

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

Faculdade de Direito

Alane dos Santos Cabral

**ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO EM  
FACE DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: os casos dos  
portadores de retinose pigmentar e hemoglobinúria paroxística noturna.**

Natal-RN

2014

Alane dos Santos Cabral

**ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO EM  
FACE DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: os casos dos  
portadores de retinose pigmentar e hemoglobinúria paroxística noturna.**

Monografia apresentada como exigência parcial para  
obtenção do grau de bacharel em Direito,  
desenvolvido sob a orientação da Prof<sup>ª</sup>. Mestre e  
Doutor Agassiz Almeida Filho.

Natal-RN

2014

Alane dos Santos Cabral

**ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO EM  
FACE DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: os casos dos  
portadores de retinose pigmentar e hemoglobinúria paroxística noturna.**

Monografia apresentada como exigência parcial para  
obtenção do grau de bacharel em Direito,  
desenvolvido sob a orientação da Prof<sup>o</sup>. Mestre e  
Doutor Agassiz Almeida Filho.

COMISSÃO EXAMINADORA

---

Prof<sup>o</sup>. Me. e Dr. Agassiz Almeida Filho (UERN)  
Orientador

---

Prof. \_\_\_\_\_ (UERN)  
Examinador

---

Prof. \_\_\_\_\_ (UERN)  
Examinador

DATA DA APROVAÇÃO: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

*Dedico este trabalho aos amores da minha vida, sem os quais eu nada seria, e nos quais me espelho todos os dias: à minha mãe, Maria, e à minha irmã, Aline.*

## AGRADECIMENTOS

A todos que contribuíram para a realização deste trabalho, fica expressa aqui a minha gratidão, especialmente:

À Deus, por me conceder o privilégio da vida, e de nessa encarnação vir acompanhada de pessoas tão maravilhosas, sem as quais nenhum dos meus sonhos e objetivos teriam sido possíveis.

À minha mãe, por todo o seu incentivo e apoio nos momentos difíceis. Obrigada por estar sempre ao meu lado, me fazendo crer que eu era capaz de coisas extraordinárias. Tudo que sou e que um dia serei, dedico a você. Obrigada, mamãe-maravilha!

À minha irmã, por estar sempre ao meu lado, me incentivando e acreditando em mim. Obrigada por alegrar meus dias.

À Lula, companheiro de curso e de vida, por ter me ajudado nessa batalha e por não medir esforços para eu chegar aqui. Obrigada por tudo e por fazer minha vida mais feliz!

Ao professor Agassiz Almeida Filho, pela paciência na orientação e incentivo que tornaram possível a conclusão desta monografia.

A todos os professores do curso, que foram tão importantes na minha vida acadêmica e no desenvolvimento desta monografia.

E por fim, agradeço imensamente a Corrilho, Sr. Humberto, Laura, Juarez, Lourdinha e Ana Cristina, por todo incentivo, sem os quais essa batalha teria sido muito mais árdua.

## RESUMO

O presente trabalho buscou realizar uma análise minuciosa do direito constitucional à saúde à luz dos princípios basilares da administração pública e dos diversos entendimentos jurisprudenciais dos tribunais brasileiros, refletindo, ainda, sobre os numerosos embates de princípios e direitos, com destaques aos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, Mínimo Existencial, Mínimo Ético, Reserva do Possível, Universalidade do Acesso e da Integralidade do atendimento à Saúde, Máxima Efetividade, Supremacia do Interesse público. Nesse sentido, a monografia debruçou-se sobre os casos de tratamentos de elevados custos no exterior dos portadores de retinose pigmentar e, dos portadores de hemoglobinúria paroxística noturna, cujos tratamentos/medicamentos são custeados pelo poder público. A semelhança entre ambas as doenças são, a princípio, duas: primeiramente, são casos raros, e cujos tratamentos, por serem dispendiosos, são frequentemente requeridos via ações judiciais perante o Poder Judiciário. Em segundo lugar, porque são doenças que possuem tratamentos alternativos àqueles requeridos nas ações judiciais e, que por poderem ser realizados em território nacional, são mais acessíveis aos cofres públicos. Como se viu, os portadores de retinose pigmentar solicitaram o tratamento em Cuba, local onde se encontram as mais avançadas técnicas de tratamento experimental para a respectiva mazela. Será analisado ainda o caso dos portadores de hemoglobinúria paroxística noturna (HPN), que frequentemente pleiteiam, perante o Judiciário, o tratamento através do medicamento chamado Soliris. Sendo assim, o presente trabalho dissertou e estudou sobre as controvérsias argumentativas e a relativização do princípio da limitação orçamentária, uma vez que se encontram em lados opostos o financiamento do direito à saúde coletiva e individual. Dessa maneira, buscou-se, dentre outras coisas, chegar a um entendimento justo baseado nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de saber se, a interpretação das normas à luz dos princípios, estaria o Judiciário apenas dando unicidade a Lei Maior ou simplesmente estaria seguindo o princípio da interpretação elástica das normas fundamentais. Ponderaram-se, ainda, os possíveis progressos e retrocessos quando a construção jurídica em torno do tema, além de esmiuçar as técnicas de embates de princípios fundamentais e também o princípio da ética nas decisões e atos da administração em geral. Por fim, constatou-se que, apesar da magnitude conferida pela Constituição Federal, o direito à saúde não é ilimitado, uma vez que encontra óbice em outros princípios constitucionais e diplomas infraconstitucionais. Todo

esse arcabouço jurídico limita o direito individual visando um único fim, garantir universalidade do direito à saúde.

**Palavras-chave:** Direito à saúde. Dignidade da Pessoa Humana. Limitação orçamentária. Supremacia do Interesse Público sobre o Privado. Ativismo judicial. Ponderabilidade.

