



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NA SAÚDE PÚBLICA

Linda Barbosa de Noronha

Rio de Janeiro
2020

LINDA BARBOSA DE NORONHA

LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NA SAÚDE PÚBLICA

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2020

LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NA SAÚDE PÚBLICA

Linda Barbosa de Noronha

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – a Constituição da República Federativa do Brasil consagrou a saúde como direito fundamental, entretanto, as políticas públicas necessárias à sua implementação não são efetivadas de modo satisfatório. Para combater tal desvio, entra em cena o Poder Judiciário, com decisões que buscam dar eficácia ao texto constitucional. Porém, essa atitude proativa não deve ser tomada a qualquer custo, mas levando em consideração outros princípios igualmente relevantes no ordenamento jurídico pátrio, bem como os critérios vinculantes estabelecidos pelos Tribunais Superiores com base na técnica da ponderação.

Palavra-chave – Ativismo Judicial. Saúde Pública. Separação dos Poderes.

Sumário – Introdução. 1. A legitimidade da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas elaboradas e realizadas pelos demais poderes. 2. O conflito entre o ativismo judicial como forma efetivação dos direitos e a alegação da reserva do possível pelo ente público. 3. A decisão judicial como instrumento de eficácia dos direitos fundamentais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica aborda a colisão que existe entre a benesse do Ativismo Judicial para a concretização do direito fundamental a saúde, direito este com amparo constitucional no art. 196, da CF. Visto que o cidadão se vê impotente diante da negativa do Poder Público em relação a tratamento ou medicamento imprescindível para sua saúde. Não encontrando alternativa, a não ser se socorrer junto ao Poder Judiciário para alcançar o bem da vida pretendido.

Do outro lado, existe o malefício de um Poder se imiscuir em questões do outro, já que o responsável pela forma de organização das políticas públicas seria o Poder Executivo. Dito de outro modo, regra geral, cabe ao Poder Executivo definir as prioridades em sua gestão, bem como onde serão empregadas as verbas públicas. Portanto, resta outro princípio que deve ser contrabalanceado com o direito fundamental a saúde, qual seja, a harmonia entre os Poderes da República também consagrado na Constituição Federal em seu art. 2º.

Portanto será analisada a doutrina que expõe o tema, demonstrando os pontos positivos e negativos do Ativismo Judicial na área da saúde. Bem como a jurisprudência dos Tribunais Superiores que indicam um norte de como o aplicador do direito deve se portar diante do caso concreto, além de colaborar para a reflexão sobre o assunto.

Inicia-se o primeiro capítulo analisando até que ponto o Poder Judiciário estaria intervindo nas políticas públicas quando decide por conceder determinado medicamento ou tratamento ao cidadão, com olhos na concretização do direito fundamental a saúde e a dignidade da pessoa humana.

Segue-se no segundo capítulo com críticas contundentes ao argumento genérico empregado pelo Poder Público de que a Teoria da Reserva do Possível seria empecilho suficiente para afastar sua responsabilidade em dar efetividade ao direito fundamental à saúde.

Por fim, o terceiro capítulo analisa qual o limite do atuar do Poder Judiciário, ponderando que apesar das decisões judiciais concessivas de medicamentos e tratamentos médicos serem um instrumento para dar eficácia ao direito fundamental a saúde, devem ser tomadas de modo responsável, com o fim de não interferirem nas políticas públicas de modo temerário.

A presente pesquisa desenvolve-se por meio de um conjunto de proposições hipotéticas, valendo-se de método hipotético-dedutivo, de maneira argumentativa com emprego de críticas abordagens com vistas a demonstrar premissas que devem ser observadas pelo aplicador do direito quando da aplicação do Ativismo Judicial na área da saúde.

Para tanto, o objeto desta pesquisa de cunho jurídico, transcorre de maneira qualitativa, empregando-se a bibliografia existente relativa à temática do estudo em questão, objetivando contribuição para a robustez da tese apresentada e sustentada.

1. A LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS ELABORADAS E REALIZADAS PELOS DEMAIS PODERES

Hodiernamente, um fenômeno jurídico passou a fazer parte das causas que adentram no Poder Judiciário com mais intensidade, é a chamada “judicialização da saúde”. Portanto, é necessário analisar se a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas direcionadas a saúde pode prejudicar a atuação do Estado no âmbito dos direitos sociais.

A questão é bastante complexa, pois, de um lado, as intervenções, através de ordens judiciais, garantem o acesso a medicamentos e tratamentos aos jurisdicionados em questões

específicas. De outro, tal medida pode desorganizar o sistema público e a política adotada pelo Poder Executivo nesta área.

