimento da democracia. O ativismo judicial mostra-se como forma de garantir o direito constitucional à saúde, instando a se manifestar deve o Poder Judiciário buscar dar efetividade e cumprir o disposto na Constituição Federal.

O terceiro capítulo trata da intervenção do Poder judiciário nas políticas públicas para

assegurar a concessão do fornecimento de medicamentos quando a Administração Pública não cumpre a obrigação que lhe foi outorgada pela Constituição. Análise da legitimidade do Poder Judiciário para decidir sobre questões de políticas públicas destinadas a efetivação do direito à saúde adotadas pelo ente estatal, decorrente da conveniência e limitação orçamentaria.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa.

## 1. EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

A Constituição Federal de 1988 consagrou a saúde como um bem jurídico essencial e um direito humano fundamental, erigido como direito de todos e dever do Estado, como dispõe o artigo 196. A saúde como direito de prestação exige atuação do Estado no sentido de fornecer serviços e bens materiais ao titular do direito, cuja titularidade é universal, serve também como parâmetro e limitação para organização e atuação dos poderes públicos constituídos. De tal afirmação decorre a obrigação dos entes políticos que integram a organização Federativa do Estado Brasileiro, o dever de adotar medidas que visem a proteção e efetivação do acesso à saúde, sob pena de não o fazendo, resultar em descumprimento do preceito constitucional. A responsabilidade para assegurar o direito à saúde é solidária e comum do Poder Público, podendo ser pleiteada de qualquer dos entes federativos.

O art. 6º da CRFB/882, dispõe que a saúde é também um direito social, que, na condição de direito humano fundamental as normas devem ser dotadas de plena eficácia, como forma de assegurar o mínimo de condições para desenvolvimento da vida e da dignidade da pessoa humana. Trata-se de um direito subjetivo que garante a todos os cidadãos o acesso universal e igualitário às ações e serviço para a promoção, proteção e recuperação, abrangendo

---

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 12 jul. 2017. “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”.

<sup>2</sup> Id. Constituição da República Federativa do Brasil. “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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)”

também a cura e a prevenção de doenças de forma a assegurar a integridade física e psíquica diretamente interligada a dignidade da pessoa humana. A Carta Magna adotou a concepção de saúde de forma abrangente, reconhecendo-a como direito humano, observa-se que conforme definido no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS) a saúde “é o completo bem-estar físico, mental e social e não consiste apenas em a ausência de doença ou de enfermidade<sup>3</sup>”.

Da análise do direito à saúde pelo exame dos dispositivos constitucionais através de sua contextualização decorre o direito à vida e da proteção da dignidade humana. No Capítulo da Ordem Social, foi reservada uma Seção específica referente a Seguridade Social tratando expressamente da Saúde. O artigo 193 da CRFB/884, dispõe como objetivo o bem-estar que caracteriza a saúde como um direito de justiça social. O art. 198, do mesmo diploma legal, em linhas gerais, tangencia a organização do Sistema Único de Saúde (SUS)<sup>5</sup>. Por certo que os citados dispositivos não esgotam a matéria abordada, que para a compreensão em sua totalidade devem ser conectadas de forma axiológica para a proteção constitucional do direito à saúde.

O princípio da máxima efetividade das normas constitucionais e de sua eficácia social contrapõe-se aos limites que lhe são impostos: reserva da consistência, reserva do possível e o princípio da proporcionalidade. A dificuldade é dar efetividade as normas constitucionais que asseguram o direito fundamental de acesso à saúde, tendo em vista, a limitação material de orçamento, que em regra, provêm da receita tributária e outras formas de arrecadação do Estado. A problemática é apurar se a mera alegação de ausência de recursos é capaz de obstar à possibilidade jurídica de disposição na alocação de recursos materiais e humanos na consecução do serviço público essencial.

Ao realizarem a análise da origem e dos aspectos históricos do princípio da reserva do possível “Vorbehalt des Möglichen”, Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo<sup>6</sup> esclarecem fazendo referência a posição doutrinária do autor Canotilho<sup>7</sup> que “a construção teórica da reserva do

---

<sup>3</sup> UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO- USP. Disponível em:<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/O-MS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

<sup>4</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, op. cit., “Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”

<sup>5</sup> Id. Constituição da República Federativa do Brasil. “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.