## ABSTRACT

This study attempts to make a thorough analysis of the constitutional right to health in light of the basic principles of public administration and various jurisprudential understandings of Brazilian courts, also reflecting on the many clashes of principles and rights, with highlights Principles of Dignity Human Person, Minimum Existential, Ethical Minimum of possible Reserve, Universality and Completeness of access to health care, Maximum Effectiveness, Supremacy of the public interest. In this sense, the monograph focused on the cases of high-cost treatments abroad of patients with retinitis pigmentosa and of patients with paroxysmal nocturnal hemoglobinuria, whose treatments / drugs are funded by the government. The similarity between both diseases are, in principle two: first, cases are rare, and whose treatments because they are expensive, they are often required via lawsuits with the courts. Secondly, because they are diseases that have alternative treatments to those required in the lawsuits, and that since they can be performed on the national territory, are more accessible to the public coffers. As noted, patients with retinitis pigmentosa requested treatment in Cuba, where they are the most advanced techniques of experimental treatment for their illness. Will be further analyzed the case of patients with paroxysmal nocturnal hemoglobinuria (PNH), which often plead before the courts, treatment through drug called Soliris. Thus, this paper has studied and lectured on the argumentative controversies and the relativization of the principle of budget limitations, since they are on opposite sides of the financing of the right to individual and collective health. Thus, we sought to, among other things, get a fair understanding based on the principles of proportionality and reasonableness in order to know whether the interpretation of the rules in the light of the principles, the judiciary would be just giving uniqueness to Higher Law or simply be following the principle of elastic interpretation of fundamental rules. Pondered if, further, the possible progress and setbacks when the legal construction around the theme, and scrutinize the techniques of clashes of fundamental principles and also the principle of ethical decisions and actions of management in general. Finally, it was found that despite the magnitude afforded by the Federal Constitution, the right to health is not unlimited, as it finds an obstacle in other constitutional principles and infra diplomas. All this legal framework limits the right individual seeking a single end, ensuring universal right to health.

**Keywords:** Right to Health. Human Dignity. Budget Limitation. The Supremacy on Private Public Interest. Judicial Activism. Ponderability.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS E OS PRINCÍPIOS RELATIVOS AO DIREITO À SAÚDE.....</b>	<b>15</b>
2.1	Os princípios relativos ao direito à saúde.....	18
2.1.1	O princípio da dignidade da pessoa humana.....	18
2.1.2	O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.....	21
2.1.3	O princípio do mínimo existencial.....	26
2.1.4	O princípio da reserva do possível.....	28
2.1.5	O princípio do direito universal à saúde.....	33
2.2	Normas constitucionais e infraconstitucionais no ordenamento jurídico brasileiro....	36
<b>3</b>	<b>O CASO DOS PORTADORES DE RETINOSE PIGMENTAR e HEMOGLOBINÚRIA PAROXÍSTICA NOTURNA.....</b>	<b>44</b>
<b>4</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>62</b>
	<b>REFERÊNCIA .....</b>	<b>83</b>
	<b>APÊNDICE .....</b>	<b>96</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Outrora, os direitos fundamentais eram de sobremaneira frágeis e, não raras vezes, inexistentes. A escravidão, a fome, a exploração sem limites e todas as mazelas da humanidade imperavam nas diversas civilizações humanas (tais como a egípcia, fenícia, romana, etc.). Vale dizer, que esse comportamento repressor tinha como principal vítima a grande maioria da população, que era oprimida e massacrada, para que uma pequena elite dominadora pudesse viver no luxo, no supérfluo e na lassidão.

Felizmente, os homens foram, paulatinamente, agregando conhecimentos filosóficos e sociais. Lembra-se aqui, a própria civilização greco-romana, a revolução francesa e o período do racionalismo humano.

Com efeito, à medida que o homem foi adquirindo conhecimento, também foi evoluindo seu espírito de fraternidade para com os homens, deflagrando consequências diretas e imediatas e/ou mediatas na seara jurídica. Desse modo, a humanidade pode testemunhar o surgimento dos chamados direitos das gerações <sup>1</sup>.

Assim, os direitos foram gradativamente ganhando uma conotação de obrigatoriedade ou força, status que outrora era inexistente.

O tema dos direitos fundamentais tomou vulto após a hecatombe ocorrida durante a primeira metade deste século, associada à constatação de que o homem havia conseguido a capacidade de varrer face da terra sua própria existência. Somando-se as condicionantes históricas que facilitaram em muito as propagações de anseios e reivindicações fundadas em justiça, voltadas para o estabelecimento de elementos mínimos de garantia para uma existência digna que foram o acesso à cultura e instrução, a aglomeração urbana e as facilidades de comunicação decorrentes da revolução industrial, os direitos humanos entraram na ordem do dia dos juristas, juntamente como domínio da ideia-valor da democracia.

---

<sup>1</sup> Alguns autores preferem chamar direito de primeira dimensão, eis que defendem que o termo “geração” daria uma “falsa” ideia de que os direitos das gerações posteriores fossem se sobrepondo as gerações anteriores. Com efeito, continuar-se-á utilizando o termo “geração”, por entender que o mesmo tem uma visão histórica, mesmo diante do fato de que todos os direitos fundamentais (das três gerações) não surgiram, exatamente, na mesma época, mas sim em épocas diferentes, bem como também não se sobrepõem uns aos outros, aplicando-se o mesmo raciocínio para o termo “dimensões”. Neste sentido, reproduzem-se as sábias palavras de José Eliaci Nogueira Diógenes Júnior: “Desde já, vale a pena ressaltar que a divisão de tais direitos em gerações ou dimensões é meramente acadêmica, uma vez que os seres humanos não podem ter seus direitos divididos em gerações ou dimensões estanques, sendo que referida divisão diz respeito somente ao reconhecimento dos mesmos em momentos históricos específicos.” Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11750](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750)> Acessado em 22/10/2013, página 01.

Todavia, o jurista estava acostumado com o direito concedido pelo Estado, direito outorgado por um terceiro para compor conflitos intersubjetivos, onde o Estado só figuraria como sujeito incidentalmente, em casos raros (e.g., desapropriações) ou como garantidor daquelas regras voltadas aos particulares, notadamente como Estado-polícia ou Estado-juiz<sup>2</sup>.

Anteriormente, os princípios apenas existiam sem qualquer força expressiva. No Brasil, alguns anos após a promulgação da Constituição 1988, os princípios foram ganhando maior espaço no cenário da produção legislativa e, sobretudo jurisprudencial<sup>3</sup>.

Vem reforçar esse raciocínio, Barroso e Barcelos ao afirmar que “a percepção de que também aos princípios constitucionais devem ser reconhecida eficácia jurídica, é fenômeno relativamente recente, em comparação com as regras<sup>4</sup>”. Nesse sentido tem-se que:

No Brasil, a volta do direito constitucional, ocorreu na promulgação da Constituição de 1988, promovendo a travessia de um Estado com regime autoritário, violento e intolerante para um Estado democrático de direito, proporcionando o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país. Antes da Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil não tinha tanta importância, mas conseguiu chegar ao apogeu em menos de uma geração com a sua promulgação<sup>5</sup>.