Insta salientar que a crise no sistema público de saúde impede que o Estado consiga cumprir com a função de proteger e oferecer tratamentos terapêuticos para toda a população, o que intensifica a dualidade apresentada: garantir o bem da vida pleiteado por um jurisdicionado específico ou respeitar de forma absoluta as políticas públicas na área de saúde apresentada pelo Estado.

Partindo de uma análise histórica, é possível constatar que a realização de políticas públicas está diretamente relacionada com a forma política e econômica que cada Estado tem interesse em adotar. Em um país cuja política está voltada para o desenvolvimento da economia de mercado, as políticas públicas são muito reduzidas, ou até mesmo inexistentes para a maioria da população, a proposta tem como fundamento a redução absoluta da atuação estatal. Tal movimento¹ é chamado de neoliberalismo, apresentando-se como um contraponto ao *welfare state*.

Por outro lado, em um contexto em que política estatal busca o bem estar social, a ideia é de que o Estado deve garantir à população ao menos o mínimo necessário para poder existir com dignidade, e esta garantia é alcançada através dos benefícios sociais. A forma como estas medidas de proteção social são distribuídas depende de como cada Estado se organiza para decidir onde os investimentos serão aplicados.

De todo modo, a Constituição Federal de 1988 buscou implementar o Estado do bem estar social no Brasil, conferindo saúde gratuita a todos, educação pública como um dever dos governantes, bem como assistência social aos necessitados. Ocorre que, assim como qualquer política pública, a saúde também possui custo financeiro, dependendo de disponibilização orçamentária.

Somado a isso, o acesso à justiça foi facilitado com o passar dos anos através de medidas concretas como a instauração dos juizados especiais, a assistência judiciária gratuita aos hipossuficientes, dentre outras, isso com fulcro no art. 5º, XXXV, da CRFB². Como consequência desse fenômeno, juízes passaram a ocupar espaço na distribuição de direitos garantidos através de políticas públicas.

Portanto, determinar o limite de atuação do Judiciário frente a essas políticas é o que se propõe, de forma a delimitar o que é a função jurisdicional de obrigar os Poderes

¹ PENA, Rodolfo Alves. *O que é neoliberalismo?* Disponível em <<https://brasilecola.uol.com.br/o-que-e/geografia/o-que-e-neoliberalismo.htm>>. Acesso em: 21 out. 2020.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 out. 2020.

Executivos e Legislativos a agirem de determinada forma, sem que haja a intromissão na competência de outros poderes, bem como, para que não se estabeleça um ativismo judicial desarrazoado.

Isso porque as divergências sobre o papel da jurisprudência como fonte criadora de normas jurídicas são intensas, sobretudo, no que se refere à extensão e legitimidade. Cada vez mais a jurisdição tem assumido um lugar de destaque, notadamente em virtude da atuação das cortes constitucionais na concretização e realização das constituições.

A doutrina mais tradicional sustenta, com fundamento no Princípio da Separação dos Poderes, que os juízes têm legitimidade democrática apenas para a aplicação, e não para a produção de normas. Porém, Inocêncio Mártires Coelho³, pondera que a sobrevivência do Princípio da Separação do Poderes depende de sua adequação às mudanças impostas pela *práxis* constitucional, sendo imprescindível sua reinterpretação de forma a “adaptá-lo às exigências do moderno Estado de Direito”. Para o autor⁴, “a interpretação criadora é uma atividade legítima que o juiz desempenha naturalmente no curso do processo de aplicação do direito, e não um procedimento espúrio, que deva ser coibido porque supostamente situado à margem da lei”.

Por considerar inquestionável legitimidade e imprescindibilidade da criação judicial do direito, Canotilho⁵ afirma que a controvérsia deve girar apenas em torno de sua extensão. Em suas palavras, “a investigação e obtenção do direito criadoramente feita pelos juízes ao construírem normas de decisão para a solução de casos concretos constitui um dos momentos mais significativos da pluralização das fontes de direito”.

Desta forma, importante destacar o estabelecimento do chamado constitucionalismo democrático, que nos tempos de *welfare state* dotou o Judiciário de capacidade de exercer jurisdição sobre a legislação. O direito invade a política ao regular setores frágeis, com o fim de dar cobertura àqueles que necessitam e são mais vulneráveis, tornando-se o juiz, um protagonista de muitas questões sociais.

