

**O ATIVISMO JUDICIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O
DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE**
*THE JUDICIAL ACTIVISM OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE AND THE
FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHT TO HEALTH*

José Laurindo de Souza Netto¹

Anderson Ricardo Fogaça²

Resumo: O ativismo judicial, considerado como um fenômeno jurídico, costuma ser compreendido como uma postura proativa do Poder Judiciário, o que preconiza a livre criação do direito, indo muito além dos limites impostos pela hermenêutica jurídica. A problemática proposta consiste em analisar as consequências práticas desse comportamento. Nesse sentido, o presente artigo busca demonstrar como a jurisprudência pátria, em especial a do Superior Tribunal de Justiça, adota uma postura extremamente ativista quando se depara com ações judiciais envolvendo o direito fundamental social à saúde, mormente aquelas que discutem o fornecimento de medicamentos não registrados pela ANVISA — Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Também se faz uma análise sobre o consequencialismo como técnica de hermenêutica imposta ao juiz pelo art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42), concluindo-se pela necessidade de autocontenção do Poder Judiciário, dada a escassez dos recursos públicos para atender de forma igualitária a todas as pessoas na mesma situação, a fim de evitar o alargamento das políticas públicas eleitas pelos Poderes competentes. À luz de um constitucionalismo cooperativo, sugere-se, ainda, a utilização dos diálogos institucionais, adotando-se, entre tantas modalidades, a teoria do equilíbrio, que confere a interpretação da Constituição como tarefa compartilhada entre os poderes, sem conferir primazia

¹ Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1982), mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1998) e doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Em 2004 concluiu o estágio de pós doutorado, junto ao departamento de sociologia da Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma "La Sapienza", em programa de vinculado ao Ministério da Educação - Capes. É professor, foi diretor geral e ex-supervisor pedagógico da Escola da Magistratura do Paraná sendo coordenador científico de cursos de formação inicial e continuado para Magistrados junto a Emap, Coordenador Regional da Escola Nacional da Magistratura (ENM). Pertence a Comissão Permanente de jurisprudência, Revista, Documentação e Biblioteca, foi Presidente da 8ª e da 3ª Câmara Cível. Ex-membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e pertence ao Conselho editorial da revista do CNPCP. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas: jurisdição e processo constitucional, criminalidade, cidadania, juizados especiais e direito processual. Síntese: Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná, 2º Vice-Presidente, e membro de seu Órgão Especial. Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná UFPR. Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma "La Sapienza". Com Estágio de Pós-doutorado em Portugal e Espanha. Professor de direito processual no curso de mestrado da Universidade Paranaense ? UNIPAR, na União Educacional de Cascavel (UNIVEL) e na Universidade Estadual de Londrina (UEL). Autor de livros e diversos artigos jurídicos publicados em revista nacionais e internacionais. Parecerista de artigos acadêmicos, palestrante e conferencista no Brasil e no Exterior.

² Mestrando da Universidade Internacional – UNINTER, Professor da Escola da Magistratura do Paraná — EMAP e Juiz de Direito em Segundo Grau do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

a nenhum deles, e ainda ressalta a importância da participação de outros atores, tais como instituições e o povo em geral. Utilizou-se o método lógico-dedutivo, a partir de pesquisa com revisão de literatura relacionada ao tema e análise de precedentes judiciais.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Fornecimento de medicamentos; Ativismo Judicial; Superior Tribunal de Justiça.

Abstract: Judicial activism, considered as a legal phenomenon, is usually understood as a proactive stance of the Judiciary, which advocates the free creation of law, going far beyond the limits imposed by legal hermeneutics. The proposed problem is to analyze the practical consequences of this behavior. In this sense, the present article seeks to demonstrate how the jurisprudence of the country, especially that of the Superior Court of Justice, adopts an extremely activist attitude when facing legal actions involving the fundamental social right to health, especially those that discuss the supply of non-prescription drugs registered by ANVISA - National Health Surveillance Agency. The logical-deductive method was used, based on research with literature review related to the theme and analysis of judicial precedents.

Keywords: Constitutional Law; Supply of Medicines; Judicial activism; Superior Justice Tribunal.

1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário assumiu o protagonismo no Brasil. Não é nenhum exagero dizer, pensamos, que praticamente todas as suas instâncias e ramificações estão servindo de arena para embates sobre as principais questões políticas, econômicas e sociais que envolvem a nação, fato que, a par das críticas passíveis de serem feitas, aproxima a sociedade civil daquilo que é decidido pelos tribunais brasileiros todos os dias.

Noutras palavras, cada vez mais se está depositando nas mãos de juízes, desembargadores e ministros a incumbência de ditar os rumos da sociedade. O problema é que, ao menos no cenário atual, não se tem qualquer garantia de que, instados a se manifestar sobre questões sensíveis, estes órgãos da Justiça observem os limites impostos pela boa hermenêutica jurídica.

Basta que se lembre — em um passado não tão distante —, por exemplo, da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional, acerca da perda do mandato parlamentar por infidelidade partidária, oportunidade na qual a referida Corte Suprema “criou” hipótese de perda de mandato que não consta do vigente Texto Constitucional.

Com efeito, esta posição de centralidade do Poder Judiciário, mormente naquilo que toca à tomada das decisões mais fundamentais de uma sociedade, leva, sem sombra de dúvidas, à inquietação a respeito das causas que alçaram tal Poder a esse patamar.³

É certo que, desde a aprovação das constituições democráticas, surgiu uma nova forma de Estado, dito Estado Constitucional de Direito, que retoma a vocação pluralista do Estado Jurisdicional com protagonismo da jurisdição, instituto este que passou a não ser mais encarado nos limites desenhados pela Revolução Burguesa de 1789, época na qual se entendia — por um conjunto de fatores — que o papel dos juízes era o de meros aplicadores da lei aos casos concretos (FIORAVANTI: 2004, p. 13-43).

