



CENTRO UNIVERSITÁRIO SÃO JUDAS TADEU – CAMPUS UNIMONTE

CAMILA SUELLEN SANTOS TEIXEIRA

ATIVISMO JUDICIAL NA GARANTIA DO DIREITO A SAÚDE: TEMA 500 DO STF

Santos

2021

CAMILA SUELLEN SANTOS TEIXEIRA

ATIVISMO JUDICIAL NA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE: TEMA 500 DO STF

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, pelo Centro Universitário São Judas Tadeu – Campus UNIMONTE.

Orientador: Prof. Adriano Martins Soler.

Santos
2021

Teixeira, Camila Suellen Santos 1993. –

T266t Ativismo Judicial na garantia do direito à saúde: Tema 500 do STF / Camila Suellen Santos Teixeira – 2021.
43 f.: il.

Orientador: Adriano Martins Soler.

Trabalho de Conclusão de Curso, (Graduação) – Centro
Universitário São Judas Tadeu – Campus Unimonte

1. Ativismo judicial. 2. Direito à saúde. 3. Direitos fundamentais
sociais. I. SOLER, Adriano Martins. II. Ativismo Judicial na garantia
do direito à saúde: Tema 500 do STF.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus por ter conduzido os meus passos para que eu chegasse até aqui, tenho certeza que em cada obstáculo foi Ele que iluminou o meu caminho.

Agradeço ao meu marido Thiago Teixeira, pelo inegável incentivo aos estudos, e também pela paciência.

Quero agradecer inicialmente aos meus familiares, em especial minha mãe, Joseane Costa, que tem minha eterna gratidão por todo seu esforço na minha criação, você sempre foi o meu exemplo. A minha avó Florisbete Costa por todo afeto e cuidado. Ao meu avô Herminio Costa, meu tio Josuel Costa e todas as minhas tias, e primos, vocês são a razão de todo meu esforço e dedicação, e espero conseguir retribuir tudo que sempre fizeram por mim.

Aos meus sogros Lucia e Roberto Teixeira por me acolherem.

Aos meus amigos que me incentivaram durante esses anos, em especial aos que dividiram essa experiência comigo. Thais Sartori, que desde o primeiro dia de aula não soltou minha mão. Jéssica Amaral por mesmo morando longe se fazer tão presente em minha vida. Lays Rocha, que além de dividir o árduo papel de representante de sala comigo, se tornou uma grande amiga. Giovanna, Heloisa e Mirella, um trio que tenho me conquistou e nessa reta final se fizeram ainda mais presentes. Aos meus colegas de classe que me escolheram e me aguentaram como representante, foi um prazer compartilhar a sala de aula com vocês.

Ao meu orientador, professor Adriano, que mesmo sendo designado a me orientar quando já estava próximo da data de entrega, se fez presente me salvando com sua assistência.

Aos meus professores, por transferirem os seus ensinamentos, tanto na graduação como também na vida, sempre demonstrando que o aperfeiçoamento da teoria vem na vida prática, tenho grande admiração por vocês.

Dedico ao meu avô Herminio Costa (em memória), seus ensinamentos perpetuam em mim até hoje, e sei o quanto estaria orgulhoso.

A vida é uma luta, e a possibilidade de fracasso está sempre presente, mas os que vivem com medo do fracasso, do sofrimento ou da vergonha nunca conquistarão seu pleno potencial. Sem forçar seus limites, sem vez ou outra se lançar sobre um obstáculo de cabeça, sem ousar, você nunca saberá o que seria verdadeiramente possível em sua vida.

(William H. McRaven)

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo analisar o ativismo judicial na efetivação do direito constitucional à saúde com foco no tema 500 do STF, que trata do dever do Estado de fornecer medicamentos não registrados pela ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária). A nossa Constituição assegura diversos direitos e garantias fundamentais aos cidadãos, direitos estes materializados mediante a efetivação de políticas públicas. Com a omissão do Poder Executivo e do Poder Legislativo, a sociedade passou a buscar no Judiciário a efetivação de seus direitos. Essa atuação mais ampla e efetiva do Judiciário como garantidor dos direitos fundamentais, caracteriza o fenômeno conhecido como Ativismo Judicial. A justificativa é que cabe também ao Judiciário a concretização da constituição, e com isso conceder tais medidas quando provocado. O método utilizado para esse trabalho foi a abordagem de forma dedutiva. Quanto ao tipo de pesquisa foi a exploratória. O método de procedimento aplicou-se o bibliográfico e documental haja vista a análise de livros, site, doutrinas e jurisprudências acerca do tema.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Direito à saúde. Direitos fundamentais sociais.

ABSTRACT

This monograph aims to analyze judicial activism in the realization of the constitutional right to health with a focus on theme 500 of the STF, which deals with the State's duty to provide medicines not registered by ANVISA (National Health Surveillance Agency). Our Constitution assures citizens of several fundamental rights and guarantees, rights materialized through the implementation of public policies. With the omission of the Executive and Legislative Powers, society began to look to the Judiciary for the enforcement of its rights. This broader and more effective role of the Judiciary as a guarantor of fundamental rights characterizes the phenomenon known as Judicial Activism. The justification is that it is also up to the Judiciary to implement the constitution, and therefore grant such measures when provoked. The method used for this work was the deductive approach. As for the type of research, it was exploratory. The method of procedure was applied to bibliographic and documental analysis of books, website, doctrines and jurisprudence on the subject.

Keywords: Judicial Activism, Right to Health, Social Fundamental Rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	11
1.1 SEPARAÇÃO DOS PODERES	11
1.2 FUNDAMENTOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E SUA APLICAÇÃO	13
1.3 ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	14
2 DIREITO À SAÚDE	17
2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE SAÚDE	17
2.1.1 Conceito de saúde	18
2.1.2 Direito à saúde	19
3 ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	22
3.1 ORIGENS E ASPECTOS HISTÓRICOS DO ATIVISMO JUDICIAL	22
3.1.1 Definição de Ativismo Judicial	23
3.1.2 Desenvolvimento do Ativismo Judicial no Brasil.....	24
3.1.3 Atuação do Ativismo Judicial na Saúde.....	25
3.2 TEMA 500 DO STF	27
3.2.1 Distribuição de Medicamentos e Custos de Tratamento	29
3.3 LIMITAÇÃO ORÇAMENTÁRIA	30
3.3.1 Possíveis Soluções	33
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	36
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	38

INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Constituição Federal em 1988, ocorreu um crescimento significativo na provocação do Poder Judiciário, tendo como intenção a busca pela efetividade aos direitos fundamentais.

O ordenamento jurídico tem como base a separação dos poderes, onde o Executivo, Legislativo e Judiciário buscam atuar de forma harmônica e independente entre si, cada um com sua soberania e evitando interferências entre si.

Devido a procura “o juiz brasileiro rompeu com a concepção típica de um juiz do estado liberal, colocando-se como verdadeiro e efetivo protagonista na defesa dos direitos e garantias fundamentais”¹. O que acarretou em uma mudança significativa na atuação do Poder Judiciário, com uma postura mais participativa.

Existe um grande debate relacionado aos limites da atuação jurisdicional, visto que para alguns a administração pública não pode ser invadida pelo Poder Judiciário, e para outros entende-se que a característica principal em um Estado democrático de direito é a submissão de todos à Constituição. Nesse aspecto o Ativismo judicial consiste em “ferramenta importante para que se possa extrair o máximo das potencialidades das linhas diretrizes do texto constitucional, privilegiando a busca de soluções mais adequadas”².

O direito à saúde é fundamental e essencial à vida do ser humano, e sendo um direito de todo cidadão, onde o Estado tem o dever de garantir a sua efetivação. Nesse contexto é fundamental ressaltarmos a importância do ativismo judicial na garantia do direito à saúde, visto que o Judiciário como guardião da Constituição deve fazê-la valer.

Vale salientar que possivelmente a causa do ativismo judicial seja a descrença da sociedade em relação aos Poderes Executivo e Legislativo, e com isso a população acaba depositando suas esperanças no Poder Judiciário.

¹ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira. **O ativismo judicial e o princípio da legalidade: governo de homens ou governo de leis?** In: OLIVIERO, Maurizio; ABREU, Pedro Manoel; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes (Orgs.). Constitucionalismo como elemento para a produção do direito. Coleção principiologica constitucional e política do direito. TOMO 01. p. 206-226. Itajaí: UNIVALI, 2016, p. 222.

² POLI, Luciana Costa. **O ativismo judicial como ferramenta de implementação do princípio da sustentabilidade.** Revista de Direitos Fundamentais e Democracia. Curitiba, v.14, n. 14, p. 210-230, jul/dez. de 2013. p. 211.

Com isso, a presente monografia é dividida em três capítulos que tem como objetivo analisar a forma que o Ativismo Judicial é utilizado na concretização do Direito à Saúde.

Inicialmente, no capítulo um, será explorado de uma forma histórica a Separação dos Poderes, discorrendo sobre a autonomia e independência de cada um desses poderes. Também serão abordados os Direitos Fundamentais, Direitos Sociais, e a importância da atuação do Poder Judiciário na garantia desses direitos.

O capítulo dois dedica-se ao Direito à Saúde, abordando a parte história, conceito e seu desenvolvimento.