Sob outra perspectiva, há a constatação de que a excessiva judicialização da matéria não tem sido bem-sucedida, pois, para cada liminar concedida, os valores são retirados do planejamento das políticas públicas destinadas a toda coletividade. Por isso, o sopesamento é importante para manter a universalidade sistema, evitando a seletividade, onde aqueles que

³ COELHO, Inocêncio Mártires. *A criação judicial do direito em face do cânone hermenêutico da autonomia do objeto e do princípio constitucional da separação dos poderes*. Brasília: Revista de informação legislativa, 1997, p. 99.

⁴ Ibid.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 39.

obtêm uma decisão judicial acabam tendo preferência em relação a toda uma política pública planejada.

Assim, é possível concluir que regra geral, o Poder Judiciário deve se abster de interferir nas políticas públicas adotadas pelo Executivo e Legislativo quando se trata do fornecimento de medicamentos ou tratamentos de saúde. Isso com vistas ao planejamento orçamentário adotado pelo Estado, bem como o respeito à ordem de preferência daqueles que necessitam do SUS.

Afinal, as fontes de receita são finitas, o que faz com que o administrador público tenha que encarar as chamadas “escolhas trágicas”, manejando o orçamento da melhor forma possível, mas sabendo que cumprir integralmente os mandamentos constitucionais e legais está quase no campo da utopia. A Constituição Federal, em seu art. 196⁶, afirma que a saúde é direito de todos e dever do Estado, enquanto o art. 6º, I, d, da Lei nº 8.080/90⁷, menciona que o Sistema Único de Saúde deve executar ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica. Tais disposições, se analisadas friamente, funcionam mais como exortações, já que a realidade demonstra que é impossível essa assistência integral e universal devido à falta de recursos.

Por outro lado, deve ser analisada a situação daquele jurisdicionado que busca o bem da vida, sabendo que em alguns casos – na maioria deles – a decisão judicial estará diretamente ligada a sobrevivência do requerente, ou até mesmo a sua qualidade de vida. Visto por esse prisma, o Judiciário não poderia ficar inerte quando se está em discussão um dos direitos fundamentais mais caros ao ser humano, a saúde, corolário do direito a vida. E, sabendo que outro Poder não foi capaz de dar concretude a esse direito, o Judiciário se vê como ultima alternativa ao cidadão.

A questão é tormentosa e de difícil solução, porém, com o intuito de dar um norte ao operador do direito, julgados dos Tribunais Superiores, que serão analisados em tópico próprio, trazem alguns parâmetros que devem ser seguidos, isso com base no sopesamento de princípios e valores constitucionais.

Nada obstante, uma solução fria e engessada a esses casos não é possível, devendo-se buscar à luz do caso concreto, onde o juiz verificará as peculiaridades da situação posta, para então decidir, partindo da ponderação e com vistas ao panorama apresentada no presente capítulo.

⁶ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁷ BRASIL. *Lei Orgânica da Saúde*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 21 out. 2020.

2. O CONFLITO ENTRE O ATIVISMO JUDICIAL COMO FORMA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS E A ALEGAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL PELO ENTE PÚBLICO

Existem direitos fundamentais de cunho prestacional, ou seja, aqueles cujo o dever de proporcionar aos cidadãos recai sobre o Estado, através de obrigação de fazer. Quando essa espécie de direito é pleiteada junto ao Poder Judiciário, vem à tona a discussão acerca do Princípio da Reserva do Possível. Esse princípio traz para a discussão sobre a realização de direitos fundamentais um dado básico inafastável, que é a limitação financeira do ente público. Nas palavras de Ana Paula Barcellos⁸:

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico de limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em suma: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo.

Portanto, o confronto entre o princípio da reserva do possível e do mínimo existencial cria um impasse, já que o Estado não tem recursos suficientes para atender toda a demanda gerada pelos direitos fundamentais de cunho social, porém, por outro lado, não pode simplesmente alegar, de forma genérica, que não possui recursos para cumprir tal mister.

Tal linha de raciocínio foi, inclusive, exposta em julgado do Superior Tribunal de Justiça⁹, no qual se afirmou que a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social.

Para melhor compreensão do tema, é cabível trazer à tona a ideia de que o direito à vida é o direito mais precioso do ser humano, uma vez que sem vida, nada mais há para se garantir ou proteger. Conforme lição de Andréa Rodrigues Amin¹⁰, trata-se de direito

⁸ BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 236-237.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 790.767/MG*. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AGARESP%27.clas.+e+@num=%27790767%27\)+ou+\(%27AgRg%20no%20AREsp%27+adj+%27790767%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGARESP%27.clas.+e+@num=%27790767%27)+ou+(%27AgRg%20no%20AREsp%27+adj+%27790767%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 26 ago. 2020.