De fato, desde o final da Segunda Guerra Mundial (1945) verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo — tendo por combustível o voto popular (BARROSO: 2012, p. 1). Este processo de expansão da autoridade judicial, contudo, tornou-se mais agudo com a adoção de constituições cada vez mais ambiciosas, sendo que, no Brasil, seu contorno é ainda mais acentuado (VIEIRA: 2008, p. 441-464).

Isso porque a analítica Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elenca uma série de direitos fundamentais não só de caráter negativo, como, também, de índole positiva, os ditos “direitos fundamentais sociais” ou “direitos econômicos, sociais e culturais”, ou, ainda, “direitos socioeconômicos”, “direitos positivos”, “direitos de segunda geração” etc., os quais — via de regra — exigem maior dispêndio de recursos públicos para seu atendimento.

No entanto, já é histórica a dificuldade de elaboração e implementação de políticas públicas que deem conta de satisfazer os mandamentos constitucionais. É por isso que parte da doutrina enxerga a ampliação do papel do Poder Judiciário como uma decorrência da retração do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade que são inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas.

Neste momento de incertezas, recorre-se ao Judiciário⁴ — como guardião último dos ideais democráticos —, o que gera, evidentemente, uma situação paradoxal, pois, ao buscar suprir

³ É possível citar, entre outros, os fenômenos da *redemocratização*, da *constitucionalização abrangente* e do *sistema brasileiro de controle de constitucionalidade* como concausas para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil. Para uma análise mais aprofundada sobre o tema, cf. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<<http://www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view.php?id=47743>>>. Acesso em: 28/08/2018. p. 4.

⁴ No mesmo sentido: “toda esta deficiente atuação do Legislativo e do Executivo configura causa para a ascensão institucional do Poder Judiciário” (SCHULZE, Clenio; NETO, João Gabriel Gebran. *Direito à saúde: análise à luz da judicialização*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 45).

as lacunas deixadas pelo sistema representativo, tal Poder apenas contribui para a ampliação da própria crise de autoridade da democracia (VIEIRA: 2008, p. 441-464).

Ocorre que esta judicialização exacerbada de pretensões tem impactado em diversas externalidades, notadamente naquilo que se refere à interpretação e aplicação do Direito, como, v. g., o ativismo judicial. No campo da saúde, já são incontáveis as decisões judiciais que são proferidas em caráter nitidamente ativista, sem apego à tecnicidade exigida pela hermenêutica (STRECK: 1999, *passim*).

Este trabalho visa, portanto, a evidenciar como uma das mais importantes Cortes do País, qual seja, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), tem posto em prática conduta extremamente ativista quando se depara com ações envolvendo o direito fundamental social à saúde, mas especialmente aquelas em que tem de se debruçar sobre a existência de um dever de o Estado conceder e/ou fornecer medicamentos que ainda não possuem registro perante a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Para averiguar a veracidade dessa premissa (qual seja, a de que há uma cultura ativista no âmbito do STJ no tocante à grande maioria das ações relacionadas ao direito à saúde), dividiu-se a exposição em duas partes: na primeira delas, faz-se uma aproximação teórica suficientemente densa acerca do(s) chamado(s) “neoconstitucionalismo(s)”, a fim de que se possa compreender melhor a força do ativismo judicial no Brasil; na segunda, além de se trazer argumentos doutrinários acerca da inexistência de qualquer dever estatal naquele sentido, expõe-se analiticamente alguns julgados do STJ — encontrados no sítio eletrônico do próprio tribunal — que evidenciam o trato ativista da questão, de modo a demonstrar com clareza como aquela Corte se afasta da tecnicidade exigida pelo Direito para, à luz das próprias concepções morais de seus ministros, conceder os mais variados medicamentos e tratamentos aos jurisdicionados. Deve-se registrar, contudo, que esse comportamento ativista não é exclusivo dos ministros do Superior Tribunal de Justiça, mas de todo o Poder Judiciário. As decisões das Cortes Superiores influenciam sobremaneira as decisões dos juízes de primeiro grau e desembargadores, principalmente pelo sistema processual vigente, levando a um ativismo cada vez mais evidente.

2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

A Por “neoconstitucionalismo” se pode entender, grosso modo, as bases e a ratio do constitucionalismo contemporâneo (ou constitucionalismo do pós-guerra), cujo marco temporal inicial é o fim da Segunda Grande Guerra. A Constituição, de há muito, não pode mais ser considerada como uma mera carta política voltada, tão somente, para a estruturação do Estado e

de suas instituições, senão como um verdadeiro diploma jurídico vinculante, apto a criar direitos — muitos deles fundamentais — e impor deveres àqueles que a ela se submetem.

Daniel Sarmiento bem adverte — com suporte no jurista mexicano Miguel Carbonell (CARBONELL: 2007, *passim*) —, no entanto, que é equívoca a expressão “neoconstitucionalismo”. Não há uma linha de pensamento teórico clara ou suficientemente coesa que dê os contornos a um único “neoconstitucionalismo”, senão

diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupados sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa (SARMENTO: 2009, p. 4).

Com efeito, o que todas as abordagens “teóricas” que embasam a doutrina do “neoconstitucionalismo” têm em comum, as quais ganharam força no cenário pós-Segunda Guerra Mundial, como visto, é o reconhecimento e a defesa de diversas alterações dogmáticas, hermenêuticas, jurisprudenciais e estruturais que ocorreram no Direito ao longo do séc. XX envolvendo, sobretudo, o Poder Judiciário, modificações estas que, como é notório, atribuíram-lhe evidente caráter político.

É pertinente o relatório feito por Daniel Sarmiento:

Estas mudanças, que se desenvolvem sob a égide da Constituição de 88, envolvem vários fenômenos diferentes, mas reciprocamente implicados, que podem ser assim sintetizados: (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário (SARMENTO: 2009, p. 1-2).