Ademais no capítulo três coube discorrer sobre o Ativismo Judicial, desde sua origem e aspectos históricos, aos princípios e definição. Coube analisar o desenvolvimento do fenômeno do Ativismo Judicial no Brasil, e também sua aplicabilidade como instrumento da garantia do Direito à Saúde.

1 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

1.1 SEPARAÇÃO DOS PODERES

É necessário fazer em breve síntese uma exposição histórica para falarmos sobre a tripartição dos poderes. O início da teoria dessa divisão se deu com Aristóteles (384-322 a.C). As três funções enunciadas pelo filósofo eram classificadas como: deliberativa, executiva e jurisdicional. Nesse sentido:

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas. O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição.³

Essa concepção acabou sendo alterada no período Romano para que fosse enquadrado na sociedade da época. Na visão romana encabeçada por Políbio (200-118 a.C) cada pessoa só poderia ter acesso ao órgão correspondente ao seu estamento social.⁴

Para José Afonso da Silva (2018) a origem da democracia liberal e o direito positivado dar-se-á com a derrocada do feudalismo na Europa Ocidental, o que acarreta no surgimento do novo vértice onde a soberania é o que regularizaria as relações entre os Estados, de forma que eles estariam submetidos a um sistema jurídico regulado mediante tratados. E, desde então, tais Estados sofreriam intenso processo de democratização.

Cabe destacar, que conforme fundamentado por Geverson Ampolini (2019):

A ideia de Separação dos Poderes foi uma conquista histórica da humanidade, sendo um elemento fundamental da democracia moderna, a tal ponto que encontra-se prevista na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.⁵

³ ARISTÓTELES. **A Política**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf>. Acesso em: 12 de setembro de 2021, p. 87.

⁴ PALASSI FILHO, Arlindo. **A separação dos poderes: evolução teórica**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17505&revista_caderno=9#_ftn1>. Acesso em: 12 de setembro de 2021.

⁵ AMPOLINI, Geverson. **Jurisdição constitucional, separação dos poderes e o ativismo judicial**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5880, 7 ago. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68755>. Acesso em: 28 de setembro de 2021.

A separação dos poderes é um elemento fundamental a democracia moderna, e insurge nos ideais de Montesquieu em sua obra “O Espírito das Leis”, que apresenta os alicerces fundamentais do princípio da divisão do poder de soberania, que é uno e indivisível, em três órgãos independentes e harmônicos entre si, representando a essência do sistema constitucional.⁶

De modo que é tão expressiva a importância de tal documento que prenuncia ele que não se pode falar em Constituição num país em que não esteja garantida a separação dos poderes. Neste sentido, é preciso buscar a concepção de separação dos poderes em seu maior expoente, qual seja o Barão de Montesquieu em sua célebre obra ‘O Espírito das Leis’.⁷

Conforme a visão de Montesquieu que exemplifica que há “três poderes: o legislativo (responsável pelo surgimento da norma), o executivo (responsável pelo direito das gentes) “o executivo” responsável pelo Direito Civil (Poder Judiciário)”. (MONTESQUIEU, 1987, p. 168).

Nesse ponto cada poder possui sua própria função, conforme descrito por José Afonso da Silva:

Há, portanto, o Poder Executivo, que constitui o governo de fato; o Poder Legislativo, composto pelo sistema bicameral (câmara de deputados e senados), e ainda, o Poder Judiciário. São tais poderes independentes; pois não se submetem entre si, não se curvam à vontade um do outro e são harmônicos, pois tem de verificar as normas de cortesia e trato recíproco. (SILVA, 2018, p. 110)

Sendo assim, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário tornam-se poderes independentes e harmônicos entre si, tais poderes têm suas funções classificadas como típicas e atípicas, a fim de que seja objetivada a interdependência de um em relação aos outros. De modo geral o objetivo dessa separação é a contenção do poder, o crescimento da eficiência governamental e também o controle preventivo de um poder para o outro.

Para Montesquieu, todo aquele que está no poder tende a dele abusar e “estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de

⁶MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

⁷AMPOLINI, Geverson. **Jurisdição constitucional, separação dos poderes e o ativismo judicial**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5880, 7 ago. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/68755>>. Acesso em: 28 de setembro de 2021.

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”⁸.

A separação tripartite de poder fora adotada no Brasil como forma de sistematizar as funções estatais. (SILVA, 2018, p. 110)

A harmonização e autonomia dos poderes estão amparadas na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 2º, *in verbis*: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Na concepção de Guedes (2008) os poderes devem “ser harmônicos, comprometendo-se ambos os poderes a obedecerem aos parâmetros adotados, possibilitando, assim, a coexistência entre eles”⁹.

No Brasil, o sistema da separação dos poderes não é tão perfeito e simétrico como o retratado por Montesquieu. Existe, de certa forma, um abuso de poder, onde por diversas vezes ocorre uma supremacia de um poder para com o outro.

1.2 FUNDAMENTOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E SUA APLICAÇÃO

A tripartição dos poderes tem como princípio definir as funções estatais, denominando a cada um suas atribuições. Tal separação é regida por três princípios, sendo eles: a harmonia, independência e indelegabilidade.

Para Nunes *et al* (2015, p 20) o princípio da harmonia significa que os três poderes devem ter uma convivência harmônica, ou seja, um deve respeitar o outro. Já o princípio da independência, como o nome já retrata consiste na boa subordinação de um poder para com o outro. Em relação ao princípio da indelegabilidade significa que, via de regra, um poder não pode delegar sua função ao outro.

É importante ressaltar que cada poder possui sua função típica “que não deve ser misturada: criar regras, executá-las e adjudicar conflitos conforme essas regras”¹⁰.

Na visão de Paulo Bonavides:

⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis: as formas de governo: a divisão dos poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987, p.165.

⁹ GUEDES, Juliana Santos. **Separação dos poderes? O poder executivo e a tripartição de poderes no Brasil**. [2008]. Disponível em: <https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_fevereiro2008/discente/dis16.doc>. Acesso em: 14 de setembro de 2021.

¹⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 75.

Ontem, a separação de Poderes se movia no campo da organização e distribuição de competências, enquanto seu fim era precisamente o de limitar o poder do Estado; hoje, ela se move no âmbito dos direitos fundamentais e os abalos ao princípio partem de obstáculos levantados à concretização desses direitos, mas também da controvérsia de legitimidade acerca de quem dirime em derradeira instância as eventuais colisões de princípios da Constituição. Na equação dos poderes que se repartem como órgãos da soberania do Estado nas condições impostas pelas variações conceituais derivadas da nova teoria axiológica dos direitos fundamentais, resta apontar esse fenômeno de transferência e transformação política: a tendência do Poder Judiciário para subir de autoridade e prestígio, enquanto o Poder Legislativo se apresenta em declínio de força e competência. (BONAVIDES, 2010)

O princípio da separação dos poderes teria como finalidade, que “nenhum dos poderes detenha a totalidade do poder estatal e que, ao mesmo tempo, sirvam de freios e contrapesos”, evitando “o controle e conseqüente abuso do poder em prol das liberdades individuais”¹¹.

Desta forma, cada poder é incumbido de fiscalizar uns aos outros. O sistema de freios e contrapesos serve para que “cada poder, no exercício de competência própria, controle outro poder e seja pelo outro controlado, sem que haja impedimento do funcionamento alheio ou mesmo invasão da sua área de atuação.”¹²

1.3 ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Tem se observado a expansão do Poder Judiciário na aplicação dos direitos fundamentais, alcançando searas políticas e de relações sociais. Com isso, tem se produzido fortes intervenções “tanto como injunções no âmbito do Legislativo, como com decisões que chegam ao limite da ingerência com relação ao Executivo” ou “com interferências decisivas em debates públicos sobre temas” de grande repercussão e mobilização social.¹³

¹¹ GUASQUE, Bárbara; OLIVIERO, Maurizio. **Separação dos poderes, controle de constitucionalidade e democracia.** In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; ABREU, Pedro Manoel; ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz (Orgs.). **Direito, democracia e constitucionalismo.** Coleção principiologia constitucional e política do direito, Tomo 03. Itajaí: UNIVALI, 2017, p. 49.

¹² PEREIRA JUNIOR, Jose Aldizio. **O Poder Judiciário e a sua função constitucional: algumas reflexões.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 15 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49027&seo=1>>. Acesso em: 04 de outubro de 2021.

¹³ TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Os impactos do ativismo judicial no sistema político: notas sobre a relação entre o judiciário e os demais poderes em tempos de crise política.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 225.

Atualmente, tanto a jurisprudência quanto a doutrina defendem que a efetivação de qualquer norma constitucional pode ser exigida judicialmente.