¹⁰ AMIN, Andréa Rodrigues. Dos direitos fundamentais. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 32.

fundamental homogêneo, considerado como o mais elementar e absoluto dos direitos, pois indispensável para o exercício de todos os demais. Não se confunde com sobrevivência, pois no atual estágio evolutivo, implica no reconhecimento de viver com dignidade, direito de viver bem, desde o momento da formação do ser humano.

Certo que ao lado do direito à vida, desponta o direito à saúde, que é justamente a qualificação daquele primeiro direito. É dizer, não basta garantir o direito à vida pura e simplesmente, mas sim o direito à vida com dignidade, com acesso à meios que proporcionem uma qualidade de vida.

Nesse contexto, é intuitivo que, sendo os recursos financeiros do Poder Público naturalmente finitos, a realização de suas missões constitucionais deve ser a melhor possível diante dos recursos disponíveis, a busca deve ser pela otimização.

Porém, a história mostra que o poder delegado pelo povo ao Estado é imprescindível para manter ordem e coesão ao sistema vigente, mas, também traz a complexidade da administração que gera um ônus pesado ao Estado. Assim, muitas vezes são utilizados mecanismos aparentemente legítimos, como o princípio da reserva do possível, de forma engenhosa por parte dos governantes, com o fim de suprimir parte dessa responsabilidade do Estado brasileiro, com o fito de desviar recursos públicos para o benefício dos que administram a máquina estatal. Portanto, esse é um alerta para que o argumento da reserva do possível não seja usado de forma desmedida.

Em esclarecedor julgado do Superior Tribunal de Justiça que tratava do direito fundamental à educação, cujos argumentos e a lógica por trás da fundamentação podem ser igualmente utilizados na concretização do direito à saúde:

Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de um decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade.¹¹

É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preteri-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas

¹¹ BRASIL, op. cit., nota 4.

este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, como mencionado no julgado em questão “se estará usando da democracia para extinguir a própria democracia”¹².

Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.

Insta salientar que o mesmo Tribunal faz a ressalva no sentido de que, se mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial, persistir a carência orçamentária para atender todas as demandas, nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável.

Retomando a ideia exposta no começo do presente capítulo, é dizer, o ente público deve demonstrar com dados orçamentários e contábeis a alocação de recursos, não sendo suficiente a mera alegação genérica de insuficiência financeira. Além disso, o Supremo Tribunal Federal¹³ também já se manifestou a respeito da matéria, pontuando que a defesa com base na reserva do possível não pode ser utilizada para frustrar a prestação do mínimo existencial do cidadão.

No julgado, o Pretório Excelso explica que, embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter

¹² Ibid.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 639337*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE639337ementa.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2020.

impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional.

Portanto, é possível chegar à conclusão de que a gradação do ativismo judicial depende muito da adequada atuação dos outros poderes. Havendo um desequilíbrio na atuação do Poder Executivo, ou até mesmo o Legislativo, em não dar efetividade aos anseios da população, é natural que mais demandas sejam levadas ao judiciário que, diante da análise do caso concreto, deve fazer valer os princípios contidos na Constituição Federal, amparado pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. É a atuação direta do mecanismo de controle conhecido como Sistema de Freios e Contrapesos, em que um Poder fiscaliza o outro.

3. A DECISÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil garante uma série de direitos tanto para brasileiros quanto estrangeiros, o propósito é sempre proteger ao máximo a dignidade da pessoa humana, sendo este o centro das atenções do sistema jurídico. Como pontuado anteriormente, uma vida digna está intrinsecamente ligada a uma vida com saúde, o que conduz à ideia de que o Estado deve buscar meios para promovê-la ao máximo.

Ocorre que na prática, a falha na gestão do orçamento público e uma administração que por vezes, deixa a desejar, dificulta que os direitos elencados no texto constitucional saiam da teoria a passem a existir na prática, pelo menos em um grau razoável e satisfatório.