<sup>6</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 29.

<sup>7</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 108.

possível tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir dos anos de 1970.” Na decisão que ficou conhecida como *numerus-clausus Entscheidung*, em que grupo de candidatos a vagas nas faculdades públicas de Medicina lograram êxito em ingressar nas instituições de ensino, em razão dos critérios de admissão que limitavam o número de vagas. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha “*Bundesverfassungsgericht* ou *BVerfG*” inovou ao utilizar a teoria da reserva do possível, esclarecendo ser necessária a observância da razoabilidade nas ações em desfavor do Estado. Nas palavras dos doutrinadores citados<sup>8</sup>, o Tribunal Alemão entendeu que, a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade.

Com relação à saúde, os responsáveis pela sua efetivação, devem diante da indisponibilidade fática ou jurídica de recursos deliberar de forma responsável a sua destinação, buscando aprimorar a gestão do orçamento público, otimizando os recursos, e, minimizando os efeitos da reserva do possível. Neste sentido, desenvolvendo o aspecto da indisponibilidade de ordem fática na reserva do possível, tem-se o posicionamento na doutrina de Roberto Torres Lobos<sup>9</sup>, que afirma:

no Brasil, portanto [a reserva do possível], passou a ser fática, ou seja, possibilidade de adjudicação de direitos prestacionais se houver disponibilidade financeira, que pode compreender a existência de dinheiro somente na caixa do Tesouro, ainda que destinado a outras dotações orçamentárias! Como o dinheiro público é inesgotável, pois o Estado sempre pode extrair mais recursos da sociedade, segue-se que há permanentemente a possibilidade fática de garantia de direitos, inclusive na via do sequestro da renda pública! Em outras palavras, faticamente é impossível a tal reserva do possível fática!

A saúde é matéria de caráter emergencial e os órgãos do Poder Judiciário devem zelar pela máxima efetividade do cumprimento das normas constitucionais, conforme dispõe o art. 5º, §1º da CRFB/88. As decisões judiciais que examinam atos do poder público devem aplicar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, observando os critérios de adequação e necessidade, como forma de atingir um patamar eficiente para a realização e garantia do acesso à saúde. Neste sentido, assevera Canotilho<sup>10</sup> que:

rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.

A utilização argumentativa do princípio da reserva do possível pelo Poder Público

---

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 110.

<sup>10</sup> CANOTILHO, op. cit., p.481.

como forma de defesa genérica não deve ser óbice capaz de impedir a atuação judicial em face da omissão estatal. Sobre o tema, na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>11</sup> temos o Enunciado da Súmula n. 241: “Cabe ao ente público o ônus de demonstrar o atendimento à reserva do possível nas demandas que versem sobre efetivação de políticas públicas estabelecidas na Constituição”.

Em termos jurídicos–normativos deve ser priorizada a hierarquia impondo como prioridade constitucional a efetividade do acesso ao direito fundamental à saúde em detrimento da legislação orçamentária, valorizando padrões mínimos de justiça social e a própria dignidade da pessoa humana. Na esfera das prestações que dizem respeito à saúde deve ser preservado o mínimo existencial em prevalência da própria vida, sendo, inaceitável obstaculizar a plena eficácia e efetividade, incluindo a sua exigibilidade na prestação de um direito subjetivo e urgente, portanto, a tese da reserva do possível, deve ser analisada com cautela, não sendo capaz, de por si só afastar a responsabilidade do Estado.

## 2. ATIVISMO JUDICIAL DECORRENTE DA OMISSÃO DOS DEMAIS PODERES

A Constituição da República no art. 2º estabelece como cláusula pétrea o princípio da separação dos poderes entre o Legislativo, Executivo e Judiciário, cada um desses poderes exerce funções típicas e secundárias, de forma harmônica e independentes entre si.