Para Barroso (2010):

Se no Poder Legislativo existe a finalidade principal da criação de leis e no Poder Executivo de executá-las, no Poder Judiciário a obrigação é julgar quaisquer conflitos, baseando-se nas leis que se encontram em vigor. Cabe ao Judiciário aplicar as leis, julgando de maneira imparcial e isenta, determinada situação e pessoas nela envolvidas, determinando quem tem razão e se alguém deve ou não ser punido por infração à Lei. (BARROSO, 2010)

Já Tonelli (2013) levanta a seguinte questão:

Todavia, o fortalecimento do poder judiciário nas democracias ocidentais contradiz a ideia de Montesquieu sobre a “nulidade” de um poder que deveria ser politicamente neutro, “o mais fraco dos poderes”. O protagonismo do poder judiciário é evidenciado pela mídia, que se beneficia com a judicialização das dimensões social, política e econômica em nossa atualidade, na medida em que certos temas são tratados de forma espetacularizada, propiciando um aumento considerável da audiência. As empresas de comunicação, que seguem a lógica do mercado, beneficiam-se com a tendência mundial do aumento desmesurado da demanda social pela tutela jurisdicional, contribuindo para a formação de uma opinião pública convicta de que a busca dos direitos nas instâncias judiciais, sejam individuais, sejam coletivas, se traduza na realização plena da cidadania e de participação ativa na democracia, ou seja, a judicialização das dimensões social e política conduz à ideia de que tudo se resolve por meio da justiça, o que leva a uma desneutralização do judiciário *pari passu* com uma neutralização da política.¹⁴

Essa ascensão do Poder Judiciário em relação aos demais poderes ocorre em virtude da constitucionalização abrangente e analítica, o que acaba ultrapassando sua função típica, de modo que passa a resguardar o cumprimento dos direitos fundamentais sobre a sociedade.

Embora muitos doutrinadores defendam essa atuação jurídica, há quem se oponha ao protagonismo desse poder exercido pelo judiciário. Na concepção de Gilmar Mendes, “a intervenção do Poder Judiciário, ante omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos Poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível”.¹⁵

¹⁴ TONELLI, Maria Luiza Quaresma. **A judicialização da política e a soberania popular**. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2013, p. 36.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de direito e jurisdição constitucional**: 2002/2010. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 70.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o Poder Judiciário não pode invadir a esfera de atuação dos demais Poderes. Caso haja “lei ou ato normativo baixado pelos órgãos legitimados para esse fim, o direito pode ser garantido judicialmente. Se existe omissão de lei” -ou norma -, “o Judiciário só pode apreciá-la diante dos instrumentos previstos na Constituição”. Decisões judiciais com estas, além de atentarem contra a separação dos poderes, também acarretam insegurança jurídica.¹⁶

Ocorre que, através do ativismo judicial, o Poder Judiciário distorce o sentido do dispositivo constitucional, “deformando a obra do próprio Poder Constituinte originário e perpetrando autêntica mutação inconstitucional”. “Se o caso envolve o cerceamento de atividade de outro Poder” “haverá interferência indevida”.¹⁷

É neste cenário de expansão do alcance do poder judiciário, bem como da ideia de que o juiz ao aplicar a lei também é criador da lei, que a discussão sobre o ativismo judicial se estabelece. Nota-se que o desenho tradicional da separação dos poderes tem se mostrado ineficiente para atender o dinamismo e a evolução de todas as questões da vida cotidiana, bem como as necessidades e anseios da sociedade. Com isso, hoje se exige uma postura mais ativa do Poder Judiciário, justamente na missão de garantir a observação dos direitos fundamentais e sociais protegidos pela constituição.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 834-837.

¹⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. Sarava: 2015, p. 141-142.

2 DIREITO À SAÚDE

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE SAÚDE

A princípio é importante destacar que Hipócrates (460-377 a.C) já observava “as condições que “as condições que influenciam o estado de saúde de uma determinada população”. Para ele, “não seria possível ao médico erradicar as doenças” sem que os mais diversos fatores ambientais de determinada população fossem analisados (tais como “a influência da cidade, do tipo de vida de seus habitantes e” “a água consumida”).¹⁸

A base da saúde pública é demonstrada a partir do século XIX, devido o processo de industrialização, visto que a sociedade capitalista começou a experimentar os serviços de saúde. Enquanto a população mais pobre se contentava com projetos de caridade de “organizações religiosas católicas em seus hospitais”.¹⁹

No século XIX, o conhecimento científico sobre as condições de saúde das coletividades humanas encontrava expressão no estudo da higiene, disciplina que se formava sob a influência do intenso processo de transformações pelo qual passavam as sociedades europeias com o advento da industrialização e da urbanização. Londres, Paris, Berlim e, no continente americano, Nova Iorque, atingiram a marca de um milhão de habitantes naquele século, caracterizando o fenômeno da formação das sociedades de massas e de intenso processo de publicação de relatórios médicos e propostas de reformas sanitárias e urbanas. A associação entre cidade massiva e patologia era uma constante, ao mesmo tempo em que o receio diante da desordem e a necessidade de respostas em termos de políticas públicas podiam ser verificado nos diferentes países europeus, ainda que com significativa variação nas propostas de reforma.²⁰

A partir de 1851 teve início na Europa “as Conferências Sanitárias Internacionais, fóruns de debate científico” a respeito das “causas e dos mecanismos de transmissão de doenças”²¹

¹⁸ CASTRO, Ione Maria Domingues de. **Direito à saúde no âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário**. Tese (Doutorado) –Universidade de São Paulo -Faculdade de Direito. São Paulo, 2012, p. 28.

¹⁹ MARQUES, Rosa Maria. **O direito à saúde no mundo**. IN: MARQUES, Rosa Maria; PIOLA, Sérgio Francisco; ROA, Alejandra Carrillo. (Orgs.). **Sistema de saúde no Brasil: organização e financiamento**. Rio de Janeiro: ABrES; Brasília: Ministério da Saúde, Departamento de Economia da Saúde, Investimentos e Desenvolvimento; OPAS/OMS no Brasil, 2016, p.12.

²⁰ FINKELMAN, Jacobo. **Caminhos da saúde pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2002, p. 29-30.

²¹FINKELMAN, Jacobo. **Caminhos da saúde pública no Brasil**, 2002, p.36.

No Brasil, a saúde estava muito longe de ser uma primazia. As pessoas quando tinham alguma emergência buscavam tratamentos religiosos e culturais, ou alternativas informais, como o “auxílio de pajés, curandeiros ou boticários, que viajavam pelo país”. É importante ressaltar que essas opções eram utilizadas por toda pirâmide social, visto que existia uma escassez de profissionais da área da saúde.²²

A implantação de serviços de saúde se dá em 1808:

Nessa época são desenvolvidas ações reguladoras, incluindo as atividades dos cirurgiões, e a criação das primeiras escolas de medicina: na Bahia é criada a Escola de Cirurgia, em 1808; e no Rio de Janeiro, a cátedra de anatomia no Hospital Militar, seguida pela de medicina operatória, em 1809. Porém foi em 1829, com a criação da Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro [...] que se inicia a implantação da medicina social no Brasil.²³

Brevemente, podemos dizer que a história da saúde pública no Brasil é “uma história de combate aos grandes surtos epidêmicos”.²⁴

2.1.1 Conceito de saúde

O conceito mais empregado é o emitido pela Organização Mundial de Saúde, que em 1948 definiu que “saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”.²⁵ Todavia, vale ressaltar que as construções de uma definição para a expressão *saúde* foram evoluindo com os aspectos históricos, e esse conceito da OMS “remete à ideia de uma saúde ótima, possivelmente intangível e utópica, já que a mudança, e não a estabilidade é predominante na vida”.²⁶

²² UM breve relato da história da saúde pública no Brasil. **Revista Saúde Pública**. Recife, 2016. Disponível em: <www.mv.com.br/pt/blog/um-breve-relato-da-historia-da-saude-publica-no-brasil>. Acesso em: 05 de setembro de 2021.

²³ NUNES, Everaldo Duarte. **Sobre a história da saúde pública: idéias e autores**. Ciência & Saúde Coletiva, v. 5, n. 2, 2000, p. 253.

²⁴ FINKELMAN, Jacobo. **Caminhos da saúde pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2002, p. 40.

²⁵ A definição original, em inglês: “health is a state of complete physical, mental e social well-being and not merely the absence of disease or infirmity”. Conforme World Health Organization. Disponível em: <<http://www.who.int/about/mission/en>>. Acesso em: 15 de setembro de 2021.

²⁶ BRASIL. Ministério da Educação. **Saúde**. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/livro092.pdf>>. Acesso em: 15 de setembro de 2021.