Nesse contexto, surgem as decisões judiciais que, no afã de fazer cumprir a Constituição Federal e os direitos ali assegurado, tomam uma postura proativa diante dos demais poderes. Porém, essas decisões devem ser comedidas e tomadas com parcimônia, a fim de evitar arbitrariedades, considerando que a questão é complexa, que existem diversos interesses envolvidos, sendo todos legítimos. Como bem pontua Marcelo Novelino¹⁴:

Em sociedades democráticas e plurais, a constituição resulta de pequenos pactos de grupos representativos de setores distintos e com valores, por vezes antagônicos. O consenso fundamental responsável pela positivação das normas constitucionais não apaga o pluralismo e antagonismo de ideias subjacentes ao pacto fundador.

¹⁴ NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 135.

Em busca da equidade, o Judiciário lança mão do princípio da ponderação, formulado por Robert Alexy¹⁵, no qual quando dois princípios fundamentais estão em conflito, é necessário avaliar qual deles que, quando aplicado, fere com menor agressividade e intensidade o outro. Alexy¹⁶ também traz a ideia de que quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção.

Especificamente quanto à questão da concessão de medicamentos e tratamentos terapêuticos, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é possível encontrar alguns parâmetros que demonstrarão se a atuação do Poder Judiciário na sua concessão foi legítima a luz do caso concreto.

A decisão mais recente sobre o tema, data do dia 11 de março de 2020, no qual a Corte concluiu que o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo não registrado na lista do SUS, esta decisão foi tomada no Recurso Extraordinário nº 566471¹⁷. O caso concreto dizia respeito à recusa do Estado do Rio Grande do Norte de fornecer citrato de sildenafila para o tratamento de cardiomiopatia isquêmica e hipertensão arterial pulmonar de uma senhora idosa e carente, com fundamento no alto custo do medicamento e na ausência de previsão de fornecimento no programa estatal de dispensação de medicamentos.

Para o Ministro Alexandre de Moraes¹⁸ o excesso de judicialização da saúde tem prejudicado políticas públicas, pois decisões judiciais favoráveis a poucas pessoas, por mais importantes que sejam seus problemas, comprometem o orçamento total destinado a milhões de pessoas que dependem do Sistema Único de Saúde (SUS). Afirmou que “não há mágica orçamentária e não há nenhum país do mundo que garanta acesso a todos os medicamentos e tratamentos de forma generalizada.”¹⁹. Esse entendimento traz o respaldo da regra geral, qual seja, não há a obrigação do Estado em fornecer medicamentos fora da lista do SUS.

Porém, os Ministros também entenderam que existem exceções, desde que sejam cumpridos alguns requisitos. Salientaram que, em caráter excepcional, é possível a concessão de medicamentos não registrados, ponderando entre diversos argumentos, como as garantias constitucionais, entre elas, a concretização dos direitos fundamentais, o direito à vida e à

¹⁵ ALEXY apud MARTINES, Fernando. *Robert Alexy explica seu método para resolver conflitos entre princípios*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-jul-02/robert-alexey-explica-metodo-resolver-conflito-entre-principios>>. Acesso em: 11 set. 2020.

¹⁶ ALEXY apud NOVELINO, op. cit., p. 136.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 566471*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095&caixaBusca=N>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

dignidade da pessoa humana, o limite do financiamento possível aos entes federados, tendo em vistas restrições orçamentárias, o desrespeito às filas já existentes e o prejuízo a outros interesses idênticos.

Assim, a corrente vencedora, contabilizada por 8 votos no total, entendeu que, nos casos de remédios de alto custo não disponíveis no sistema, o Estado pode ser obrigado a fornecê-los, desde que comprovadas a extrema necessidade do medicamento e a incapacidade financeira do paciente e de sua família para sua aquisição.

Sobre o tema, o STJ também já se pronunciou no ano de 2018, com base em recurso repetitivo que fixou requisitos para que o Poder Judiciário determine o fornecimento de medicamentos fora da lista do Sistema Único de Saúde²⁰. A tese fixada estabelece que constitui obrigação do Poder Público, o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, desde que presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: 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; incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), observados os usos pela agência.

O terceiro requisito apresentado no recurso repetitivo do Superior Tribunal de Justiça tem ligação direta com outro julgado de suma importância nesta seara, referente ao fornecimento pelo Poder Judiciário de medicamentos não registrados na Anvisa, cujos pressupostos se encontram no RE nº 657718/MG, julgado no ano de 2019²¹.