A omissão, inércia, ausência de recursos e a ineficiência dos serviços públicos ligados à saúde resultam na abstenção do cumprimento por parte do Poder Público das políticas sociais, com enfoque no fornecimento de medicamentos, surgindo a necessidade da atuação do Judiciário, que tem sido instado a se manifestar para efetivar os direitos fundamentais de maneira a garantir a supremacia das normas constitucionais. Se incumbe ao ente estatal por análise de conveniência e oportunidade administrar e definir nos limites orçamentários os gastos com políticas públicas destinada a concretizar os direitos sociais, de outro lado, cabe ao Judiciário a função de cumprir efetivamente os direitos sociais disposto no texto constitucional.

O resultado dessa omissão é o ajuizamento de várias ações com a finalidade de obter

---

<sup>11</sup>BRASIL. Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Processo Administrativo n. 0014104- 12.2011.8.19.00 00. Relator: Desembargador José Geraldo Antônio. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/reserva-do-possivel.pdf>>. Acesso em 15 abr. 2017.

a tutela do poder judiciário que assegure o direito ao medicamento necessário para manutenção de uma vida digna. Com relação à origem do ativismo judicial para Luís Roberto Barroso<sup>12</sup> o surgimento ocorreu com a decisão de segregação racial proferida pela Suprema Corte Americana, elucidando breve definição histórica:

Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, (...) produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) [...]

A doutrina elenca vários conceitos para definição do ativismo judicial, entretanto, entende-se ser uma postura proativa contributiva para o direito, e ocorre pelas decisões proferidas pelo Poder Judiciário. No caso concreto o magistrado através de interpretação hermenêutica expansiva busca concretizar o valor da norma constitucional para solucionar o litígio e atender as necessidades decorrentes da omissão legislativa ou executiva.

### 3. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS: FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

É possível constatar que atualmente há na prática das funções exercidas pelos poderes democráticos uma dificuldade na sua separação, resultando numa disputa e desequilíbrio ante a falta de atuação e ineficiência do Legislativo e o Executivo. Em tese o Judiciário vem preenchendo as lacunas e exercendo competências que deveriam ser dos demais poderes, questões relevantes são submetidas a seu crivo e julgamento sendo necessária a análise no que tange a legitimidade e constitucionalidade. Faz-se necessário que o judiciário adote uma postura proativa e eficaz exercendo com plenitude as funções que lhe foram constitucionalmente atribuídas exigindo uma atuação do juiz constitucional para efetivar o direito ao acesso à saúde

---

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*. 4. ed. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

através do fornecimento do medicamento necessário quando há omissão nesta seara. Não se trata de inovação ou interpretação jurídica apta a usurpar competência atribuída a outro poder, mas, de uma atuação em conformidade com o constitucionalismo moderno, neste sentido, com relação a limitação da atuação jurídica por parte do Judiciário transcrevemos as considerações realizadas pelo doutrinador Flávio Hiroshi Kubota<sup>13</sup>:

as normas de competência servem de parâmetro delimitador das situações em que o juiz constitucional está autorizado a exercer jurisdição, sendo importante para identificar as situações em que o juiz constitucional deve efetivamente atuar, nas hipóteses em que estão presentes todos os pressupostos processuais previstos na Constituição, ou se abster, nas hipóteses em que se constata a ausência dos referidos pressupostos.

Não é matéria passível de análise discricionária de oportunidade e conveniência por parte da Administração Pública, sendo evidente que deve existir recursos financeiros para sua efetivação, não bastando a mera alegação, mas, a efetiva demonstração de indisponibilidade material. Inexistindo a implementação do direito ao acesso ao medicamento pretendido para manutenção da saúde deve o Poder Judiciário quando instado a se manifestar buscar viabilizar a implementação do direito amparada constitucionalmente, não resultando a atuação em retrocesso, quando possível sua efetivação sem que configure violação as normas de competência constitucional dos poderes.

A ausência de efetividade ao fornecimento de medicamentos, direito social de acesso à saúde garantido constitucionalmente, ocorre em decorrência dos diversos fatores já abordados, mas, primordialmente em razão de esse direito demandar recursos orçamentários que quase sempre o Estado alega estar indisponível. Sinteticamente Victor Hugo Mota de Menezes<sup>14</sup> aduz que:

para solucionar a questão, têm sido exteriorizados diferentes posicionamentos jurídicos, políticos, administrativos e ideológicos, porém, todos unânimes em defender melhor planejamento do Estado e criação de políticas públicas eficazes com a adoção de medidas concretas, traçando estratégias de atuação e demandando prestações positivas por parte do Estado.