Na mesma linha, destaca Luís Roberto Barroso que “o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes” (BARROSO: 2012, p. 47).

Mais uma vez, utiliza-se das lições de Daniel Sarmiento:

(...) cresceu muito a importância política do Poder Judiciário. Com frequência cada vez maior, questões polêmicas e relevantes para a sociedade passaram a ser decididas por magistrados, e sobretudo por cortes constitucionais, muitas vezes em razão de ações

propostas pelo grupo político ou social que fora perdedor na arena legislativa. De poder quase “nulo”, mera “boca que pronuncia as palavras da lei”, como lhe chamara Montesquieu, o Poder Judiciário se viu alçado a uma posição muito mais importante no desenho institucional do Estado contemporâneo. A principal matéria-prima dos estudos que se identificam com o neoconstitucionalismo relaciona-se às mutações da cultura jurídica acima descritas. Em que pese a heterogeneidade dos posicionamentos jusfilosóficos dos autores que se filiam a esta linha, não me parece uma simplificação exagerada dizer que os seus principais pontos de convergência são o reconhecimento destas mudanças e a sua defesa (SARMENTO: 2009, p. 7).

Pois bem. Como visto, duas daquelas referenciadas alterações⁵ consistem na rejeição ao formalismo e na centralidade — já antes referida — do Judiciário, pois, segundo a doutrina, “o grande protagonista das teorias neoconstitucionalistas é o juiz” (SARMENTO: 2009, p. 2).

É lição corrente que as teorias neoconstitucionalistas, grosso modo, quebram com a noção de aplicação do Direito por intermédio do método da subsunção, objetivando linhas de raciocínio mais abertas (envolvendo ponderação de princípios ou interesses, tópica, teorias da argumentação etc.) (SARMENTO: 2009, p. 1).

Também é notório que o poder não deixa vácuo e que o protagonismo do Poder Judiciário faz com que os demais Poderes Constituídos (Executivo e Legislativo) assumam uma posição secundária no trato e na responsabilidade com a coisa pública, tendo suas interpretações da Constituição “desprezadas” pelo outro Poder e pela sociedade civil — aqui amplamente considerada —, já que o imaginário é o de que a emancipação humana pode ser alcançada por intermédio das ações judiciais, crença que, por seu turno, leva imediatamente à judicialização exacerbada dos mais variados aspectos da vida cotidiana (SARMENTO: 2009, p. 12).

Do exposto é possível concluir, portanto, que a judicialização — inclusive do direito à saúde — é consequência imediata da confiança que as pessoas depositam no sistema de Justiça para verem seus direitos garantidos.

3 JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL

Os temas da judicialização — este muito em voga hodiernamente por conta dos “neoconstitucionalismos” — e do ativismo judicial estão umbilicalmente ligados, como adianta Luís Roberto Barroso (BARROSO: 2012, *passim*).

Isso porque, ao passo que o primeiro fenômeno representa a deslocação da tomada de decisões a respeito das questões políticas mais fundamentais dos Poderes Executivo e Legislativo para o Judiciário, “o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo

⁵ Para uma análise mais ampla e completa dessas alterações, cf. SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo...*, *cit.*, *passim*.

de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” a fim de que as demandas sociais sejam melhor atendidas (BARROSO: 2012, p. 6).

Ensina Luís Roberto Barroso que as origens do ativismo judicial⁶ são estadunidenses e que, num primeiro momento, tal fenômeno surgiu com caráter conservador, e, num segundo, progressista (BARROSO: 2012, p. 7).

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), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973) (BARROSO: 2012, p.7).

Como adverte César Rodríguez-Garavito,

na América Latina, o ativismo judicial sobre direitos socioeconômicos tem se tornado cada vez mais proeminente nas últimas duas décadas sob diferentes rubricas, incluindo “litígios estratégicos”, “casos coletivos” e “leis de interesse público” ao estilo americano”, destacando ainda que, “no Brasil (...), os tribunais moldaram decisivamente a prestação de serviços sociais fundamentais, como a assistência à saúde” (GARAVITO: 2010, *passim*).

É possível dizer que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, indo, assim, além do legislador ordinário (BARROSO: 2012, p. 7). Mas de que modo isso se concretiza na prática?

A essência de uma conduta ativista por parte do Poder Judiciário está ligada “a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” (BARROSO: 2012, p. 6).

Deste conceito já se observa, portanto, que o tema também está ligado ao princípio da separação de poderes. Na forma em que pensado pelos Federalistas do fim do séc. XVIII, à luz das ideias iluministas de Montesquieu, a separação de poderes serviria como um sistema de checks and

⁶ O qual se opõe à autocontenção judicial (Cf. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: 2015. p. 184).

balances para o exercício do Poder, sendo que cada Poder Constituído, munido de suas competências, deveria estabelecer uma relação de harmonia com os demais.⁷

De fato, a postura ativista, aqui reputada como uma realidade que foi sendo acentuada, aos poucos, pela fase “neoconstitucionalista” do Direito Constitucional (pós-Segunda Guerra Mundial), se manifesta por meio de diferentes condutas,⁸ as quais englobam, para os fins deste estudo, “a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário” e “a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas” (BARROSO: 2012, p. 6).

É inegável que não se pode condenar ou criticar, precipitadamente, uma decisão jurisdicional que amplia os direitos fundamentais dos jurisdicionados. Afinal de contas, no Brasil, a luta pela conquista e pela efetivação prática de direitos é histórica.