Basicamente, os pressupostos elencados no julgado são os seguintes: o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais; a ausência de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial; é possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido – prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1657156*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-04-25_12-20_Primeira-Secao-define-requisitos-para-fornecimento-de-remedios-fora-da-lista-do-SUS.aspx>. Acesso em: 13 mai. 2020.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 657718*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411857&caixaBusca=Nx>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

Quanto a este último requisito, qual seja, a demora na apreciação do pedido, outros critérios deverão ser atendidos para justificar a medida excepcional, são eles: existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

Para essa decisão, o STF ponderou que não se trata de negar direito fundamental à saúde. Trata-se de analisar que a arrecadação estatal, o orçamento e a destinação à saúde pública são finitos.

Portanto, tendo em vista que não é possível ao Legislativo estabelecer regras estanques, já que a solução almejada irá variar de acordo com o caso concreto, o Poder Judiciário busca estabelecer alguns critérios e limites para dar certa segurança jurídica, tanto ao Estado quanto ao jurisdicionado. Porém, é inevitável que exista alguma maleabilidade nos critérios, já que a realidade demonstra as peculiaridades de cada situação, o que deverá ser levado em consideração quando o magistrado for sentenciar.

CONCLUSÃO

Partindo do conflito que existe entre o direito fundamental a saúde e as limitações financeiras do Estado, o presente artigo científico buscou abordar critérios usados pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, bem como a doutrina que trata da matéria, com o fito de dar maior segurança jurídica quando da solução das demandas que adentram no Poder Judiciário almejando medicamentos ou tratamentos terapêuticos a ser custeados pelo Estado.

A partir da análise, foi possível chegar à conclusão de que um método estanque de resolver esse conflito não é viável. Na realidade, deverá ser utilizada a técnica da ponderação, elaborada por Robert Alexy, no caso concreto, no qual, quando dois princípios fundamentais estão em conflito, a busca deve ser pela otimização de ambos, mesmo que um vá se sobressair sobre o outro.

Sendo que a solução mais equânime, ditando qual princípio irá preponderar, apenas será visualizada quando o magistrado conhecer os dados que cercam determinado caso concreto. Dito de outro modo, as peculiaridades de cada caso influirão diretamente na solução.

Tal forma de lidar com esse tipo de demanda acarreta uma grande insegurança jurídica, o que não é desejável em um Estado Democrático de Direito, pois fere a isonomia e a própria credibilidade no Poder Judiciário. Por esse motivo, com vistas a balizar a atuação dos

órgãos jurisdicionais, foram criados critérios vinculantes, tanto pelo Superior Tribunal de Justiça quanto pelo Supremo Tribunal Federal, relativos ao tema.

Os julgados que enfrentam a matéria foram citados e esmiuçados ao longo do artigo científico, com o intuito de demonstrar a lógica que permeia a jurisprudência pátria e de informar os mais recentes entendimentos sobre o tema.

Por fim, a conclusão a que se chega é de que o Estado, mais precisamente através dos Poderes Executivo e Legislativo, deve buscar ao máximo implementar os mandamentos constitucionais relativos à saúde, umbilicalmente ligado à dignidade da pessoa humana. Porém, quando esse múnus não é bem exercido, entra em cena o Poder Judiciário, fazendo valer o sistema de freios e contrapesos, como ultima alternativa do jurisdicionado para que o seu direito seja respeitado. Porém, as decisões ligadas à implementação desse direito devem ser tomadas com parcimônia e respeitando critérios já estabelecidos.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Dos direitos fundamentais. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 out. 2020.

BRASIL. *Lei Orgânica da Saúde*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 21 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 790.767/MG*. Relator: Ministro Humberto Martins. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AGARESP%27.clas.+e+@num=%27790767%27\)+ou+\(%27AgRg%20no%20AREsp%27+adj+%27790767%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGARESP%27.clas.+e+@num=%27790767%27)+ou+(%27AgRg%20no%20AREsp%27+adj+%27790767%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 26 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ARE 639337*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ARE639337ementa.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 566471*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095&caixaBusca=N>>. Acesso em: 13 mai. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1657156*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-04-25_12-20_Primeira-Secao-define-requisitos-para-fornecimento-de-remedios-fora-da-lista-do-SUS.aspx>. Acesso em: 13 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 657718*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411857&caixaBusca=Nx>>. Acesso em: 15 mai. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. *A criação judicial do direito em face do cânone hermenêutico da autonomia do objeto e do princípio constitucional da separação dos poderes*. Brasília: Revista de informação legislativa, 1997.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2015.

PENA, Rodolfo Alves. *O que é neoliberalismo?* Disponível em <<https://brasilecola.uol.com.br/o-que-e/geografia/o-que-e-neoliberalismo.htm>>. Acesso em: 21 out. 2020.