De fato, encontram-se muitos obstáculos a serem superados quando se reivindica o direito fundamental constitucional a determinado medicamento, ressaltando que o Judiciário não possui a gestão do orçamento das entidades federadas e, apenas em um processo não é possível abarcar a discussão geral de receitas e despesas públicas; da mesma forma, o regime

---

<sup>13</sup> KUTOBA, Flavio Hiroshi. *Competência do juiz constitucional: limites de atuação à luz da separação dos poderes e do controle de constitucionalidade*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 283.

<sup>14</sup> MENEZES, Vitor Hugo Mota de. *Direito à saúde e reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 95.

democrático constitucional inadmite que o Judiciário idealize políticas públicas sociais, sobre o tema Menezes<sup>15</sup>, em suma, explica que:

[...] se o Judiciário não pode formular e executar políticas sociais, pode, contudo, controlá-las sob o prisma constitucional, especialmente no que tange ao núcleo dos direitos fundamentais. É dizer-se: alguns direitos fundamentais sociais podem ser reivindicados em juízo, sem que isso afronte qualquer estrutura de competência constitucional ou cerceie os pilares da democracia pluralista.

As implementações de políticas públicas demandam investimento e administração na execução do orçamento. Compete ao Estado como ordenamento das despesas vislumbrar os casos nos quais há escassez de recursos. A mera alegação de ausência de orçamento não deve obstaculizar o acesso à saúde condicionando a atuação do Judiciário diante da alegação da reserva do possível.

Com as transformações sociais, o Poder Judiciário, mais próximo da realidade social, deve buscar um caminho alternativo capaz de conceder aos cidadãos a fruição efetiva do direito social de acesso a medicamento. Este direito exige uma prestação positiva por parte do Estado, surge a necessidade de análise dos limites das obrigações e da forma de implementação pelos demais poderes.

É função do Estado efetivar medidas que promovam o bem-estar social, para tanto, os recursos devem ser alocados de maneira adequada e transparente, sendo imprescindível ações planejadas para que os recursos públicos possuam destinação eficiente e com equidade.

O Judiciário tem sido demandado a solucionar as questões relacionadas na área de saúde que deixam de ser implementadas por falta de orçamento, incluindo a concessão de medicamentos. Com relação à competência para a dispensação de medicamentos e tratamentos de saúde a Constituição Federal nada dispõe, a matéria se encontra em atos administrativos federais, estaduais e municipais, a Portaria 3.196/98 do Ministério da Saúde<sup>16</sup> estabelece a Política Nacional de Medicamentos, e, de forma simplificada os demais entes elaboram lista e medicamentos que serão adquiridos e fornecidos a população. Com relação à disponibilização de medicamentos Menezes<sup>17</sup> descreve que:

importa mencionar que cada Município faz sua própria lista – a Relação Municipal de Medicamentos (Remume). Esses itens são adquiridos com recursos próprios dos Estados e dos Municípios, complementados por recursos do Ministério de Saúde. A compra dos medicamentos é uma responsabilidade compartilhada entre Estados e

---

<sup>15</sup> Ibid., p. 95

<sup>16</sup> BRASIL. Ministério da Saúde, Portaria n. 3.916, de 30 de outubro de 1998. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916\\_30\\_10\\_1998.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html)>. Acesso em: 06 jun. 2017.

<sup>17</sup> MENEZES, op. cit., p. 177.

Municípios, bem como a definição dos pontos de oferta dos produtos e os documentos apresentados pelos usuários.