Ademais, em alguns aspectos — como no reconhecimento da possibilidade de união homoafetiva —, o pensamento é de que o Supremo Tribunal Federal andou bem ao interpretar extensivamente os direitos fundamentais, ou, ainda, aplicar diretamente a Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador. Aliás, esse papel contramajoritário é traço característico das Cortes Constitucionais ou supremas, conforme anota a doutrina.⁹

Não se trata, porém, como pode parecer num primeiro momento, de assumir uma posição casuística frente ao ativismo judicial, admirando-o quando o pronunciamento da Corte vai ao encontro dos interesses ou preferências pessoais e criticando-o quando isso não ocorre. A análise sobre a postura ativista, por certo, há de ser jurídica (SCHULZE; NETO: 2016, p. 75), pois não existem direitos absolutos em nosso ordenamento jurídico.

E isso porque, ao adotar uma postura ativista com base em motivos outros que não jurídicos (mediante hermenêutica rigorosa e técnica e somente naquilo que se refere à expansão

⁷ Vale lembrar que, na Carta 51, James Madison advoga incisivamente em defesa do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) tal qual delineado na proposta de Constituição. Nesse sentido, propõe, tendo em vista o malogro dos sistemas externos (Recursos ao Povo), que haja mecanismos internos do Poder que prevejam modos de correção dos problemas surgidos na relação entre os Poderes, “de modo que as diferentes partes constituintes possam, através de suas mútuas relações, ser os meios de conservar cada um em seu devido lugar” (cf. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Editora Russell, 2009. pp. 47 a 51).

⁸ Para uma visão mais geral sobre todos os elementos caracterizadores do ativismo judicial (os quais não convém aqui expor, dado o objeto deste artigo), cf. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização... cit., passim*.

⁹ Sobre o conceito de “dificuldade majoritária”, cf. BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven, CL: Yale University Press, 1986. pp.16 e ss. V., também, WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case against Judicial Review*. *The Yale Law Journal*, v. 115, 2006. pp. 1346-1406, questionando a veracidade da afirmação geral de que as maiorias não protegeriam os direitos das minorias — incumbência mui conectada à ideia do papel “contramajoritário” das Cortes Constitucionais.

dos direitos fundamentais da pessoa humana), o Poder Judiciário contribui para a geração injustificada de diversos “riscos sistêmicos” imprevisíveis e indesejados,¹⁰ mormente ao princípio democrático e ao Estado de Direito.

Luís Roberto Barroso bem nos adverte:

O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastrosas. Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui (BARROSO: 2012, p 16-17).

Bem sopesadas as coisas, uma postura judicial — ainda que ativista — que se proponha a considerar os aspectos jurídicos, não poderá, desde a entrada em vigor da Lei 13.655/2018, que inclui no Decreto-Lei nº 4.657/42 disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, desconsiderar a positivação do pragmatismo e do consequencialismo no ordenamento jurídico pátrio.

O art. 20 da Lei 13.655/2018 foi o primeiro inserido pela reforma e estabelece que não se decidirá unicamente com base em valores jurídicos abstratos sem que as consequências práticas da decisão sejam observadas — seja na esfera administrativa, controladora ou judicial. Seu parágrafo único ainda impõe que a motivação da decisão deve demonstrar a necessidade e adequação do que foi imposto, inclusive diante de possíveis alternativas.

Antes da reforma da LINDB não era raro observar julgadores se valendo da força dos princípios para obrigar o Estado, por exemplo, a fornecer prestações estatais para assegurar os direitos. Entretanto, as condições materiais necessárias para a execução dessas ordens eram ignoradas. Havia, inclusive, defensores da noção de que “as condições materiais são juridicamente irrelevantes (...), o operador do direito não deve se preocupar com elas” (JORDÃO: 2018, p. 68).

Se o art. 20 apresenta aspectos relacionados com a motivação e consequências da decisão, o art. 22 expõe parâmetros para a interpretação do ordenamento jurídico. Fica estabelecido que, ao interpretar normas de gestão pública, o julgador deverá considerar os obstáculos e

¹⁰ Para uma análise de todos os riscos que o ativismo judicial gera, cf. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização... cit., passim*; e SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo... cit., passim*.

dificuldades atinentes ao gestor, bem como as exigências das políticas públicas relacionadas com seu cargo — sem que exista prejuízo aos direitos dos administrados.

Maria Helena Diniz sustenta que certos juristas encaram o art. 22 da LINDB como capaz de promover avanços ao aprimoramento na qualidade das decisões, tendo em vista que apresenta diretrizes para:

1) a interpretação e aplicação do direito público, (...) e, aumentando sua responsabilidade e trazendo para o direito público a ideia de equidade, uma vez que o operador deverá considerar: a) limites constitucionais, sem olvidar do critério da especialidade e do hierárquico em caso de antinomia normativa; b) obstáculos e dificuldades reais do gestor; c) exigências para uma eficiente política pública a seu cargo; d) finalidades sociais, ou seja, as circunstâncias práticas, que houverem condicionado a ação do agente, atendendo ao objetivo público, aos interesses do povo e do erário e às peculiaridades do caso concreto; 2) a aplicação de sanções que deverá ter por critério: a) a natureza e a gravidade da infração cometida; b) os prejuízos dela resultantes para a administração pública; c) as circunstâncias agravantes ou atenuantes; d) os antecedentes do agente; e) a dosimetria das demais sanções de igual natureza e atinentes ao mesmo fato (DINIZ: 2018, p. 312).

Quer-se dizer com isso que o ativismo judicial somente pode ser posto em prática com cautela e tecnicidade, pois os riscos inerentes ao seu emprego somente podem ser afastados nessas condições.

Um estudo detalhado acerca de como isso pode ou deve ser feito escapa aos limites deste artigo, todavia, facilmente se nota que há uma verdadeira prática ativista no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que não está ligada a qualquer tipo de amarras hermenêuticas, como se passa a expor.