É também subjetivo definir esse termo visto que, vez que “indivíduos e sociedades consideram ter mais ou menos saúde dependendo do momento, do referencial e dos valores” de uma situação.²⁷

No geral, as definições sobre saúde estão ligadas à medicina curativa, que nada mais é que a eliminação de doenças, “concluiu-se que seu correto dimensionamento deveria passar necessariamente por uma visão menos centrada no indivíduo e mais voltada à coletividade, ao meio ambiente e às interações”.²⁸

2.1.2 Direito à saúde

Na visão de Gustavo Amaral a história de direito à saúde no Brasil pode ser dividida em três etapas. Na primeira, “a matéria teria sido restrita ao que o Estado se dispõe a dar” (antes dos anos 1990). Na segunda etapa, a partir de meados dos anos 1990 até o início dos anos 2000, há um conflito em abstrato entre a inviolabilidade do direito à vida e à saúde *versus* “um interesse financeiro secundário do Estado”. A terceira etapa se dá a partir dos anos 2000 até os dias atuais, “o interesse financeiro secundário do Estado, quando somadas inúmeras demandas, passava a influenciar a própria garantia dos direitos fundamentais, inclusive o direito à vida e à saúde”.²⁹

Sobre os aspectos históricos, é importante ressaltar:

Pode-se afirmar que a noção de direito sofreu, de certo modo, evolução semelhante à saúde, pois já a partir do século dezenove, com a implementação do Estado do Bem-Estar Social, instaurou-se um direito essencialmente diferente daquele advogado pelos burgueses revolucionários: um direito público mais amplo, porém menos coator (direito dos serviços públicos); misturando o público e o privado; desigual (desprezando a igualdade formal em nome da igualdade material); comportando direitos subjetivos ao recebimento de prestações; e cuja eficácia deve ser avaliada (institucionaliza-se a avaliação da administração pública, que permite a fiscalização pelos parlamentos). Com a generalização do intervencionismo do Estado, que se serviu do direito para orientar outros sistemas sociais (economia, educação, cultura, etc.) à conformidade com o interesse

²⁷ BRASIL. Ministério da Educação. **Saúde**. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/livro092.pdf>>. Acesso em: 15 de setembro de 2021.

²⁸ MAPELLI JUNIOR, Reynaldo. **Judicialização da saúde e políticas públicas: assistência farmacêutica, integralidade e regime jurídico-constitucional do SUS**. 2015. Tese (Doutorado em Radiologia) - Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015. Disponível em: <[doi:10.11606/T.5.2016.tde-23022016-162923](https://doi.org/10.11606/T.5.2016.tde-23022016-162923)>. Acesso em: 15 de setembro de 2021.

²⁹ AMARAL, Gustavo. **Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária**. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Orgs.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 81-82.

geral e não às exigências do mercado, prevaleceu a ideia de regulamentar as políticas privadas, assinalando-lhes uma finalidade (época áurea do planejamento). O direito passou a ser, então, bastante detalhado (portarias e circulares destinadas ao público externo) e dirigido pela administração pública (as agências independentes, nos Estados Unidos, reúnem o poder legislativo e o executivo). Uma vez que ele se caracteriza como um direito de princípios diretores, exigindo que seus aplicadores realizem uma escolha entre os diversos interesses presentes no caso concreto, se pode afirmar que o planejamento introduziu no direito uma lógica diametralmente oposta àquela que caracterizava o direito moderno.³⁰

Com relação ao conceito de direito à saúde propriamente dito, Gustavo Amaral entende “que se trata de um conjunto de medidas que busca garantir condições de saúde, não limitada a procedimentos médicos ou a tratamentos farmacêuticos”³¹.

Também é importante ressaltar que o direito à saúde “é um direito social, independentemente das imposições constitucionais destinadas a assegurar sua eficácia [...] e das prestações fornecidas pelo Estado para assegurar o mesmo direito”.³²

O direito à saúde está previsto constitucionalmente, inclusive em seção própria dos artigos 196 a 200. Mas antes da promulgação da Constituição Federal uma grande parte da população brasileira não fazia parte do sistema de saúde nacional. “Essa parcela excluída, durante muito tempo, só tinha acesso a cuidados de saúde por meio de pagamentos diretos aos prestadores ou por meio de ações filantrópicas”.³³

Há uma série de outros documentos que “reafirmam e legitimam a importância da participação do Estado na promoção da saúde acessível a todos como um dos critérios básicos para a efetivação real da dignidade humana”. Aliás, a busca pelo “direito de todos ao acesso” à saúde se consubstancia em um interesse

³⁰ DALLARI, Sueli Gandolfi. **A construção do direito à saúde no Brasil**. Revista de Direito Sanitário, v. 9, n. 3. Nov. 2008/Fev. 2009, p.13.

³¹ AMARAL, Gustavo. **Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária**. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Orgs.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 81.

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 467.

³³ BARROS, Maria Elizabeth Diniz; PIOLA, Sérgio Francisco. O financiamento dos serviços de saúde no Brasil. IN: MARQUES, Rosa Maria; PIOLA, Sérgio Francisco; ROA, Alejandra Carrillo. (Orgs.). **Sistema de saúde no Brasil: organização e financiamento**. Rio de Janeiro: ABrES; Brasília: Ministério da Saúde, Departamento de Economia da Saúde, Investimentos e Desenvolvimento; OPAS/OMS no Brasil, 2016, p.101.

universal”³⁴. O direito à saúde “exige do Estado a adoção de medidas concretas para sua promoção, proteção e recuperação, como a construção de hospitais, a adoção de programas de vacinação, a contratação de médicos, etc.”.³⁵

O direito não se concretiza somente por meio de uma política constitucional, mas trata-se de direito complexo, à medida que necessita, para a sua garantia eficaz e conjugada às necessidades de saúde de toda a população brasileira, de outros elementos além dos estritamente normativos”³⁶, ou seja, deve ser incorporando além do conhecimento jurídico o das ciências da saúde, não se limitando ao “texto normativo, mas também o contexto em que este direito se insere”³⁷

A junção do conhecimento jurídico com outras áreas do conhecimento é o meio necessário para um “efetivo sistema público que abriga um direito universal, garantindo a todos os cidadãos indistintamente, de forma preventiva e assistencial”.³⁸

³⁴ SANTOS, Evaniele Antonia de Oliveira. **A subsistência humana: moradia, saúde, trabalho decente, meio ambiente saudável**. Direitos Humanos e Geração da Paz, v. 8. Fortaleza: Fundação Demócrito Rocha, 2016, p. 122.

³⁵ BRASIL. Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde. **Manual de direito sanitário com enfoque na vigilância em saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006, p. 51.

³⁶ MARQUES, Sílvia Badim. **O direito ao acesso universal a medicamentos no Brasil: diálogos entre o direito, a política e a técnica médica**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011, p. 295.

³⁷ DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. **Revista Saúde Pública**, n.22. São Paulo, 1988, p. 330.

³⁸ MARQUES, Sílvia Badim. **O direito ao acesso universal a medicamentos no Brasil: diálogos entre o direito, a política e a técnica médica**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011, p. 306.

3 ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

3.1 ORIGENS E ASPECTOS HISTÓRICOS DO ATIVISMO JUDICIAL

Um dos assuntos mais discutidos no universo jurídico tem sido o ativismo judicial, pois demonstra grande impacto nas atividades do judiciário.

Mister enaltecera reflexão de Luis Roberto Barroso:

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. 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).³⁹

Esse fenômeno teve seu surgimento nas cortes americanas, e tornou-se um símbolo de intervenção do Poder Judiciário entre os demais Poderes. Na década de 50 a Suprema Corte Americana impulsionou a nomenclatura desse acontecimento como “ativismo judicial”.

Na concepção de Vanice Regina Lirio do Vale (2009), o termo ativismo judicial, conquanto refere-se ao meio jurídico, nasceu com a publicação de um artigo na revista americana *Fortune*, pelo jornalista Arthur Schlesinger, numa reportagem no qual ele traçou o perfil de nove juízes na Suprema Corte dos Estados Unidos elencando alguns como ativistas judiciais. Pois, na sua percepção eram os juízes que atuavam de forma proativa na efetivação do estado de bem-estar social. Por outro lado, alguns outros juízes foram intitulados como “campeões do autocomedimento”, por entenderem que o Judiciário não deve ir além do seu espaço limitado dentro do sistema estadunidense.⁴⁰

A partir da publicação dessa matéria a terminologia ganhou força em meio aos constitucionalistas da época. Historicamente Ionilto Vale reforça que “a expressão tem sido usada por alguns constitucionalistas dos Estados Unidos com uma perspectiva crítica, para imprecisar um comportamento judicial não consoante à opinião jurisprudencial dominante”⁴¹. Porém, não havia um consenso entre os doutrinadores da época sobre ativismo judicial.

³⁹BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 6, jan./dez. 2009.

⁴⁰ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. Revista Direito GV. São Paulo, 2012, p. 3.

⁴¹ VALLE, Ionilto Pereira do. **O ativismo judicial: conceitos e formas de interpretação**. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp>>. Acesso em: 20 de setembro de 2021, p. 20.

No Brasil a perspectiva história dessa terminologia é um pouco diferente, visto que o nosso sistema jurídico adotado é a Civil Law conforme exemplifica Cunha (2012, p. 35):

O sistema Civil Law define-se por sua estrutura e funcionamento, cuja base se opera na previsibilidade futura da lei e seu caráter de generalidade. Tem, ainda, uma concepção a priori do direito, em que busca legitimar e padronizar a partir da fixação das regras expressas, o que garante, com isto, não só a objetividade, mas principalmente, a uniformidade no tratamento dado a todos com incidência naquela previsão descrita na lei.⁴²

Apesar de ter sistemas jurídicos diferentes, isso não implica na aplicação e contextualização do ativismo judicial. Visto que seu surgimento também foi em um Órgão Judiciário, sendo este o Supremo Tribunal Federal.