Com o avanço da medicina, a procura por medicamentos que não se encontram na lista, alguns não aprovados pela Anvisa e outros aprovados, mas indisponíveis gratuitamente, resulta na propositura de diversas ações judiciais visando à obtenção do medicamento pretendido. O simples fato de o medicamento prescrito não estar previsto na lista padronizado do SUS, que demora dois anos para ser atualizada, não é óbice capaz de limitar o seu fornecimento. O judiciário deve aplicar a lei de forma casuística impondo ao Poder Público o fornecimento do medicamento que representa consequência indissociável do direito à vida. Logo, a dificuldade encontra-se justamente na conciliação diante do fato que o poder público ao administrar as finanças públicas encontra óbice para efetivação dos direitos sociais sob alegação de déficit no orçamento anual. Por tais motivos é imprescindível dentro do processo realizar a averiguação por meio da produção de provas para que seja assegurado e efetivado a garantia do mínimo existencial para provimento do pleito.

As ações judiciais que buscam a tutela jurídica ao fornecimento de medicamentos têm sido discutidas tanto no plano doutrinário como pelo Judiciário. Ressaltando que em última instância o Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>18</sup>, tem afirmado, em situações excepcionais a efetividade desse direito, correlacionando sua atuação a defesa do mínimo existencial em face da alegação da reserva do possível, não considerando ingerência de um poder sobre o outro, sendo imponível a cláusula da reserva do possível em face do núcleo básico do mínimo existencial. Desta forma incumbe ao Judiciário uma análise da ausência da implementação da política pública mínima capaz de preservar o bem jurídico tutelado de maior relevância protegido constitucional o próprio direito à vida, direito fundamental e passível de aplicação imediata.

O ativismo judicial não se trata nestas hipóteses de uma usurpação de competência do Poder Judiciário sobre os outros poderes, mas, de uma implementação de direitos que deveriam ter sido efetivadas. Menezes<sup>19</sup> contextualiza que: “a justiciabilidade ou acionabilidade nada mais é do que a possibilidade de buscar a concretização e o respeito de um direito por meio do Poder Judiciário, ou seja, é a possibilidade de utilização de mecanismos jurídicos para conferir-lhe efetividade. ”

---

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 232.335/RS. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+232335%2ENOME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bba4e8h> >. Acesso em: 14 jul.2017.

<sup>19</sup> MENEZES apud BARROSO, Luís Roberto. *Direito à saúde e reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2011, p.232.

Apesar de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos diretamente pelo povo através do voto direto, não é crível reconhecer a falta de legitimidade do órgão para efetivar o direito de acesso ao fornecimento de medicamento quando o poder público descumpra sua obrigação de concretizar as normas constitucionais de aplicação imediata. Prosseguindo, com relação ao controle das políticas públicas realizadas pelo Judiciário, o doutrinador Krell<sup>20</sup> discorre aspectos relevantes esclarecendo que:

[...] o Judiciário deve se tornar 'responsável pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança social, deixando o juiz, no atual Estado Constitucional Brasileiro, de ser um funcionário estatal, submetido às hierarquias e ânimos da administração, para tornar-se uma expressão originária de Poder Estatal. (...), no entanto, as questões ligadas ao cumprimento das tarefas sociais como formulação das respectivas políticas, no Estado Social de Direito não estão relegadas somente ao Governo e à Administração Pública, mas têm o seu fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais; a sua observação pode e deve ser controlada pelos tribunais.

Pelo exposto, não se busca a proteção para que o Judiciário exerça a função de criar políticas públicas, mas, compelir o Poder Público à responsabilidade de executar as medidas necessárias para o cumprimento do fornecimento do medicamento que vise a preservar a vida, adequando a conduta da Administração aos objetivos fundamentais do Estado democrático de direito e a prevalência dos direitos humanos.

## CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, através do poder constituinte originário, atribui ao poder judiciário a função de guardião dos valores constantes no texto constitucional, conferindo-lhe destaque na sociedade. A atuação dos poderes deve ser pautada nos limites impostos, em verdade, trata-se de observância obrigatória do sistema democrático e a preservação do Estado de Direito. Nesse sistema surge o ativismo judicial, como resultado de inúmeras demandas sociais não atendidas pelo Poder Executivo e Legislativo, que necessitam serem satisfeitas por meio da ação judicial cabível, o presente trabalho se desenvolve especificamente com relação ao direito fundamental à saúde, indispensável ao maior bem

---

<sup>20</sup> KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Fabris S.A, 2002, p. 97 e 100.

jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico – a manutenção da vida.