4 A POSTURA ATIVISTA EMPREGADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE

Foi exposto, até o presente momento, que o “neoconstitucionalismo”, também chamado de constitucionalismo do pós-guerra, alçou o Poder Judiciário a uma verdadeira posição de ápice dentro do cenário político, econômico e social brasileiro, tendo, concomitantemente, servido de justificativa — devido às razões pelas quais surgiu — para que os tribunais passassem a adotar posições ativistas em seus julgamentos.

Colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diversas decisões que, em matéria de saúde, podem ser enquadradas como ativistas.¹¹

¹¹ Acredita-se que o *ativismo judicial* do Superior Tribunal de Justiça em matéria de saúde, notadamente em casos em que se postula o acesso ou a entrega de prestações sanitárias que se encontram fora das listas do Sistema Único de Saúde (SUS), tende a diminuir após a publicação dos acórdãos proferidos pela Corte Superior no bojo dos Recursos

Revista Jurídica (FURB) ISSN 1982-4858 v. 23, nº. 52, set./dez. 2019 e8085: 10 de 20

Para demonstrar esta situação, no entanto, mister se faz proceder a uma breve explanação a respeito da ausência¹² de qualquer dever jurídico do Estado quanto ao atendimento desta específica parcela do direito fundamental social à saúde, qual seja, entrega de medicamentos que não gozam de registro perante a ANVISA.¹³

4.1 BREVE APORTE TEÓRICO SOBRE O TEMA

Não é segredo que, após a Revolução Industrial, diversos direitos de caráter social foram sendo reconhecidos como autênticos direitos subjetivos públicos pelo Estado — isto é, passaram a ser dotados de sindicabilidade —, porquanto fomentou-se a “ideia da conformação da ordem social pelo Estado, a ele incumbindo a tarefa de intervir na economia, de modo a criar condições favoráveis a uma redução do desnível social” (OLIVEIRA; COSTA: 2011, p. 80).

No Brasil, a Constituição da República de 1988 inovou ao prever o direito à saúde como autêntico direito fundamental social, subjetivo e público, portanto.¹⁴

Há de se considerar, também, que o ordenamento jurídico brasileiro contempla, por força do § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, uma “abertura material do catálogo de direitos fundamentais”, englobando tratados internacionais de direitos humanos,¹⁵ os assim chamados direitos fundamentais implícitos (como o direito fundamental ao mínimo existencial) —

Especiais Repetitivos nºs 1.102.457/RJ e 1.657.156/RJ, por meio dos quais fixou-se requisitos *objetivos* indispensáveis para o procedência do pedido, a saber: “a concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA (...). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?&l=10&i=1&tt=T>>. Acesso em: 20.03.2019.

¹² Em sentido oposto ao apresentado neste artigo, há quem defenda completa ausência de limites para o dever do Estado em relação à saúde devido à falta de previsão expressa no Texto Constitucional. Cf. a esse respeito, ainda que tratando apenas sobre os medicamentos de alto custo, o ensaio de LEITÃO, Andre Studart; SOUSA, Thiago Patrício de; SILVA, Alexandre Antonio Bruno da. A escolha do estado brasileiro pelo direito fundamental à saúde: o dever de financiar medicamentos de alto custo. *In: Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, nº 1, abr./2018, p. 767-780.

¹³ Agradeço ao auxílio de Leonardo Felipe Marques Tiradentes, cuja pesquisa gentilmente realizada serve de subsídio para as considerações que seguem.

¹⁴ Para os fins deste estudo, devem ser entendimentos como direitos sociais aqueles “direitos fundamentais que têm por objeto a tutela de bens econômicos, sociais e culturais imprescindíveis para assegurar uma vida digna, que o indivíduo poderia obter também dos particulares, caso ostentasse condições financeiras para adquiri-los e os encontrasse disponíveis no mercado” (cf. HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. *In: Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Romeu Felipe Bacellar Filho e Daniel Wunder Hachem (Coords.). Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 205).

¹⁵ Observa-se que, no campo do direito internacional, a Declaração Universal da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1948, em seus arts. 22 e 25, foi o primeiro documento a prever expressamente o direito à saúde, seguida do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), da Convenção dos Direitos da Criança e da Convenção Americana de Direitos Humanos (1989) — todas incorporadas pela legislação pátria. Cf., a respeito, SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *In: Interesse Público*, ano 3. n. 12. out./dez. p. 91-107. Sapucaia do Sul: Notadez, 2001. p. 94.

que decorrem do regime jurídico e dos princípios da ordem constitucional — e, ainda, aqueles direitos fundamentais localizados topograficamente fora do Título II da Carta Magna (SARLET: 2001, p. 91-107).

Luciano Pereira Vieira, ao se debruçar sobre o específico tema que aqui se trata (fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA), entende que, “em se tratando de medicamentos ainda em fase experimental, eventual ausência de sua disponibilização pelo SUS não poderia ser considerada como uma omissão estatal passível de controle pelo Poder Judiciário” (VIEIRA: 2015, p. 100).

Isso porque haveria uma verdadeira vedação legal à comercialização, importação e industrialização destes fármacos, conforme se retira das Leis 6.360/1976 e 9.782/1999, de onde se observa que esta proibição “é a própria política pública adotada pelo Brasil para esse setor” (VIEIRA: 2015, p. 100 e ss.).

Pontua o autor que, de fato, “nesse estágio [experimental], ainda não foram finalizados os estudos e pesquisas comprobatórios de sua segurança e eficácia”,¹⁶ razão pela qual não haveria que se falar em dever do Estado em fornecer tais fármacos (VIEIRA: 2008, p. 100), mormente porque o registro do medicamento/fármaco na ANVISA é requisito para seu ingresso nas listas do SUS, nos termos do art. 19-T da Lei 8.080/1990 (incluído pela Lei 12.401/2011).