Com efeito, grandes ações de repercussão nacional foram solucionadas apoiando-se fortemente em normas principiológicas, dentre as quais à conhecida decisão da Ação Direta de Constitucionalidade número 12, julgada pelo STF que pôs fim ao nepotismo no Poder Judiciário<sup>6</sup>.

Sucintamente, o direito de primeira geração, ou dimensão, está inserido em um contexto de estado totalitário, onde as liberdades fundamentais, como o direito de ir, vir e

<sup>2</sup> AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. **Há direitos acima dos orçamentos? Direitos Fundamentais, Orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 99 - 100

<sup>3</sup> BARROSO, Luiz Roberto; BARCELOS, Ana Paula. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Disponível em: <[http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti\\_histdirbras.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf)> Acessado em: 28/03/2012. p. 36.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> BRAGA JÚNIOR, José Mário. **Neoconstitucionalismo e a Constituição brasileira de 1988**. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2708&idAreaSel=16&seeArt=yes>>. Acessado em 22/10/2013.

<sup>6</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Decisão histórica do Supremo põe fim ao nepotismo no Judiciário**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115820>>. Acessado em: 28/03/2012.

permanecer e as liberdades de expressão, opinião e demais, eram cerceadas pelo ente estatal. Desta forma, os direitos de primeira dimensão tem como marca a abstenção do estado nas liberdades individuais<sup>7</sup>.

Não obstante, diante do progresso e da evolução, a sociedade permanecia muito aquém dos direitos à igualdade econômica e, conseqüentemente, à igualdade social, o que gerou a necessidade de uma maior regulamentação estatal nesses respectivos setores, de modo a propiciar a população um acesso a melhores rendas, serviços e condições dignas de vida, passando, assim o estado a ser visto como aliado<sup>8</sup>.

Por fim, viu-se que o estado não poderia mais restringir suas ações a determinados grupos, haja vista existirem direitos inerentes a todos os seres humanos, como o direito a um meio ambiente saudável, solidariedade, etc., surgindo, desta maneira, o direito de terceira geração<sup>9</sup>.

Todo esse fortalecimento dos princípios fez surgir um magnífico debate a respeito da divisão dos poderes. Até que ponto o entendimento subjetivo de juízes e tribunais, sobre o alcance dos direitos e garantias fundamentais, é de competência do poder judiciário? Como esclarecer essa tênue linha, que divide a competência do judiciário com os demais?

Ou ainda: tais decisões promovem a democracia ou a corrompem? Existe risco de se formar uma nova aristocracia, ou uma juristocracia, exercitada sob o discurso da técnica de interpretação normativa, natural à função jurisdicional contemporânea?<sup>10</sup> Em fim, qual a melhor maneira para aplicação dos princípios, sem que haja invasão na competência dos demais poderes?

O direito à saúde, por sua vez, núcleo e cerne do trabalho de conclusão de curso, a ser realizado no semestre 2014.1, quiçá, por sua importância, vem sendo cada vez mais solidificado.

Esse fortalecimento excessivo do direito à saúde fez surgir um novo “impasse”: até onde o direito à saúde de um (ou alguns indivíduos) pode afetar/prejudicar o direito da coletividade à saúde? Até onde pode o judiciário intervir no direito à saúde? A monografia em

<sup>7</sup> YABIKU. Roger Moko. **Direito Constitucional aplicado à profissão**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6913/direito-constitucional-aplicado-a-profissao>>. Acessado em: 22/10/2013. p. 01.

<sup>8</sup> MENDONÇA, Helena Karoline; BERTUOL, Mayara Karoline. **Direitos de segunda geração: o problema da efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2045/2125>>. Acessado em 22/10/2013.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins fontes, 1999. p. 451-452

questão centralizar-se-á no tratamento de um grupo de brasileiro que sofrem da moléstia denominada retinose pigmentar, doença esta considerada incurável pela Sociedade Brasileira de Oftalmologia<sup>11</sup>. Esse grupo de brasileiros solicita ao SUS tratamento na cidade de Havana, por se tratar do local onde se encontram os recursos terapêuticos mais avançados do mundo nesse tipo de doença.

Nesse sentido, Limberger<sup>12</sup> traz importante explicação ao dizer que:

Em nosso país, por uma distorção, as implementações das políticas públicas, saíram da órbita dos Poderes Executivo e Legislativo, e migrou para o Poder Judiciário. O número de demanda foi tal que fez com que o STF realizasse uma audiência pública. É a judicialização da política, que por um lado prestigia o Poder Judiciário com discursões que são vitais para um país, mas por outro atesta a falência na resolução dos conflitos nas esferas que lhes são próprias. O judiciário é sobrecarregado com inúmeras demandas e acaba por se tornar moroso devido à excessiva litigiosidade.

O segundo caso apresentado é o das pessoas que sofrem de outra rara doença chamada Hemoglobinúria Paroxística Noturna (HPN), causadora de vários problemas, que podem, inclusive, levar à morte.

No primeiro caso apresentado, a doença retinose pigmentar não possui cura ainda, mas apenas tratamentos experimentais alternativos. Sendo assim, diante de um tratamento altamente dispendioso para os cofres públicos, essas pessoas fariam jus ao tratamento? Poderia a concessão de tais intervenções, prejudicar parte da população que atualmente sofre por falta de leitos em enfermarias e UTIs, ou mesmo por faltar-lhes um simples remédio? E nesse sentido, poderia a administração pública, utilizar-se do princípio da supremacia do interesse público, para negar o custeio do tratamento? Observa-se que no julgado do STF, pertinente ao caso dos portadores de retinose pigmentar, houve divergência, apesar do deferimento do pleito, enquanto no julgado dos portadores de hemoglobinúria paroxística noturna (HPN), houve efetivamente entendimento diverso.

<sup>11</sup> LOTTENBERG, Claudio Luiz; YASAKI, Erika Sayuri. **Retinose pigmentar: chip de retina e terapia gênica são algumas esperanças para o tratamento dessa doença degenerativa.** Disponível em: <<http://www.einstein.br/einstein-saude/pagina-einstein/Paginas/retinose-pigmentar.aspx>> Acessado em: 18/11/2013.

<sup>12</sup> LIMBERGER, Têmis. Burocratização, políticas públicas e democracia, o caminho a ser trilhado em busca dos critérios pra efetividade do direito à saúde. In. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica:** anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. Cap. 13, p. 217-231.