Segundo Pacheco (2017, p. 21):

Para se falar em ativismo judicial no Brasil, também é necessário destacar a constituição de 1988 como um marco fundamental, pois, ao mesmo tempo em que o novo texto constitucional ampliou a agenda de poderes do poder executivo, inclusive com capacidade para ditar pautas legislativas, atribuiu aos órgãos judiciários uma “competência de controle”, com base nos preceitos constitucionais, colocando o poder judiciário em uma posição preponderante, em especial o STF ao defini-lo como “Guardião da Constituição. (PACHECO, 2017, p. 21)

Para Pacheco (2017, p. 21) a função de controle atribuído para o Poder Judiciário criou a possibilidade do nascimento do ativismo judicial e do fenômeno da judicialização, uma vez que para guardar a Constituição é necessário proteger todos os elementos nela existentes.

Com isso o ativismo judicial ganhou espaço no território brasileiro, conseguindo estar à frente ao não cumprimento das obrigações do poder executivo e do poder legislativo.

3.1.1 Definição de Ativismo Judicial

De modo mais abrangente, Luiz Flávio Gomes, define o fenômeno do ativismo judicial como “quando o juiz inventa uma norma, quando cria um direito não contemplado de modo explícito em qualquer lugar, quando inova o ordenamento

⁴² CUNHA, Alexandre Sanches. **Introdução ao estudo do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012.

jurídico”.⁴³ Porém, o vocábulo de ativismo pode ser empregado com mais de uma interpretação. Na ciência do direito, ele é empregado para designar que o poder judiciário está agindo além dos seus poderes que lhe são designados pela ordem jurídica.

Na concepção de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ativismo judicial é conceituado como “interferência indevida nas atribuições dos demais Poderes do Estado e, em consequência, infringência ao princípio da separação de poderes”.⁴⁴

Para José Afonso da Silva, ativismo judicial é “um modo pró-ativo de interpretação constitucional”, de forma que “os magistrados, na solução de controvérsias, vão além do caso concreto em julgamento e criam novas construções constitucionais”.⁴⁵

Urge frisar o conceito de ativismo judicial de Luis Roberto Barroso:

Uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e o alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar *bypassar* processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso.⁴⁶

Diante dessas concepções, podemos dizer que ativismo judicial é a atuação fora dos limites constitucionais, que é dado a um dos poderes, ultrapassando sua própria função.

3.1.2 Desenvolvimento do Ativismo Judicial no Brasil

O marco do desenvolvimento do ativismo judicial no Brasil é o controle que Constituição de 1988 trouxe para o poder judiciário. O *caput* da CRFB/1988 dispõe que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]”.

⁴³ GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** JusNavegandi, Teresina, 04/06/2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-judicial-sem-precedentes>>. Acesso em: 13 de setembro de 2021.

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 836-837.

⁴⁵ JOSÉ Afonso da Silva aborda o ativismo judicial em seminário da OAB. **Revista OAB**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/25758/jose-afonso-da-silva-aborda-o-ativismo-judicial-em-seminario-da-oab>>. Acesso em: 13 de setembro de 2021.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 16 de setembro de 2021.

Como guardião da Constituição o judiciário obteve uma competência de controle, e isso fez alavancar o ativismo judicial, trazendo a possibilidade de intervenções tanto sobre a política parlamentar, especialmente pela via do controle concentrado de constitucionalidade, quanto sobre as políticas de ação social do governo executivo, que ocupa boa parte do controle difuso de constitucionalidade.⁴⁷

Para Verissimo (2008):

O resultado último dessas transformações foi dúbio. Por um lado, colocou o STF em uma posição de absoluto destaque na política nacional, transformando-o em um órgão que passou, pouco a pouco, a agir declaradamente como uma das mais importantes instâncias políticas da nação. Por outro lado, soterrou essa mesma corte debaixo de uma avalanche de processos, obrigando-a a conciliar esse seu papel político, de instância de revisão e segundo turno da política representativa, com um papel bem mais "rotineiro" de prestador de serviços forenses, de "terceira instância" na estrutura judiciária tradicional de solução de disputas individuais.

Esse aumento de demanda teve como resultado uma sobrecarga no poder judiciário, e também criou uma grande expectativa da sociedade no que tange as soluções para os problemas não resolvidos pelos demais poderes.

A busca da população por um herói se viu desmotivada, já que esse aumento também evidenciou em uma demora para solução dos problemas, a demanda apresentada não conseguiu acompanhar a capacidade de resoluções.

A solução buscada pelo próprio poder judiciário em conjunto com o poder legislativo para tentar amenizar o excesso de processos judiciais, e, ao mesmo tempo, manter as suas prerrogativas de controle e atuação política de criação do direito é desestimular a busca pela via judicial de solução de litígios e estimular outras vias de resolução de conflitos como a negociação, mediação, conciliação e arbitragem, que, realmente, a cada dia são mais visadas, contudo, não é razoável crer que essas vias por si só conseguirão salvar o poder judiciário da sua sobrecarga de trabalho. (PACHECO, 2017, p. 29)

3.1.3 Atuação do Ativismo Judicial na Saúde

No Brasil, percebemos que os órgãos que deveriam proteger e assegurar os direitos fundamentais não estão conseguindo lidar com as demandas, e o que acaba ocorrendo também, é que "o conflito de competências e a discricionariedade

⁴⁷VERISSIMO, Marcos Paulo. **A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial "À Brasileira"**. Revista Direito Gv. São Paulo, 2008, p. 409.

presente, muitas vezes, nos atos administrativos que visam prover a saúde tornam o seu oferecimento moroso, prejudicando a população”.⁴⁸

O direito à saúde encontra-se totalmente ligado ao direito a vida, que é um direito fundamental. Devemos ressaltar que quando o texto constitucional consagra um direito como fundamental, “ele se torna exigível, inclusive mediante ação judicial”⁴⁹.

Desse modo a atuação do judiciário no que tange o direito à saúde é plenamente constitucional.

Verbicaro (2012, p. 19) lembra que:

[...] o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contra majoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia.

Da mesma forma, Rosário (2010) afirma que a expansão do âmbito de atuação do Poder Judiciário, bem como sua politização, não são contrárias à Democracia, mas estão em consonância com ela, com o seu conteúdo e com os seus princípios.

Para o Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello a principal razão dessa postura ativista do judiciário é “a necessidade de fazer valer a Constituição, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos”. Neste diapasão, o Ministro, aduz sobre o direito à saúde, que quando o Poder Judiciário age suprimindo omissões está na realidade obedecendo aos preceitos constitucionais, ou seja, agindo na inércia dos demais Poderes para restaurar a ordem constitucional.”⁵⁰

Nessa mesma linha de pensamento o jurista, Joaquim Barbosa dispõe que “no Brasil, a desigualdade no campo da saúde é tão expressiva, que se tornou

⁴⁸ MARTINI, Sandra Regina; LESSA, Pablo Henrique Cordeiro. **O ativismo judicial e a intervenção do poder judiciário: a limitação dos orçamentos públicos e a garantia do direito fundamental à saúde**. Revista Jurídica – CCJ, v. 21, n. 44. Blumenau: FURB, 2017, p. 6.

⁴⁹ 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://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 20 de outubro de 2021.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SL-AgR 47**. Relator: Ministro Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, Julgado em 17.03.2010, DJe 30.04.2010.

imperativo para o Poder Judiciário atuar com bastante rigor e precisão para impedir que o fosso entre os cidadãos se alargue ainda mais”.⁵¹

É necessário frisar que no que diz respeito ao direito à saúde, a maior procura para acionar o judiciário é observada nos casos de distribuição de medicamento e prescrição de tratamento. Tais “ações de medicamentos surgiram nos anos 1990, tendo como objeto o tratamento de enfermidades específicas, como HIV/AIDS. Hoje essas demandas são mais diversificadas”.⁵²

3.2 TEMA 500 DO STF

Constantemente o Supremo Tribunal Federal é acionado para sinalizar entendimentos no que diz respeito a direito à saúde.

O tema 500 trata sobre o dever do Estado de fornecer medicamentos não aprovados pela ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária). Hoje esse tema encontra-se fixado da seguinte forma:

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.
2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.
3. 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), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.
4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.⁵³ (Tema 500 STF/ RE 657718, 22.05.2019)

O STF foi categórico afirmando que o Estado não tem obrigação de fornecer medicamentos experimentais, que são aqueles que não possuem eficácia comprovada.

⁵¹ BARBOSA, Joaquim Benedito. **Barbosa diz que judicialização da saúde é tema superlativo**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-03/joaquim-barbosa-judicializacao-saude-problema-superlativo>>. Acesso em: 01 de outubro de 2021.

⁵² LEMOS, Junia Coelho. **A judicialização da saúde como sintoma da desconfiança no poder executivo**. IN: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Orgs.). **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 399-400.

⁵³BRASIL. **Tribunal de Justiça: Tema 500 STF – Trânsito em julgado**. Disponível em: <<https://www.tjro.jus.br/nugep-conteudo-Atualizacoes/item/13704-tema-500-stf-transito-em-julgado>>. Acesso em: 20 de outubro de 2021.