Em suma, enquanto não finalizadas as pesquisas científicas, obtido o registro junto à Anvisa e devidamente incorporado ao Sistema Único de Saúde – após a constatação de sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade –, não deve ser deferida medida judicial tendente a determinar a aquisição e dispensação, pelo Estado brasileiro, de medicamento considerado experimental. ... Feitas todas essas considerações, a conclusão a que se chega é a de que no Brasil há vedação legal à dispensação pelo Sistema Único de Saúde, o SUS, de medicamento ainda em fase experimental, haja vista a impossibilidade deste obter o registro junto à Anvisa (VIEIRA: 2008, p. 104-105).

4.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Estabelecido que não há qualquer dever jurídico atribuído ao Estado no que tange à concessão de medicamentos que não possuem registro na ANVISA, passa-se a destacar que a

¹⁶ É de tão fundamental o cuidado com a vida, saúde e segurança das pessoas que o Supremo Tribunal Federal já concedeu medida liminar na ADI 5.501/DF para suspender a eficácia da Lei 13.269/2016, que autorizava o uso da assim chamada “pílula do câncer” (fosfoetanolamina sintética), ainda sem registro na ANVISA: “é inconstitucional a Lei nº 13.269/2016, que autorizou o uso da fosfoetanolamina sintética (pílula do câncer) por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, mesmo sem que existam estudos conclusivos sobre os efeitos colaterais em seres humanos e mesmo sem que haja registro sanitário da substância perante a ANVISA” (STF, PLENÁRIO, MC-ADI 5.501/DF, rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. 19/05/2016).

pesquisa jurisprudencial realizada à luz de casos que envolviam tais prestações de saúde revela como o Superior Tribunal de Justiça tem criado direito a partir de uma postura eminentemente ativista.¹⁷

Em determinada oportunidade, o STJ firmou o entendimento de que a concessão, por parte do Estado, de medicamentos que não se encontrem registrados em território nacional pela ANVISA encontraria óbice no art. 273, § 1º-B, inc. I, do Código Penal,¹⁸ não podendo os jurisdicionados exigir do Estado tal prestação “embora o direito à vida esteja explicitamente protegido pela Carta Magna”.¹⁹

À primeira vista, portanto, poderia se cogitar de que a Corte estava fundamentando racionalmente sua decisão, com base em legislação posta (Código Penal) e que não deixa dúvidas a respeito do tipo de injusto que envolve a questão. Porém, dispõe o tribunal superior, na mesma decisão, que, “em casos excepcionais”, deveria ser, simplesmente, relativizada a aplicação do mencionado dispositivo legal.²⁰

É importante mencionar que a decisão judicial destituída de fundamentação fática é nula, por descumprir o comando do artigo 93, IX, da Constituição. Vale dizer, não basta mencionar apenas que o direito à saúde está garantido na Constituição a partir do artigo 5º e do artigo 196. É necessário, também, na análise do caso judicializado, a investigação do diagnóstico, do quadro clínico e principalmente, a comprovação da melhor prática de evidência científica, além da eficácia, da acurácia, da efetividade e da segurança do medicamento, produto ou procedimento postulado, sem dispensar, também, a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas (observância da relação custo-benefício) (SCHULZE; NETO: 2016, p. 67-68).

Aliás, a avaliação econômica de toda a operação é uma das mais importantes quando se trata de (escassos) recursos públicos. Os juristas norte-americanos Stephen Holmes e Cass Sunstein, na célebre obra denominada O Custo dos Direitos - Por que a liberdade depende dos Tributos (The Cost of Rights - Why Liberty Depends on Taxes), tratam do inafastável vínculo entre a proteção de direitos e a aplicação dos fundos públicos. Evidencia-se o contrassenso ao se

¹⁷ Considerando que os argumentos praticamente se repetem em todas as decisões analisadas, optou-se por apenas mencionar dois exemplos.

¹⁸ “Art. 273. Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: Pena – reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. (...). § 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998) (...) § 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998) I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; (Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998).

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 154.385/MG, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 28.03.2017. **DJe 05.04.2017**. Também neste sentido o AgInt no REsp. 1.365.920/SC, rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 17/02/2017).

²⁰ No AgRg no REsp. 1.366.857/PR, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 31.03.2017, e no REsp. 1.650.790/PE, rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 20.04.2017, o STJ faz a mesma relativização.

falar em direitos prestacionais absolutos em face da finitude dos recursos públicos a serem empenhados pelo Estado na concretização de tais direitos.

A tese é de que, havendo direitos que demandam dispêndios públicos, tem-se a necessidade de decisões políticas no tocante à alocação de tais recursos, pois que limitados. Na perspectiva dos autores:

Os direitos são geralmente descritos como invioláveis, peremptórios e determinados. Contudo, isso é mero floreio retórico. Nada que custe dinheiro pode ser absoluto. Nenhum direito cuja efetivação pressuponha um gasto seletivo de recursos dos contribuintes pode, afinal, ser protegido pelo Judiciário sem que haja observância às consequências orçamentárias de responsabilidade dos outros Poderes (HOLMES; SUNSTEIN: 1999, p. 128).

Ora, não há direito absoluto²¹ e a mera excepcionalidade da situação não pode justificar o afastamento de regra posta na legislação. Quando o STJ assim se comporta, considerando a importância da vida e da saúde para as pessoas naturais, está, ao fim e ao cabo, “aplicando” diretamente a Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e, inclusive, à revelia da vontade do legislador ordinário, bem como impondo condutas ao Poder Público contra legem.

Noutro julgado, o STJ salientou que o registro do medicamento pela ANVISA privilegiaria a segurança, a qualidade e a eficácia do produto a ser disponibilizado.²² A Corte expressamente mencionou que,

em se tratando de saúde pública (...) é inconcebível chancelar a legalidade de registro de um medicamento que não se submeteu a nenhum teste de eficácia, segurança e qualidade, impondo-se o devido rigor e precaução.

Ocorre que a questão voltou a ser “relativizada” para “casos excepcionais”, isto é, desde que ficasse demonstrada a ineficiência ou impropriedade da política pública existente para aquela área, seria possível a concessão de medicamentos não registrados pela ANVISA.