O próprio relator do processo em questão, perante a turma do STF, juntamente com o eminente Ministro Ricardo Lewandowski, votou contra o tratamento, porém ao final teve o voto vencido pelos demais. E o mais colidente é que o Tribunal Regional Federal da 1ª região, que analisou o caso em segundo grau de jurisdição, entendeu que os postulantes detinham direito líquido e certo para pleitear o tratamento<sup>13</sup>.

Verifica-se, contudo, que os princípios gerais, que norteiam o ordenamento jurídico, por sua baixa densidade normativa, podem ser muitas vezes aplicados tanto ao direito de NÃO custear o tratamento, como também o direito de fazê-lo, como por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, como utilizar os princípios à luz do princípio da proporcionalidade, de maneira que o mesmo possa ser usado o mais adequadamente possível? Paralelamente, serão analisadas algumas questões, vislumbradas no caso concreto.

Para responder tais questionamentos, utilizaram-se pesquisas de artigos científicos, projetos e publicações em jornais e revistas que debateram sobre o tema, bem como, pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, no que concerne à demanda ao poder judiciário, que irá embasar teoricamente as questões levantadas, através de estudos dos autores que discutem o tema.

Serão realizados ainda métodos de pesquisas específicas, utilizando-se das diretrizes e normas da Associação Brasileira de Técnicas (ABNT), bem como o Projeto Político Pedagógico (PPP) do Curso de Direito da UERN, que embasarão tal pesquisa e serão utilizados com precisão, visando otimizar o trabalho que será apresentado, facilitando assim a compreensão.

---

<sup>13</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **1ª Turma garante tratamento em Cuba aos portadores de doença ocular**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=177147>>. Acessado em: 22/10/2013. p. 01.

## 2 BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS E OS PRINCÍPIOS RELATIVOS AO DIREITO À SAÚDE

Grandes trabalhos científicos em áreas humanas possuem como viga de apoio o estudo histórico dirigido<sup>14</sup>, pois reuniram ao longo dos anos esforços de cientistas e/ou pesquisadores que abriram o caminho do desconhecido.

Essas tarefas árduas desempenhadas pelos estudiosos de outrora, não poderiam ser simplesmente desvalorizadas ou deixadas ao relento, pois quando se estuda novos temas ou mesmo temas já trabalhados, surgem novas abordagens e novos métodos científicos.

Nesse viés, passa-se agora a análise de importantes institutos/fatos que marcaram as civilizações antigas, no que se refere ao respeito do direito à saúde, bem como no Brasil. No tocante às civilizações antigas, percebe-se que o direito à saúde andava lado a lado com a religião, possuindo conotações místicas.

O autor Collange relata em seu livro *A Cidade Antiga* que “Imploravam-lhe proteção, que supunham poderosa. Dirigiam-lhe fervorosas preces para dele conseguirem os fins eternos desejados por todo o homem: saúde, riqueza e felicidade.”<sup>15</sup>

Destaca-se na Grécia Antiga, a figura de Hipócrates. Conhecido como pai da medicina e pelo famoso juramento, escreveu o livro “*Dos Ares, das Águas e dos Lugares*”, e desde então já demonstrava a relação dos aspectos ambientais e as doenças, bem como abordou diversos temas da política sócio-sanitária<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Nesse sentido, ver os artigos: MELLO FILHO, Rogério Machado. **A Aplicação do Direito sob a ótica das escolas de interpretação das normas jurídicas.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/rev\\_50/artigos/art\\_rogerio.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_50/artigos/art_rogerio.htm)>. Acessado em: 10/02/2013. ANTIGA JR., José Luiz. **Hermenêutica Jurídica.** Disponível em: <[http://www.antigaadvogados.com.br/professor/pro\\_1314194788.pdf](http://www.antigaadvogados.com.br/professor/pro_1314194788.pdf)>. Acessado em: 10/02/2013.

<sup>15</sup> COULANGES, Fustel Numa-Denys. **A cidade antiga.** Ed.4. São Paulo: Editora das Américas S.A. 1961.. Tradução de Frederico Ozanan Pessoa Barros. Título original: *La Cité Antique- Étude sur le Culte, le Droit, les Institutions de la Grèce, et de Rome.* p. 11.

<sup>16</sup> RIBEIRO, Helena. **Saúde pública e meio ambiente: evolução do conhecimento e da prática, alguns aspectos éticos.** Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-12902004000100008&script=sci\\_arttext#back1](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-12902004000100008&script=sci_arttext#back1)>. Acessado em 10/02/2014. p. 01.

Em Roma, destaca-se a evolução na engenharia hidráulica, com a presença de “grandes redes de canais subterrâneos que abasteciam as cidades e vales com água corrente, o que melhorou a vida e a saúde das populações<sup>17</sup>”.

Ainda sobre Roma, foi observado pela primeira vez, o respeito à saúde do trabalhador que tempos depois alcançou grande repercussão e evolução no seu aspecto prático. Neste sentido, as “enfermidades eram observadas por diversos naturalistas e poetas que atribuíam o adoecimento dos mineiros à pobre ventilação das minas e aos fluidos e vapores tóxicos aos quais estavam expostos<sup>18</sup>”.

No Brasil colonial, grandes eram os problemas quanto às políticas de saúde pública. A população em geral vivia sobre precárias condições, e a saúde por se tratar de um serviço de difícil acesso era apenas destinada aos detentores de maior poder aquisitivo<sup>19</sup>.

Ainda discorrendo sobre a história nacional, é de se destacar que em 1949, no segundo governo de Vargas, o direito à saúde pública foi ampliado, no entanto, não de forma universal, ficando apenas disponível a cobertura emergencial<sup>20</sup>.

A partir do ano de 1988, a Constituição Federal asseverou o dever do estado de garantir a saúde a toda população, e para isso, foi criado o Sistema Único de Saúde.

No ano de 1990, o Congresso Nacional aprovou a Lei Orgânica da Saúde que regulamentou o funcionamento do sistema<sup>21</sup>. “Até então apenas os trabalhadores que contribuía para a previdência social tinham direito ao atendimento na rede de saúde, de maneira que aqueles que não contribuía eram atendidos nos hospitais filantrópicos<sup>22</sup>”.

<sup>17</sup> PADURARU, Carmem. **Contribuições da Roma antiga**. Disponível em: <[http://www.ehow.com.br/contribuicoes-roma-antiga-info\\_5583/](http://www.ehow.com.br/contribuicoes-roma-antiga-info_5583/)>. Acessado em 10/02/2014. p. 01.