O esforço para implementar políticas públicas que efetivem o direito social de acesso ao fornecimento de medicamentos possui prioridade em razão de estar intimamente ligado a manutenção da vida. Não deveria caber ao judiciário a decidir sobre questões que envolvam políticas públicas, entretanto, se mostra imprescindível sua atuação em razão da ausência de ações do Poder Legislativo e Executivo que visem solucionar a questão na seara administrativa, sem a necessidade de buscar a tutela jurisdicional para obter o medicamento necessário ao tratamento indicado.

O princípio da solidariedade do sistema visa que a saúde seja executada através da participação direta da comunidade em decorrência inclusive da prioridade da matéria, incluindo a participação da sociedade em audiências públicas que determinam e limitam a previsão orçamentaria e alocação de recursos em setores predeterminados.

É preciso que seja aperfeiçoado um mecanismo de colaboração no qual haja um sistema de dados informativos, com diálogo permanente entre os Gestores Públicos, dentre eles o Poder Judiciário, visando elencar os medicamentos mais procurados e que possuem sua concessão fornecida por meio de decisões judiciais. A comunicação integrada evidencia-se como forma de melhoria no fornecimento de medicamentos, otimização dos recursos públicos e para propiciar um sistema apto a responder as necessidades da população; diminuindo o acesso ao judiciário em demandas que buscam a condenação do Estado a obrigação de fazer, e, que, devido à demora na prestação pode resultar em grande sofrimento em razão da ausência do fornecimento do medicamento necessário ao tratamento podendo inclusive levar a óbito.

Assim, o ativismo judicial tem se mostrado como meio de garantia de efetivação ao fornecimento de medicamentos nas inúmeras demandas envolvendo o direito fundamental de acesso à saúde. Compete ao Poder Judiciário como forma de solucionar no caso concreto em que é instado a se manifestar se pronunciar no sentido proativo, em detrimento da alegação de ausência de recurso em benefício da vida e própria dignidade da pessoa humana.

Conclui-se que o ativismo judicial na seara da saúde é um fenômeno contributivo para consolidar as normas constitucionais de eficácia imediata, devendo ser entendido como mecanismo de agregação da solução de conflitos nos quais há necessidade de o Poder Judiciário realizar uma análise valorativa de interesses. O magistrado ao determinar a alocação de recursos para o custeio do fornecimento de medicamento pleiteado, não está inovando na esfera legislativa, mas, determinando o cumprimento da norma imposta e inobservada pela Administração Pública. O ativismo judicial, neste contexto não configura violação ao princípio da separação dos poderes, mas, em verdade, representa a integração dos poderes para a

consecução do disposto na Carta Magna, de forma legítima observado os princípios basilares da democracia.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fernando Gomes. Considerações iniciais acerca do controle judicial concernente a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88 – uma análise crítica da atuação do STJ e STF; *In: Constitucionalismo, Tributação e direitos humanos*. SCAFF, Fernando Facury (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dlestudobarroso.pdf>>. Acesso: em 07 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*. ed. 4. Janeiro/fevereiro 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 18 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde, Portaria n. 3.916, de 30 de outubro de 1998. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916\\_30\\_10\\_1998.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html)>. Acesso em: 06 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE n. 232.335/RS. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+232335%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=basesMonocraticas&url=http://tinyurl.com/bba4e8h>>. Acesso em: 14 jul.2017.

BOTELHO, Ramon Fagundes. *Judicialização do Direito à Saúde, A Tensão entre o “Mínimo Existencial” e a “Reserva do Possível” na Busca pela Preservação da Dignidade da Pessoa Humana*. Curitiba: Juruá, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. São Paulo: Forense, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Fabris S.A, 2002.

KUTOBA, Flavio Hiroshi. *Competência do juiz constitucional: limites de atuação à luz da separação dos poderes e do controle de constitucionalidade*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 283.

PEREIRA, Delvechio de Souza. *O orçamento público e o processo de judicialização da saúde*. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055752.PDF>>. Acesso em 07 mar. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. *Direitos Fundamentais orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, Airton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabrício Pinto. A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 2, n. 2, jul. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/18718>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.