A ANVISA é uma autarquia que tem como finalidade de proteger a saúde da população por meio do controle sanitário da produção e consumo de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, dentre suas funções está a de autorização para comercialização e ingresso de medicamentos no Brasil. De acordo com Resolução do Conselho Nacional de Saúde nº 251, de 07 de agosto de 1997 para que os medicamentos sejam comercializados no Brasil se submetem a uma avaliação de eficácia: “A avaliação de um dossiê de registro costuma ser dividida em três partes: análise farmacotécnica, análise de eficácia, e análise de segurança”. Os medicamentos, por sua vez, são registrados na ANVISA pela Gerência-Geral de Medicamentos (GGMED).⁵⁴

Em relação aos medicamentos com eficácia e segurança comprovada, mas sem registro na ANVISA o STF estabeleceu alguns requisitos para o seu fornecimento:

O primeiro requisito é a existência de pedido de registro do medicamento. Neste sentido, o entendimento é justificado pelo argumento de que a inércia da ANVISA pode ocasionar prejuízo aos pacientes impedindo que estes tenham acesso a medicamentos necessários. Para este requisito o STF estabeleceu apenas uma exceção, que são os casos de medicamentos órfãos destinados aos tratamentos de pessoas com doenças raras, tendo em vista que a inviabilidade econômica dificulta os pedidos de registro por parte da indústria farmacêutica. O segundo requisito proclamado é a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior, em que o STF exemplifica as agências reguladoras dos Estados Unidos, da União Europeia e do Japão, reforçando assim, a segurança e eficácia do medicamento. O terceiro requisito é a inexistência de substituto terapêutico com registro na ANVISA, de modo que o Poder Judiciário não pode conceder ao requerente medicamento não registrado, havendo outro medicamento com o registro sanitário e que também seja tratamento satisfatório.⁵⁵

Vale destacar que o direito fundamental a Saúde é também regulamentado pela Lei 8080/90 (Lei Orgânica da Saúde), que dispõe sobre o Estado prover os meios para a efetivação do direito à saúde com o fornecimento de todas as condições necessárias ao pleno exercício da assistência terapêutica integral:

⁵⁴ BRASIL. **Agência Nacional de Vigilância**. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/orgaos/agencia-nacional-de-vigilancia-sanitaria#:~:text=Tem%20por%20finalidade%20institucional%20promover,como%20o%20controle%20de%20portos%2C>>. Acesso em: 20 de outubro de 2021.

⁵⁵CAVALCANTE, CAROLINE SILVA DE SOUZA. **A judicialização como instrumento garantidor do direito à saúde às pessoas com doenças raras no Brasil**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 02 nov 2021. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54664/a-judicializacao-como-instrumento-garantidor-do-direito-sade-s-pessoas-com-doenas-raras-no-brasil>>. Acesso em: 02 de outubro de 2021.

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

[...] Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

[...]

d- de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica; [...]

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.

Em síntese Henrique (2018) afirma que:

Entende-se que, havendo previsão legal para participação das pessoas acometidas de doenças graves em programas experimentais (desde que havendo prescrição e acompanhamento médico), que havendo previsão legal para importação de medicamentos estrangeiros (desde que comprovada a eficácia no país de origem), respeitando-se a liberdade de escolha do paciente e no sentido de conferir eficácia aos direitos fundamentais vida e saúde é possível em casos de ausência de tratamento eficaz no Brasil, considerando o que dispõe a Lei n. 6.360/76 e também a Lei 8.080/90 juntamente com a burocracia exacerbada que acarreta a morosidade do processo administrativo na ANVISA, que seja o Estado em casos excepcionais compelido ao fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA e medicamentos importados desde que haja a prescrição médica e o risco iminente de morte ou de vida digna.

3.2.1 Distribuição de Medicamentos e Custos de Tratamento

É notório que todos os direitos geram custos ao Estado, e a maioria dos casos para o exercício de direitos fundamentais se faz necessário um enorme gasto público.

Dentro dessa linha é importante destacar sobre o conceito da reserva do possível:

O argumento da reserva do possível envolve dois aspectos: (I) deve haver razoabilidade entre a satisfação do interesse individual pleiteado e o interesse coletivo, ou seja, deve ser razoável exigir da sociedade o ônus relativo ao cumprimento daquele interesse

individual, (II) o empenho financeiro necessário para a satisfação desse ônus deve ser compatível com o equilíbrio do orçamento público.⁵⁶

A execução do direito a saúde encontra-se sujeito a reserva do possível, visto que os recursos do Estado são finitos. E, também é necessário colocar os interesses coletivos acima dos individuais. Assim, é dever do legislador, na fiscalização do Orçamento, buscar atender, primordialmente os interesses da coletividade.⁵⁷

É possível classificar em quatro espécies as demandas referentes ao fornecimento de medicamento:

As duas primeiras referem-se ao pleito de medicamentos, sendo uma de medicamentos disponíveis e a outra de medicamentos indisponíveis no SUS; A terceira categoria consiste nas “demandas geradas por condutas médicas discordantes dos Protocolos Clínicos ou de ações programáticas definidas pelo SUS”; Há ainda aquelas referentes aos planos de saúde, quando usuários, devido à limitações do plano, demandam procedimentos que não são cobertos no setor suplementar.⁵⁸

Acontece que em muitos casos, o paciente já cessou todos os meios possíveis para tratamento, e acaba procurando tratamentos experimentais no Brasil, ou tenta importar medicamentos que possa assegurar a cura da doença, ou até mesmo prolongar o tempo de vida.

Nesse contexto, Bulos afirma que cabe ao Estado preservar a saúde e a vida humana (2009, p. 213): “[...] cabe ao Estado assegurar o direito à vida sob duplo aspecto: direito de nascer e direito de subsistir ou sobreviver”.

3.3 LIMITAÇÃO ORÇAMENTÁRIA

Uma das críticas ao Ativismo Judicial, é que o mesmo acaba interferindo no planejamento orçamentário do Estado.

⁵⁶ SILVA, Carlos Augusto Lima Vaz da. apud. TOLEDO, Claudia. **Mínimo existencial – a construção de um conceito e seu tratamento pela jurisprudência constitucional brasileira e alemã**. PIDCC. Aracaju, ano VI, v. 11 no. 01, p.102-119, fev/2017, p. 107.

⁵⁷ PEDRINI, T.F; VANDRESEN, T.A **reserva do possível: entre a suposta insuficiência de recursos disponíveis e a execução do direito à saúde**. Revista Bonijuris, v. 28, p. 16-22, 2016.

⁵⁸ LEMOS, Junia Coelho. **A Judicialização da Saúde como Sintoma da Desconfiança no Poder Executivo**. BUCCI, Maria Paula Dallari e DUARTE, Clarice Seixas. Judicialização da Saúde: A visão do Poder Executivo. Saraiva, 2017.

Na visão de Gilmar Mendes tanto na questão positiva quanto na negativa dos direitos sociais é preciso negativa dos direitos sociais é necessário “o emprego de recursos públicos para a sua garantia”.⁵⁹

A entrega satisfatória desses direitos depende dos recursos disponibilizados pelo Estado.

Nesse contexto temos o pensamento de Alexandre Morais da Rosa:

[...] impera o paradigma do ilimitado acesso à justiça numa perspectiva que desconsidera a realidade de que o Estado é estrutura e seus recursos, finitos. O raciocínio em que se formam os operadores jurídicos é o de que o Estado, esse ente intangível e dantesco, deve garantir tudo a todos. A categoria “social”, aqui, funciona como um passe livre quando invocada ou prevista. No entanto, alguém será invariavelmente excluído dessa operação aparentemente correta: o enfoque à garantia do acesso à justiça, sem se inquirir acerca dos reflexos/consequências/externalidades, têm gerado o caos atual. Com efeito, na prática, não haverá equilíbrio, e muitos (mais) ficarão de fora, sem acesso, sem direitos. É evidente que o sistema judicial, da maneira em que se encontra, em geral é lento e o resultado, muito demorado. Soluções legislativas são empregadas, mas não se observa grandes modificações, de largo alcance.⁶⁰

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, não é “possível ao Judiciário determinar a adoção de medidas que dependem de legislação, como não é possível determinar à Administração a inclusão de verbas no orçamento, desde que não previstas na lei orçamentária”⁶¹.

O Judiciário ao estabelecer o fornecimento de remédios, ou tratamento de doenças, acaba por Judiciário “ignorar as implicações de suas decisões nos orçamentos dos entes federativos”, “impactando o equilíbrio inicialmente previsto no orçamento”⁶², ou seja, quanto mais o Judiciário “atender e priorizar a garantia dos direitos individuais, menos recursos restarão para o bem coletivo”.⁶³

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de direito e jurisdição constitucional**: 2002/2010. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 70.

⁶⁰ ROSA, Alexandre Morais da. **Acesso à justiça: uma proposta de abordagem conforme a análise econômica do direito**. In: OLIVIERO, Maurizio; ABREU, Pedro Manoel; GARCIA, Marcos Leite (Orgs.). **Ativismo judicial e judicialização de políticas públicas: a teoria da separação dos poderes no ambiente transnacional assimétrico**. Coleção principiologia constitucional e política do direito. Tomo 02. Itajaí: UNIVALI, 2016. p.33.

⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 837.

⁶² PEREIRA, Fernanda Tercetti Nunes. **Ativismo judicial e direito à saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário**. Revista brasileira de políticas públicas, v.5, número especial. Brasília: 2015, p. 303-304.