<sup>18</sup> BATISTELLA, Carlos. **Saúde, doença e cuidado: complexidade teórica e necessidade histórica**. Disponível em: <[http://www.epsjv.fiocruz.br/pdtp/index.php?livro\\_id=6&area\\_id=4&autor\\_id=&capitulo\\_id=13&arquiv\\_o=ver\\_conteudo\\_2](http://www.epsjv.fiocruz.br/pdtp/index.php?livro_id=6&area_id=4&autor_id=&capitulo_id=13&arquiv_o=ver_conteudo_2)>. Acessado em 10/02/2014. p. 03.

<sup>19</sup> DIAS, Antônio José. **A saúde pública no Brasil colonial**. Disponível em: <<http://profjaborritmo.blogspot.com.br/2012/08/a-saude-publica-no-brasil-colonial.html>>. Acessado em 10/02/2014. p. 01.

<sup>20</sup> MERCADANTE, Otávio Azevedo. **Evolução das políticas e do sistema de saúde no Brasil**. Disponível em: <<http://www.fiocruz.br/editora/media/04-CSPB03.pdf>>. Acessado em: 22/10/2013. p. 01

<sup>21</sup> MARQUES. Lucimara dos Santos. **A saúde pública e o direito Constitucional brasileiro**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4643](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4643)>. Acessado em: 22/10/2013.

<sup>22</sup> JSADMIN. **Assistência Médica Universal**. Disponível em: <<http://josesarney.org/o-politico/presidente/politicas-do-governo/assistencia-medica-universal/>>. Acessado em: 22/10/2013.

Apesar disso, somente após diversos anos da promulgação da Constituição e com a solidificação da eficácia dos seus princípios, começou a crescer o número de demandas judiciais em busca de tratamentos e remédios.

Conforme falado alhures, essa solidificação não trouxe apenas benefícios, haja vista constatarem-se divergência doutrinária e jurisprudencial em inúmeros aspectos, dentre os quais, situa-se o objeto cerne do presente trabalho de conclusão de curso.

Desta maneira, vislumbra-se o quão concretizado e implexo tornou-se o tema do direito à saúde, percebe-se ainda que em um mesmo caso é possível o emprego dos mesmos princípios constitucionais, tanto para resguardá-lo como para rechaça-lo, conforme se observará ao longo dos estudos.

Nas cátedras acadêmicas, percebe-se com veemência que as ciências, de uma maneira geral, possuem princípios próprios. Esses princípios nos servem de verdades primárias e sustentáculos para construções de posteriores raciocínios.

A esse respeito, Alexy aduz que “as normas de organização e procedimento devem ser criadas de forma que o resultado seja, com suficiente probabilidade e em suficiente medida, conforme os direitos fundamentais<sup>23</sup>”.

Desta maneira os princípios adquirem a função de escada ou vetores, que levam o pesquisador a determinados caminhos, por vezes desconhecidos, pois ciências específicas exigem princípios específicos.

O tema em análise possui escarças normas regulamentadoras, de maneira que as celeumas doutrinárias e jurisprudenciais são travadas sob o campo dos princípios.

Como consequência lógica do fato que ora se apresenta, faz-se necessário o estudo dos princípios constitucionais norteadores do direito à saúde, haja vista que “os princípios que orientam a interpretação das normas jurídicas, são vetores que norteiam sua aplicação e âmbito de abrangência. Princípio é o alicerce, o pilar que fundamenta as demais normas jurídicas positivas que compõem o sistema<sup>24</sup>”.

---

<sup>23</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 473.

<sup>24</sup> OLIVEIRA, Alexandre Machado de. **Princípios do direito tributário**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7866](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7866)>. Acessado em: 06/05/2014.

Posto isto, deve-se ter em mente que a presente monografia não pretende exaurir o tema princípios, muito menos o tema “efetivação do direito à saúde”. Longe disso, pretende, pois, fazer uma análise principiológica suficiente e satisfatória para a obtenção de respostas às indagações a respeito do tema.

## **2.1 Princípios relativos ao direito à saúde**

Para adentrarmos no cerne do presente capítulo, deve-se averiguar inicialmente o princípio cardeal de todo o ordenamento jurídico pátrio, a saber, o princípio da dignidade da pessoa humana. Como se verá, o primado da dignidade humana é fundamento essencial para se assegurar o direito à saúde, uma vez que o direito deve disciplinar os fatos sociais sempre vislumbrando o bem estar do ser humano.

### **2.1.1 O princípio da dignidade da pessoa humana**

Para Coelho<sup>25</sup>, o princípio da dignidade da pessoa humana é derivado de outro, que por sua vez seria a base de todos os demais: o princípio do estado democrático de direito. É salutar destacar que o entendimento do ex-procurador-geral da república segue uma vertente minoritária e de pouco adeptos.

Entretanto, o entendimento mais adequado e que coaduna com o posicionamento majoritário, dentre os doutrinadores estudados, é o de que o princípio em questão é a base e requisito *sine qua non* para os ordenamentos jurídicos dos países que se digam democrático.

Observa-se que o conceito atual de ser humano não é o mesmo de tempos atrás, e projeta-se que o mesmo adquirirá novas acepções em tempos futuros. Neste sentido, é

---

<sup>25</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 171.

possível percebe-se a relativização do conceito de ser humano na seguinte passagem do livro Cidade Antiga de Coulanges<sup>26</sup>:

Reconhecia-se como cidadão todo homem que tomava parte no culto da cidade, e desta participação lhe derivavam todos os seus direitos civis e políticos. (...) Não se revelava a lei ao estrangeiro, e até mesmo do plebeu se escondiam as suas regras. E isto, não porque os patrícios julgassem ser grande força para eles a posse exclusiva das leis, mas porque a lei, por suas fontes e natureza, pareceu durante muito tempo um mistério no qual só podia estar iniciado quem o fosse, previamente, no culto nacional e no culto doméstico.

Ainda nessa linha de raciocínio, expõe Sarlet<sup>27</sup> que “no pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana dizia, em regra, a posição social ocupada pelo indivíduo”.

Ao longo da evolução intelecto-moral, o termo ser humano ganhou maiores proporções, expandindo seu raio e englobando novos conceitos. No entanto, ainda de maneira tênue (durante a baixa idade média), o conceito em questão começou a ganhar efetivamente novos aspectos, por meio do pensamento do filósofo Tomás de Aquino, como se verifica através da passagem abaixo transcrita, onde assevera que:

Assenta-se na ideia de que, se todos os homens são criados a imagem e a semelhança de Deus, são conseqüentemente inatos e naturalmente dotados de uma mesma racionalidade e dignidade, que por sua vez, lhes confere a capacidade de autodeterminação. Pela força da sua dignidade, o indivíduo que é detentor de liberdade, constrói a sua existência por si próprio numa natureza racional<sup>28</sup>.