Novamente, o que se vê é a suposta aplicação imediata da Constituição da República contra a vontade do legislador, pois, ainda que não haja muitas referências nas decisões em questão, já se deixou claro que, no Brasil, a política pública existente veda a concessão de medicamentos que não gozam de registro perante a ANVISA.

²¹ “Além disso, o que a Constituição assegura é que todos tenham, em princípio, as mesmas condições de acessar o sistema público de saúde, mas não que qualquer pessoa, em qualquer circunstância, tenha um direito subjetivo definitivo a qualquer prestação oferecida pelo Estado ou mesmo a qualquer prestação que envolva a proteção de sua saúde” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 623).

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp. 1.365.920/SC, rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 17/02/2017.

Em suma, portanto, apesar de existirem infrações e estar ausente o dever estatal de atendimento a esta pretensão decorrente do direito à saúde, é possível dizer que a referida Corte Superior, em postura claramente ativista, deixa de observar a política pública existente sem quaisquer dificuldades e devida fundamentação técnico-jurídica, principalmente quando a prestação de saúde se revela como imprescindível para a salvaguarda da vida e da saúde do demandante.

O que é isto, senão uma atitude ativista do Superior Tribunal de Justiça? Ao impor condutas ao Poder Público contra a própria política pública por ele criada (cf. Leis 6.360/1976 e 9.782/1999) em razão de uma suposta aplicação “direta” da Constituição da República, o STJ “cria” legislação nova, função para a qual não lhe foi atribuída competência pelo Poder Constituinte Originário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se são patentes as noções de que juízes, desembargadores e ministros não são democraticamente eleitos pelo povo para criar o direito, mas que, por outro lado, não poderiam eles se limitar a meros aplicadores da lei (no sentido de autênticos exegetas), qual seria a saída para essa problemática?

A resposta pode estar na teoria dos diálogos institucionais, que se diferenciam pelas abordagens que realizam e decorrem da ideia de constitucionalismo cooperativo (SCHULZE; NETO: 2016, p. 73).

As aproximações empíricas tratam os diálogos como um produto que é resultado do desenho institucional e da separação entre os poderes. Uma análise passível, portanto, de verificação prática mediante a atuação das Cortes e do acatamento ou superação das decisões judiciais pelos demais Poderes. As abordagens normativas tratam os diálogos como uma demanda, uma exigência normativa, que estabeleça essa comunicação entre o Poder Judiciário e os demais Poderes.

Quem faz uma diferenciação entre as distintas perspectivas dos diálogos, conforme suas características mais marcantes, é Katherine Bateup. Para ela, os diálogos poderiam primeiramente ser classificados pelo método, compreendidos como um comportamento deliberado e consciente dos juízes para fomentar um debate com os demais poderes sobre o significado da Constituição. Essa postura metodológica de fomento ao debate por parte dos juízes poderia se manifestar de três formas diferentes: pelo aconselhamento judicial; por meio de medidas processuais; e através de uma atuação minimalista do Poder Judiciário (GODOY: 2017, passim).

Dentro da abordagem estrutural dos diálogos, segundo Bateup, haveria a teoria do equilíbrio. Conforme essa visão, o Poder Judiciário não possuiria qualquer capacidade superior para interpretar a Constituição.²³ Assim, juízes e Cortes atuariam como mais uma instância de discussão na definição do sentido da Constituição.

Essa perspectiva não volta seus olhos somente para o Poder Judiciário, preocupando-se como pensam as outras instituições e atores na definição dos significados da Constituição. Para Bateup, portanto, a teoria do equilíbrio, ainda que seja passível de críticas, é a que melhor possibilitaria o diálogo, pois compreende a interpretação da Constituição como tarefa compartilhada entre os poderes, sem conferir primazia a nenhum deles, e ainda ressalta a importância da participação de outros atores, tais como instituições e o povo em geral (GODOY: 2017, *passim*).

O objetivo deste artigo era demonstrar que se deparar com decisões ativistas oriundas de nossos tribunais não é mais nenhuma surpresa, muito por força das ideias que inspiram o assim chamado “neoconstitucionalismo”, disseminadas em nosso país.

A análise jurisprudencial permitiu concluir que, em casos envolvendo parcela específica do direito fundamental social à saúde, qual seja, a concessão de medicamentos que ainda não gozam de registro perante a ANVISA, o Superior Tribunal de Justiça afasta com tranquilidade as normas legais editadas pelo legislador em “casos excepcionais”, sejam aquelas de índole punitiva (como o art. 273, § 1º-B, do Código Penal), sejam aquelas voltadas à própria política pública idealizada pelos Poderes Constituídos competentes (Leis 6.360/1976 e 9.782/1999).

Trata-se, portanto, da criação de direito novo, de conduta ativista, pois a Corte reconhece direitos inexistentes com base numa suposta aplicação direta da Constituição da República, indo contra a política pública criada para atender a saúde nesta seara, o que fragiliza o sistema como um todo, na medida em que o direito à saúde, tal qual como qualquer direito fundamental, não é absoluto.

Além disso, a conduta em questão viola o princípio da igualdade, visto que tais medicamentos e tratamentos ainda sem registro na ANVISA não são disponibilizados a toda a população, o que confere um privilégio àquele que alcança tal objetivo por meio de uma decisão judicial.

Em razão da escassez dos recursos financeiros, deve o Poder Judiciário se autoconter para evitar o alargamento de políticas públicas eleitas pelos Poderes competentes, que dispõem de

²³ “O modelo inaugurado com a Constituição de 1988 não permite deduzir expressamente que cabe ao Poder Judiciário o papel de dizer a última palavra sobre o sistema jurídico” (SCHULZE, Clenio; NETO, João Gabriel Gebran. *Ob. cit.*, p. 73).

conhecimento técnico para sua efetivação e trabalham com o orçamento público disponível para a área da saúde.