⁶³ PACHECO, Roberto Carlos dos Santos. (Prefácio da obra) In: YAMAGUCHI, Cristina Keiko; ORSATTO, Silvio Dagoberto; BORGES, Gustavo (Orgs.). **Judicialização da saúde no Brasil: uma abordagem interdisciplinar**. Erechim: Editora Deviant, 2017, p. 14.

Mesmo existindo uma corrente que seja desfavorável ao ativismo judicial, a falta de recursos não pode ser a razão para a não efetivação dos direitos fundamentais sociais.

A ex-ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Eliana Calmon, dispõe:

1. Esta Corte tem reconhecido aos portadores de moléstias graves, sem *disponibilidade financeira* para custear o seu tratamento, o direito de receber gratuitamente do Estado os medicamentos de *comprovada necessidade*. [...]. 4. O direito assim reconhecido não alcança a possibilidade de escolher o paciente o medicamento que mais se adequa ao seu tratamento. 5. *In casu*, oferecido pelo SUS uma segunda opção de medicamento substitutivo, pleiteia o impetrante fornecimento de medicamento de que não dispõe o SUS, sem descartar em prova circunstanciada a imprestabilidade da opção ofertada. 6. Recurso ordinário improvido.⁶⁴

A respeito do tema Ingo Sarlet (2001, p.11-12), esclarece que:

[...] a possibilidade do titular desse direito (em princípio qualquer pessoa), com base nas normas constitucionais que lhe asseguram esse direito, exigir do poder público (e eventualmente de um particular) alguma prestação material, tal como um tratamento médico determinado, um exame laboratorial, uma internação hospitalar, uma cirurgia, fornecimento de medicamentos, enfim, qualquer serviço ou benefício ligado à saúde [...] o direito à saúde [...] é também (e acima de tudo) um direito a prestações, ao qual igualmente deverá ser outorgada a máxima eficácia e efetividade.

É importante ressaltar que mesmo a limitação orçamentária sendo usada como pretexto para a não efetivação de tais direitos, o real problema é o desvio de recursos que deveriam ser usados para a sociedade.

Um levantamento, feito a partir de informações dos órgãos públicos de controle, aponta que R\$ 40 bilhões foram perdidos com a corrupção em sete anos, de 2002 a 2008. No que toca à área da saúde, nos últimos nove anos, o governo federal contabilizou um orçamento paralelo de R\$ 2,3 bilhões que deveriam curar e prevenir doenças, mas escorreram pelo ralo da corrupção. Esse é o montante de dinheiro desviado da Saúde, segundo constatação de Tomadas de Contas Especiais (TCEs) encaminhadas ao Tribunal de Contas da União (TCU), entre janeiro de 2002 e 30 de junho de 2011.⁶⁵

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ROMS 200802642941**. Relatora: Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 17.06.2009.

⁶⁵ MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. **A judicialização da saúde**. In: SAVARIS, José Antônio; STRAPAZZON, Carlos Luiz. (Orgs.). **Direitos fundamentais da pessoa humana: um diálogo latino-americano**. Curitiba: Alteridade Editora, 2012, p. 262.

Ou seja, o que acaba ocorrendo é a inércia no desempenho do Poder Executivo e Legislativo, onde prevalece os interesses políticos e a disputa pelo poder.

Desse modo o ativismo judicial ganha destaque como instrumento na garantia e concretização do direito à saúde, pois mesmo a administração pública “alegando não possuírem meios de fornecer o serviço”, podem ser, “obrigados, posteriormente, pelo Judiciário, a executar a medida”.⁶⁶

3.3.1 Possíveis Soluções

Um dos debates no meio jurídico é sobre a quantidade de processos judiciais. Embora a citação extensa, é importante apontar os principais motivos que implicam nesse excesso:

1. Cultura do litígio: o Brasil é campeão mundial de judicialização se observada a proporção entre processos e habitantes. A média é de praticamente um processo para cada habitante brasileiro. Tudo levado às portas dos Tribunais, sem qualquer limite ou contenção. [...] E o excesso de condenações desregula a gestão do SUS e dos planos de saúde;
2. Facilidade de acesso à Justiça: é possível ajuizar uma ação judicial sem advogado nos Juizados Especiais. [...] Quase todos os tribunais do Brasil –são 91 –estão na era do processo digital. Significa que a ação pode ser proposta em qualquer lugar do mundo por intermédio do peticionamento eletrônico;
3. Ampla estrutura funcional e burocracia do sistema de Justiça;
4. Facilidade: é muito mais fácil pedir ao juiz do que enfrentar a fila do SUS;
5. A ausência de qualidade de serviços médicos;
6. Gratuidade: o Estado não cobra para o ajuizamento de uma ação judicial. [...] Assim, o autor da ação não tem nada a perder;
7. Necessidade de ser politicamente correto: [...] Parece que há um receio de negar um pedido sobre direito à saúde;
8. Ausência de análise adequada dos fatos: em grande parte das ações judiciais no Brasil [...] não analisa o caso clínico do autor da ação;
9. Primazia absoluta do direito à saúde: os tribunais analisam de forma isolada um processo sobre direito à saúde sem confrontá-lo com o orçamento, com o total de cidadãos que também precisam do tratamento e ainda não obtiveram cobertura, e com o modelo estrutural de sistema de saúde público ou complementar;
10. Ausência de governança pública: [...] a governança pública adequada permite maior controle de gestão, com notórios ganhos na execução de políticas de saúde em prol da população;
11. Fomento à meritocracia: [...] a falta de meritocracia reduz a eficácia do Estado e abre a porta para o processo judicial;
12. Desrespeito ao consequencialismo: O Judiciário costuma desconsiderar as consequências da decisão como critério de decisão judicial;
13. Ausência de cultura da responsabilidade: o brasileiro

⁶⁶ MARTINI, Sandra Regina; LESSA, Pablo Henrique Cordeiro. **O ativismo judicial e a intervenção do poder judiciário: a limitação dos orçamentos públicos e a garantia do direito fundamental à saúde.** Revista Jurídica – CCJ, v. 21, n. 44, p. 5-24. Blumenau: FURB, 2017, p.18.

pensa que o Estado (SUS) deve prestar tudo sem qualquer limite, sem qualquer controle e (principalmente) sem nenhum custo; 14. Subsidiariedade no SUS; 15. Necessidade de equilíbrio na relação livre iniciativa e direito do consumidor: [...] tem-se conferido, de maneira equivocada, primazia absoluta aos direitos do consumidor; 16. Necessidade de reajuste na cadeia de intermediários: [...] regulação nos preços de OPME; 17. Equilíbrio contratual nos planos de saúde; 18. Cultura da medicação; 19. Cumprimento do dever fundamental de exercer a boa administração pública; 20. Ampliação e concretização do papel da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias –Conitec no SUS: cabe a tal entidade assessorar o Ministério da Saúde na incorporação, exclusão ou alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos; 21. Adoção de critério de decisão judicial: a autoridade judiciária responsável [...] deve acompanhar as decisões proferidas pela Conitec; 22. Melhoria na defesa dos entes públicos: [...] processo passe a ser alimentado por informações técnicas e do sistema de saúde; 23. Aplicação adequada da proporcionalidade; 24. Definição das prioridades; 25. Redes: cabe ao Estado ampliar a criação de redes – envolvendo União, Estados e Municípios –que possam dialogar com os juízes do Brasil a fim de facilitar o julgamento de processos sobre o direito à saúde.⁶⁷

É indispensável que para a celeridade na resolução de problemas que atingem o direito a saúde se faz necessário o uso da mediação e conciliação, além do suporte da administração pública.

Existem também outras medidas que podem ser adotadas para contribuição de melhorias na esfera das políticas de saúde:

(a) prestígio das ações coletivas: [...] é preciso fomentar o manejo de ações coletivas com o fim de permitir que os tratamentos, medicamentos ou políticas postuladas ao Judiciário sejam direcionados ao maior número de pessoas; (b) rigorismo na análise dos pedidos deduzidos judicialmente: [...] é preciso assentar que o juiz não é refém de médico e o médico não possui poderes absolutos para prescrever, já que deve observar as práticas cientificamente comprovadas e a legislação de regência; (c) ampliação do diálogo entre o sistema de justiça e o sistema de saúde: [...] a criação da melhor decisão judicial sobre um tratamento de saúde passa pela análise de fatores técnicos geralmente externos à teoria jurídica, razão pela qual a noção médica e farmacológica precisa ser incorporada ao exercício da função jurisdicional; (d) é preciso que os atores do sistema de saúde conheçam as políticas de saúde: [...] há, e isso é importante destacar, a divulgação da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), na qual constam todos os fármacos disponíveis no SUS. Tudo isso precisa ser do

⁶⁷ SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo, 2015, p. 107-116.

conhecimento do magistrado para planejar e construir a decisão mais adequada jurídica e tecnicamente.⁶⁸

Um maior comprometimento com a formulação de políticas públicas de saúde “corresponde a uma concepção contemporânea sobre a democracia”, ao passo que a intervenção “judicial se dá com o intuito de garantir o direito de participação da comunidade, bem como a proteção das minorias”.⁶⁹

O cenário ideal seria a efetividade do direito sem a necessidade de acionar o Poder Judiciário, para isso é importante “o fortalecimento da cultura administrativa” e também, “devem ser estimuladas práticas desenvolvidas no âmbito do Ministério Público, das Defensorias Públicas e da própria Administração”.⁷⁰

⁶⁸ SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo, 2015, p. 95-92.