Entretanto, esse posicionamento era solitário e a posição dos níveis de dignidade ainda predominava<sup>29</sup>. Somente a partir da revolução francesa, iniciou-se o pensamento no sentido de

<sup>26</sup> COULANGES, Fustel Numa-Denys. **A cidade antiga**. Ed. São Paulo: Editora das Américas S.A. 1961. Tradução de Frederico Ozanan Pessoa Barros. Título original: La Cité Antique- Étude sur le Culte, le Droit, les Institutions de la Grèce, et de Rome. p. 74.

<sup>27</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. Ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2010, p. 32.

<sup>28</sup> MARREIRO, Cecília Lôbo. **A interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana no atual contexto da Constituição brasileira**. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/23382> >. Acessado em: 10/02/2014.

<sup>29</sup> CORRÊA, Carlos Romeu Salles. **Evolução da doutrina da dignidade da pessoa humana**. p. 01 Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/23950> >. Acessado em: 11/02/2014

conferir universalidade ao primado da dignidade, concepção esta que perdura até os dias atuais.

Nesse sentido, “a vitória da revolução francesa se materializou no alicerce dos direitos humanos avalizados ao homem e ao cidadão que atualmente todos desfrutam<sup>30</sup>”. Após isso, inúmeras outras declarações começaram a adotar tal princípio.

“A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, igualmente de 1948, traz, além da construção das belas frases, a dignidade da pessoa humana em várias passagens<sup>31</sup>”.

Na visão desta humilde autora, por todo o escrito, percebe-se que os “níveis” de dignidade foram paulatinamente diminuindo, e conseqüentemente surgindo tratamentos mais isonômicos.

Além disso, o conceito de pessoa vem sendo ampliando significativamente. No entanto, ocorre que apesar de todo aparato legislativo baseado nesse princípio, o que se percebe é um “esquecimento” do mesmo, e a sua conseqüente não eficácia e efetividade.

Com a ampliação do conceito de dignidade humana, houve uma ampliação na sua seara de atuação, cujo princípio atualmente é visto (conforme mostrado a pouco) como suprasumo do ordenamento jurídico.

Barroso<sup>32</sup> assevera que:

O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos.

<sup>30</sup> DOBARRO, Sergio Leandro Carmo. **A correlação entre dignidade da pessoa humana e fraternidade**. Disponível em: < <http://www.univem.edu.br/jornal/materia.php?id=391> >. Acessado em: 11/02/2014.

<sup>31</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO BAHIA. **O princípio da dignidade da pessoa humana a partir da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: < <http://www.mpba.mp.br/atuacao/cidadania/nudh/publicacoes/oprincipiodadignidadehumana.pdf> >. Acessado em: 11/02/2014.

<sup>32</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Revista de Direito Social, 34/11, abr- jun 2009. p. 09 .

Ao final das considerações, não se poderia deixar de conectá-lo ao tema central deste trabalho. Em caso de tratamentos e/ou medicamentos ainda em fase experimentais e de alto custo, quando solicitado por uma única pessoa ou um pequeno grupo, deveria ser deferido o pedido?

Nos casos de deferimento, a verba deveria ser removida do dinheiro destinado a hospitais públicos, onde centenas de pessoas encontram-se em meio a corredores sujos, sem que haja sequer equipamentos básicos para o atendimento médico?! Nesses casos, seria justa essa destinação do dinheiro?

Sendo assim, estaria sendo resguardo o princípio da dignidade humana com relação ao grupo minoritário que postulou o tratamento? E quanto à população, ter-se-iam ferido os direitos da dignidade da pessoa humana, haja vista haver desvio da verba que lhe era destinada? Nesse caso, como preservar o núcleo intangível do direito da dignidade humana da população em geral? Seria uma exceção aceitável esse distanciamento da concepção de núcleo “intangível”?

Em momento oportuno, a presente monografia trabalhará os princípios remanescentes (e necessários), bem como leis específicas, e no que tange ao direito à saúde será enfrentada as questões aqui suscitadas. Passa-se, doravante a discorrer a respeito do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

### **2.1.2 O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado**

Torne-se imperioso o estudo do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, haja vista ser uma das importantes vigas de argumentação contrárias ao custeamento de tratamentos dispendiosos aos cofres públicos.

Esse entendimento distancia-se um pouco quando comparado ao último princípio aqui apresentado (princípio da dignidade da pessoa humana), que apesar de ser utilizado pelas duas vertentes, percebe-se uma ligeira utilização maior por parte da corrente defensora do dito tratamento.

Em termos objetivos, vale dizer que o princípio supracitado tem como cenário meados do século XIX e, logicamente, pós-iluminismo (século XVIII) com ideias de Descartes, Voltaire, Rousseau dentre outros, além da própria Revolução Francesa e da Constituição Americana, e das políticas anti-absolutistas<sup>33</sup>.

Nesse sentido, “o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular tem surgimento no século XIX, pois o direito deixa de ser apenas um instrumento de garantia dos direitos dos indivíduos e passa a objetivar a consecução da justiça social e do bem comum”<sup>34</sup>.

Interessante observação de Mello ao dizer que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é inerente de qualquer sociedade, sendo ainda a “própria condição de sua existência”<sup>35</sup>.

Quanto ao seu conceito especificamente, assim como muitos temas na seara jurídica, possui grandes divergências, não se conseguindo até o momento chegar a um conceito absoluto sobre o mesmo.

Assim, não se pode fugir a pluralidade de conceitos a respeito desse princípio, haja vista que uns “entendem que é um interesse contraposto ao interesse individual, outros defendem que é a somatória de interesses individuais, passando pela soma de bens e serviços, bem como, o conjunto de necessidades humanas indispensáveis na vida do particular”<sup>36</sup>.

A humilde autora, por sua vez, pensa que o conceito do princípio ora apresentado, seria um misto de alguns dos conceitos aqui apresentados. Desta forma, na sua visão o princípio da primazia do interesse público seria um somatório de interesses privados em comum que muitas vezes manifesta-se em uma necessidade humana.