Nessa medida, visando à segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público, o juiz deve levar em conta as consequências práticas de sua decisão tomada num caso individual. Ao conceder determinado medicamento ou tratamento de forma individual, deve o juiz se perguntar se essa decisão tem potencial para gerar intensa judicialização de determinado tema e, sendo positiva a resposta, dado o volume de recursos a serem disponibilizados pelo Estado, se poderá levar a uma interferência indevida do Poder Judiciário na política pública eleita pelos Poderes competentes. Uma decisão tomada num caso individual pode conduzir a um gasto extra do poder público superior ao orçamento de muitos pequenos municípios brasileiros. Com a Lei 13.655/18, que introduziu o consequencialismo como técnica de hermenêutica no direito público, essa é uma preocupação que o juiz deve ter ao tomar a sua decisão.

Com efeito, a problemática é complexa e, como já exposto, uma possibilidade de solucioná-la repousa sobre a teoria dos diálogos institucionais, porquanto é evidente que a interpretação da Constituição deve ser uma tarefa compartilhada entre os Poderes Constituídos, sem que haja qualquer primazia a algum deles ou imposição de decisões por apenas um dos Poderes, sem levar em conta circunstâncias que limitam ou oneram os demais Poderes.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Rodrigo Vasconcelos Coêlho de. **Fornecimento de medicamentos através de decisão judicial**. Curitiba: Juruá, 2015.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: 2015. 184 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<<http://www.cnj.jus.br/eadcj/mod/resource/view.php?id=47743>>>. Acesso em: 28/08/2018.

BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. New Haven, CL: Yale University Press, 1986.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 966.873/SP. Relator: Min. Moura Ribeiro. Brasília, 28 de março de 2017. DJe 18.04.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 988.070/SP. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 16 março de 2017. DJe 04.04.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.553.112/CE. Relator: Min. Gurgel de Faria, 16 de fevereiro. DJe 10.03.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 23.747/SP. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 08 de setembro de 2015. DJe 23.09.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 154.385/MG. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 28 de março de 2017. DJe 05.04.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 685.750/PB. Relator: Min. Sérgio Kukina, 27 de outubro de 2015, DJe 09.11.2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.502.239/PR. Relatora: Min. Diva Malerbi (Desembargadora Convocada do Tribunal Regional Federal da Terceira Região), 18 de fevereiro de 2016., DJe 26.02.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.366.857/PR. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 21 de março de 2017. DJe 31.03.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.399.042/RS. Relatora: Min. Eliana Calmon, 05 de novembro de 2013, DJe 13.11.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.644.829/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 21 de fevereiro de 2017. DJe 23.02.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.645.067/RS, de relatoria do Ministro Herman Benjamin. Julgado em 07.03.2017, DJe 20.04.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.650.790/PE. Relator: Min. Herman Benjamin. Julgado em 09.03.2017, DJe 20.04.2017.20042017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.197/PR. Relator: Min. Luiz Fux, 04 de maio de 2010. DJe 24.08.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 35.434/PR. Relator: Min. Benedito Gonçalves, 02 de fevereiro de 2012. DJe 09.02.2012.

CARBONELL, Miguel. **Teoria del Nelconstitucionalismo: Ensayos escogidos**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

DINIZ, Maria Helena. Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do Direito Público, voltados à segurança jurídica e a eficiência administrativa. **Revista Argumentum**, Marília/ Sp, v. 19, n. 2, p. 305-318, ago. 2018.

FIORAVANTI, Maurizio. **Estado y constitución**. In: FIORAVANTI, Maurizio (Org.). El Estado Moderno em Europa: Instituciones y derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2004. pp. 13-43.

GODOY, Miguel. **Devolver a Constituição ao Povo: Crítica à Supremacia Judicial e Diálogos Institucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

HACHEM, Daniel Wunder. **Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras**. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. pp. 205-240.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Editora Russell, 2009.

HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass R. *The Coast of Rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Co., 1999

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. esp, p. 63-92, nov. 2018.

LEITÃO, Andre Studart; SOUSA, Thiago Patrício de; SILVA, Alexandre Antonio Bruno da. **A escolha do estado brasileiro pelo direito fundamental à saúde: o dever de financiar medicamentos de alto custo**. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, nº 1, abr./2018, p. 767-780.

OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de; COSTA, Jamille Coutinho. **Direito à saúde: da (in)efetividade das políticas públicas à sua judicialização como forma de garantir o mínimo existencial**. In: *Revista de Direito Brasileira*, vol. 1, jul.-dez./2011, pp. 77-99.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: **The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America**. Disponível em: <<<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27171.pdf>>>. Acesso em: 28/08/2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. In: *Interesse Público*, ano 3. n. 12. out./dez. p. 91-107. Sapucaia do Sul: Notadez, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. Disponível em: <<<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/16-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>>>. Acesso em: 28/08/2018.

SCHULZE, Clenio; NETO, João Gabriel Gebran. **Direito à saúde: análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

VIEIRA, Luciano Pereira. Judicialização de políticas públicas na área de saúde: há um direito fundamental ao fornecimento de medicamentos experimentais no Brasil? In: **Cadernos de Direito**, v. 12, n. 22, pp. 91-110, jan./jun. 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: **Revista Direito GV**, São Paulo 4 (2), pp. 441-464, jul./dez. 2008.

WALDRON, Jeremy. **The Core of the Case against Judicial Review**. The Yale Law Journal, v. 115, 2006.

Recebido em: 09/04/2019

Aprovado em: 27/09/2019

Editor:

Dr. Leonardo da Rocha de Souza

Editores executivos:

Dr. Alejandro Knaesel Arrabal

Amazile Titoni de Hollanda Vieira

Layra Linda Rego Pena