⁶⁹ APPIO, Eduardo Fernando. **O controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Tese de doutorado em Direito. Florianópolis: UFSC, 2004, p.216.

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 638.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É evidente que os indivíduos não podem ser privados dos seus direitos e garantias fundamentais perante a inércia dos Poderes Executivos e Legislativo ao introduzir e executar as políticas públicas.

Historicamente no Brasil existe uma escassez de ações preventivas e educativas de saúde, vemos mais uma gama de luta pela sobrevivência social ao invés de condições de saúde satisfatórias. Isso reforça a ideia do Judiciário como palco de concretização dos direitos fundamentais, principalmente o direito à saúde. Nessa esfera a judicialização de políticas públicas representa a garantia da representação do povo e não uma afronta, visto que o objetivo é suprir eventuais lacunas e omissões.

No intuito de atingir os objetivos elencados no texto constitucional é fundamental a atuação do Poder Judiciário. Nesse patamar o Ativismo Judicial tem tido destaque na concretização de políticas públicas e valores propostos pelo Estado.

Um dos grandes desafios do Ativismo Judicial na efetivação dos direitos sociais é não ultrapassar o âmbito dos demais Poderes. Desse modo, os “fatores de indeterminação do direito possibilitam, pois, uma ampliação da discricionariedade judicial e uma politização das reivindicações jurídicas”, o que acaba implicando num protagonismo do Poder Judiciário em relação aos demais poderes, já que atua em prol da concretização dos direitos fundamentais sociais da parcela mais carente da população. Neste cenário acaba sendo tarefa do Poder Judiciário, além da garantia dos direitos fundamentais, conferir eficácia às políticas públicas e “promover a igualdade e a inclusão social”.⁷¹

No decorrer do estudo foram abordadas as funções do Ativismo Judicial com foco no tema 500 do STF. Foi necessário analisar a Separação dos Poderes para trazer melhor interpretação do uso desse fenômeno. Ainda, foram ponderados os conceitos sobre os direitos fundamentais vida e a saúde, tendo como base o princípio da dignidade humana.

Sobre o direito à saúde, o ativismo judicial pode se consolidar com importância ímpar, principalmente quando o direito à saúde estiver diretamente

⁷¹ VERBICARO, Loiane Prado. **Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil**. Revista Direito GV, n. 8. São Paulo: jul-dez. 2008,p.396.

vinculado com a dignidade humana ou com o direito à vida, este que é um dos bens mais protegido pelo ordenamento jurídico.

É através do ativismo judicial que muitos pacientes têm suprido suas necessidades na área da saúde, como evidenciado no estudo o uso de medicamentos não registrados pela ANVISA. Onde pode-se concluir que nas situações que se demonstrem casos de excepcionalidade diante da gravidade, ou casos em que o paciente pode vir a óbito, e também sem outras formas de tratamento poderão ser importados os medicamentos não autorizados pela ANVISA e fornecidos pelo Estado estendida a mesma conclusão para os medicamentos experimentais.

Por fim, foi possível concluir que o Poder Judiciário, através do ativismo judicial tem cumprido um papel importante na sociedade, e deve continuar suprimindo as insuficiências dos demais Poderes, principalmente na posição de garantia do direito à saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMPOLINI, Geverson. **Jurisdição constitucional, separação dos poderes e o ativismo judicial**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5880, 7 ago. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68755>. Acesso em: 28 de setembro de 2021.

APPIO, Eduardo Fernando. **O controle judicial das políticas públicas no Brasil. Tese de doutorado em Direito**. Florianópolis: UFSC, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo**. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Flávio de Azevedo (Coord.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª ed. Atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BRASIL. **Agência Nacional de Vigilância**. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/orgaos/agencia-nacional-de-vigilancia-sanitaria#:~:text=Tem%20por%20finalidade%20institucional%20promover,como%20o%20controle%20de%20portos%2C>>. Acesso em: 20 de outubro de 2021.

_____. **Tribunal de Justiça: Tema 500 STF – Trânsito em julgado**. Disponível em: <<https://www.tjro.jus.br/nugep-conteudo-actualizacoes/item/13704-tema-500-stf-transito-em-julgado>>. Acesso em: 20 de outubro de 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 9. Ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; CIPRIANI, Manoella Peixer. **Sobre o ativismo judicial nas questões relacionadas ao direito à saúde: mensageiro da boa nova ou lobo em pele de cordeiro**. Revista Brasileira de Direito. Passo Fundo: 2017. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1944>. Acesso em: 15 de setembro de 2021.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GUEDES, Juliana Santos. **Separação dos Poderes? O Poder Executivo e a tripartição de poderes no Brasil**. Bacharelada em Direito pela Universidade Salvador – UNIFACS. 2008.

HERNRIQUE, Juliana. **Fornecimento pelo Estado de medicamentos não registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) frente aos Direitos Fundamentais Vida e Saúde**. UNISUL. Tubarão, 2018. Disponível em:

<<https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/5776>>. Acesso em: 20 de outubro de 2021.

LEMOS, Junia Coelho. **A Judicialização da Saúde como Sintoma da Desconfiança no Poder Executivo**. IN: BUCCI, Maria Paula Dallari e DUARTE, Clarice Seixas. *Judicialização da Saúde: A visão do Poder Executivo*. Saraiva, 2017.

MARTINI, Sandra Regina; LESSA, Pablo Henrique Cordeiro. **O ativismo judicial e a intervenção do poder judiciário: a limitação dos orçamentos públicos e a garantia do direito fundamental à saúde**. *Revista Jurídica – CCJ*, v. 21, n. 44.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionabilidade e controle judicial**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de direito e jurisdição constitucional: 2002/2010**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. **A judicialização da saúde**. In: SAVARIS, José Antônio; STRAPAZZON, Carlos Luiz. (Orgs.). *Direitos fundamentais da pessoa humana: um diálogo latino-americano*. Curitiba: Alteridade Editora, 2012.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis: as formas de governo: a divisão dos poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987.

NUNES, Ana Luisa Tarter; COUTINHO, Nilton Carlos; LAZARI, Rafael José Nadim de. **Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação**. Brasília, v. 5, Número Especial, 2015.

PACHECO, Renan do Rêgo Silva. **Implicações do ativismo judicial no Brasil: análise prática da criação do direito pelo Poder Judiciário**. Universidade Federal de Pernambuco – Ufpe - Centro De Ciências Jurídicas – CCJ, Bacharelado em Direito, Recife, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/24458/1/Monografia%20Ativismo%20Judicial%20no%20Brasil%20-%20Renan%20Pacheco%20-%20PDF.pdf>>. Acesso em: 28 de agosto de 2021.

PACHECO, Roberto Carlos dos Santos. **(Prefácio da obra)** In: YAMAGUCHI, Cristina Keiko; ORSATTO, Silvio Dagoberto; BORGES, Gustavo (Orgs.). *Judicialização da saúde no Brasil: uma abordagem interdisciplinar*. Erechim: Editora Deviant, 2017.

PEDRINI, T.F; VANDRESEN, T. **A reserva do possível: entre a suposta insuficiência de recursos disponíveis e a execução do direito à saúde**. *Revista Bonijuris*, v. 28, p. 16-22, 2016.

PEREIRA, Fernanda Tercetti Nunes. **Ativismo judicial e direito à saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário**. *Revista brasileira de políticas públicas*, v.5, número especial, p. 290-308. Brasília, 2015.

PEREIRA JUNIOR, Jose Aldizio. **O Poder Judiciário e a sua função constitucional: algumas reflexões**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 15 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49027&seo=1>>. Acesso em: 04 de setembro de 2021.

ROSA, Alexandre Morais da. **Acesso à justiça: uma proposta de abordagem conforme a análise econômica do direito**. In: OLIVIERO, Maurizio; ABREU, Pedro Manoel; GARCIA, Marcos Leite (Orgs.). Ativismo judicial e judicialização de políticas públicas: a teoria da separação dos poderes no ambiente transnacional assimétrico. Coleção principiologia constitucional e política do direito. Tomo 02. Itajaí: UNIVALI, 2016.

ROSÁRIO; Luana Paixão Dantas do. **Politização e legitimidade discursiva do judiciário na democracia brasileira**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/13_62.pdf>. Acesso em: 01 de outubro de 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=233>>. Acesso em: 23 de outubro de 2021.

SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

_____, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 41. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2018.

SILVA, Virgílio A. da. **O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos**. In: SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel (orgs.). Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo: UNISINOS, 2012.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. Revista Direito GV, [S.I.], v. 8, n. 1, p. 037-057, jan. 2012. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23966>>. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

TONELLI, Maria Luiza Quaresma. **A judicialização da política e a soberania popular**. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2013. p. 36.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009.

VERBICARO; Loiane Prado. **As transformações do poder judiciário nas democracias contemporâneas**. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Pará. Belém, n. 18, jan./jun., 2008.

VERISSIMO, Marcos Paulo. **A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “À Brasileira”**. Revista Direito GV, São Paulo 4(2) | Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1808-24322008000200004>>. Acesso em: 12 de outubro de 2021.