---

<sup>33</sup> GOULART, Elias; BERGAMINI, Ricardo; ARRUDA, José J. de. **Movimentos políticos-culturais: O Iluminismo**. Disponível em: <[http://www.passeiweb.com/estudos/sala\\_de\\_aula/historia/hist\\_cont\\_iluminismo\\_despotismo\\_esclarecido](http://www.passeiweb.com/estudos/sala_de_aula/historia/hist_cont_iluminismo_despotismo_esclarecido)>. Acessado em: 11/02/2014.

<sup>34</sup> BARRETO, Débora Regina. **O princípio da supremacia do interesse público sobre o particular**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1893](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1893)>. Acessado em: 11/02/2014.

<sup>35</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 96.

<sup>36</sup> VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **O princípio da supremacia do interesse público: Uma visão crítica da sua devida conformação e aplicação**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9092](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9092)>. Acessado em 11/02/2014.

Importante ponto içado pela professora Ramim<sup>37</sup> consiste no fato de que nem sempre um interesse governamental é um interesse público, em virtude da precária (ou falta) de representação. Nesse sentido, a docente pondera que:

Nem sempre os governantes fazem o melhor para a coletividade: políticas econômicas e sociais ruins, guerras, desastres fiscais, decisões equivocadas pautadas em falhas no momento da definição de prioridades, malbaratamento dos recursos públicos. Não raro, as ações mal sucedidas da Administração Pública contrapõem governantes e governados, Estado e indivíduos. Como o interesse do Estado ou dos governantes não coincide necessariamente com o interesse geral da coletividade, é correto afirmar que o interesse público não é exclusivamente um interesse do Estado.

Questão interessante suscitada a esse respeito é que nesse caso de prevalência do direito público em detrimento ao privado, como ficariam então esses direitos em conflitos com aqueles? E quanto ao interesse público da saúde em detrimento do individual? Como se comportaria esse embate de direitos fundamentais?

Nesse sentido, insta trazer a célebre frase do dramaturgo Francês Molière, quando diz que “Foge a razão perfeita a toda a extremidade, / E deve a gente ser sagaz com sobriedade”<sup>38</sup>. Tal afirmativa encaixa-se perfeitamente na teoria do núcleo intangível dos direitos fundamentais. Nesse sentido, observa-se que:

O conteúdo essencial dos direitos fundamentais ou o núcleo intangível dos direitos tem sido utilizado como ponto de partida para diversas abordagens jurídicas acerca da interpretação dos direitos fundamentais, notadamente quando se fala da ponderação de direitos e do princípio da proporcionalidade ou do princípio da vedação de retrocesso social, sem, contudo precisar-se o seu significado jurídico.

Esse núcleo intangível tem sido tratado como verdadeiro axioma, considerada como óbvia a existência do núcleo essencial ou como um consenso inicial necessário para a construção ou aceitação de teoria daí

<sup>37</sup> RAMIM, Áurea. **Curso de Direito Administrativo**. Disponível em: <[https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&ved=0CE0QFjAG&url=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Frepositorio%2Fcms%2FportalTvJustica%2FportalTvJusticaNoticia%2Fanexo%2FCurso%20de%20Direito%20Administrativo%20Aurea%20Ramim.doc&ei=11T7Up\\_8MdT5kQfX8I DOBA&usg=AFOjCNHg91IzCAsKKgNjEHq0-9kkMli2ig&bvm=bv.61190604.d.eW0](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&ved=0CE0QFjAG&url=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Frepositorio%2Fcms%2FportalTvJustica%2FportalTvJusticaNoticia%2Fanexo%2FCurso%20de%20Direito%20Administrativo%20Aurea%20Ramim.doc&ei=11T7Up_8MdT5kQfX8I DOBA&usg=AFOjCNHg91IzCAsKKgNjEHq0-9kkMli2ig&bvm=bv.61190604.d.eW0)>. Acessado em: 12/02/2014.

<sup>38</sup> MOLIÈRE, Jean. Disponível em: <<http://frases.globo.com/jean-moliere/10239>>. Acessado em 11/02/2014.

decorrentes, embora não tem sido suficientemente examinado seu alcance, sua estrutura e sua natureza<sup>39</sup>.

Desta maneira, percebe-se que os direitos coletivos prevalecerão sobre os direitos individuais, no entanto tal presunção não é absoluta, portanto, relativizada ante a teoria dos núcleos intangíveis e também quando debatidas na órbita dos direitos fundamentais.

O que ainda prevalece, contudo, são as indagações específicas na área do direito à saúde em tratamentos de elevados custos, quando destinados a uma só pessoa: até que ponto exatamente deve prevalecer os direitos coletivos? Em que momento do embate deve insurgir o direito individual? Como conciliar ambos? E até que ponto ou momento haverá essa conciliação?

Outra questão que deve ser debatida é quanto ao princípio aplicado, isto é, o princípio da supremacia do interesse público que guarda estreita relação com a continuidade do serviço público<sup>40</sup>. Deste modo, caso se retire verbas da coletividade para custear tratamento individual (vale dizer, ainda sem eficácia científica), estaria prejudicando de certa forma o primeiro.<sup>41</sup>

Sendo assim, a falta de verba acarretaria uma falta de material ou de pessoal apto a trabalhar, o que de certa forma, também paralisaria o serviço público naquele ponto específico. Seria então válida essa paralização, e a conseqüente mitigação da continuidade do serviço público de saúde? Nesse viés:

Todos os pedidos chegam ao Poder Judiciário sob um argumento genérico: o direito à vida. É inegável que o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana são alicerces básicos em nosso ordenamento, mas não podem ser utilizados de maneira genérica, sob pena de perderem a credibilidade. Estima-se que pelo menos 2/3 das ações sobre medicamentos se referem ao uso contínuo, a exames e da compreensão ampla, em matéria de medicamentos, nos quais estão compreendidos fraudas, leites, complementos alimentares e etc. Deste modo, na maioria das ações o argumento a vida é

<sup>39</sup> SAMPAIO, Marcos. **O constitucionalismo brasileiro e conteúdo essencial dos direitos fundamentais.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8904](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8904)>. Acessado em 16/02/2014.

<sup>40</sup> CRUZ, Gabriel Soares. **A (não) interrupção dos serviços públicos em caso de inadimplemento.** Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2305&idAreaSel=1&seeArt=yes>>. Acessado em: 12/02/2014.

<sup>41</sup> BERNARDI, Mariana Rocha. **Os princípios da supremacia do interesse público e da moralidade como norteadores da atuação discricionária (poder discricionário) da administração pública.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13452](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13452)>. Acessado em: 12/02/2014.

falacioso e prejudica a análise dos casos em que realmente a vida está em jogo<sup>42</sup>.

Por outro lado, percebe-se que o direito, que possui uma série de valores a serem alcançados, tem como valor fim ou valor precípua a justiça social<sup>43</sup>. De maneira que, apesar de dever-se dá um enfoque as doenças mais graves, também não se deve desprezar os pedidos de menor gravidade, pois esses também englobam o direito à vida.

Em breve síntese, percebe-se o quão denso e fascinante é o direito fundamental, dentre os quais está o da saúde. Percebe-se, pois que:

Dizer que algo é fundamental não basta (...). Ter direito a um direito fundamental significa desde assegurar à vida até o direito de morrer. Viver e morrer em condições dignas são direitos de cada cidadão. Este direito, embora legislativamente assegurado, ainda está longe de ser efetivado. Mesmo considerando as várias e diferentes tentativas que vem sendo implantadas por vários setores da saúde e do direito para a efetivação do direito à saúde, ainda temos muito a efetivar<sup>44</sup>.

Por ora, essas e outras questões deste fascinante embate não poderão ser respondidas, pois nem mesmo essa humilde autora as possui, prevalecendo ainda à nebulosa sombra da dúvida que apenas ao final desta pesquisa poderá encontrar a solução com a devida propriedade que demanda o caso.

Com efeito, necessita ainda a autora discorrer, na presente monografia, sobre princípios e leis que possam auxiliar na busca a uma resposta, que mais se aproxime da justiça em sua forma mais pura e singela. Nessa linha de raciocínio, imperativo torna-se o enfrentamento do princípio do mínimo existencial.

---

<sup>42</sup> LIMBERGER, Têmis. Burocratização, políticas públicas e democracia, o caminho a ser trilhado em busca dos critérios pra efetividade do direito à saúde. In. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. Cap. 13, p. 217-231.

<sup>43</sup> ARAÚJO, José Henrique Mouta. Ações judiciais em defesa dos direitos fundamentais: em busca de solução para casos concretos. In. DIAS, Jean Carlos; KLATAU FILHO, Paulo. (org.) **Direitos Fundamentais, Teoria do Direito e Sustentabilidade**. ed. 1. Editora método. Centro de Ensino Superior do Pará. Cap. 5. p. 97-105.

<sup>44</sup> VIAL, Sandra Regina Martini. Democracia, direito e saúde: do direito ao direito à saúde. In. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. Cap. 13, p. 187-215.

### 2.1.3 O princípio do mínimo existencial

Segundo entendimento da doutrina, o princípio do mínimo existencial é adstrito às principais necessidades humanas, de modo que sem elas não seria possível sobreviver ou viver com dignidade<sup>45</sup>.

A esse respeito Barcellos pondera que o princípio em discussão seria “um elemento constitucional essencial, pelo qual se deve garantir um conjunto de necessidades básicas do indivíduo<sup>46</sup>”.

Interessante definição trazida pela professora Pereira<sup>47</sup> ao tratar do princípio do mínimo existencial, afirmando que “O mínimo se refere aos direitos relacionados às necessidades sem as quais não é possível “viver como gente”. É um direito que visa garantir condições mínimas de existência humana digna, e se refere aos direitos positivos”.

Nesse mesmo sentido, assevera Sarle<sup>48</sup> que:

Mínimo existencial, que não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência, de vez que este último diz com a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade.

Finaliza Pereira alegando que o princípio do mínimo existencial irradia seus efeitos sobre diversos setores jurídicos sociais, via de regra, é uma prestação positiva, que garante um mínimo necessário para a existência humana<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> MORAES, Daniela Pinto Holtz. **Efetividade dos direitos sociais: reserva do possível, mínimo existencial e ativismo judicial.** Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7701](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7701)>.

Acessado em: 12/02/2014

<sup>46</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 126.

<sup>47</sup> NASCIMENTO, Suélen Pereira Coutinho do. **Mínimo existencial versus reserva do possível.** Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/antoniopires/2013/04/14/minimo-existencial-x-reserva-do-possivel/>>. Acessado em 12/02/2014, p. 01.

<sup>48</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)>. Acessado em: 12/02/2014.

Entende-se nesta ocasião que a prestação positiva abordada pela doutrina deve englobar tanto a prestação por parte estatal como também a prestação entre particulares. Esta última pouco lembrada, conquanto existam implicitamente nas mais variadas normas do ordenamento.

Alguns exemplos podem ser encontrados no próprio texto da Lei Maior, nas mais diversas áreas, inclusive na saúde, senão veja-se:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos [...].

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

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho<sup>50</sup>.

A grande questão para esse princípio é: o que deve ser e o que não deve ser considerado mínimo existencial? Direcionando para o tema central do trabalho, chama-se novamente o exemplo do grupo de brasileiro que sofrem da moléstia denominada retinose pigmentar, doença esta considerada incurável pela Sociedade Brasileira de Oftalmologia<sup>51</sup>.

Esse grupo de brasileiros solicita ao SUS tratamento na cidade de Havana, considerado o local onde se encontram os recursos terapêuticos mais avançados do mundo nesse tipo de doença. Salienta-se que no Brasil também existem tratamentos experimentais em alguns estados como Pernambuco, São Paulo, Rio de Janeiro, e etc. mesmo não havendo o encorajamento ao tratamento pela SBO (Sociedade Brasileira de Oftalmologia). Nesta situação, havendo tratamento alternativo no próprio Brasil, a custos menores, estariam os

---

<sup>49</sup> NASCIMENTO, Suélen Pereira Coutinho do. **Mínimo existencial versus reserva do possível**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/antoniopires/2013/04/14/minimo-existencial-x-reserva-do-possivel/>>. Acessado em 12/02/2014. p. 01.

<sup>50</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acessado em 18/02/2014.

<sup>51</sup> LOTTENBERG, Claudio Luiz; YASAKI, Erika Sayuri. **Retinose pigmentar: chip de retina e terapia gênica são algumas esperanças para o tratamento dessa doença degenerativa**. Disponível em: <<http://www.einstein.br/einstein-saude/pagina-einstein/Paginas/retinose-pigmentar.aspx>> Acessado em: 18/11/2013.

brasileiros portadores de retinose pigmentar guarnecidos pelo princípio do mínimo existencial? E quando custeado o tratamento pelos cofres públicos, estaria sendo retiradas as verbas públicas destinadas à saúde de pacientes realmente necessitados? Não estaria sendo retirados deles o mínimo existencial? Como resolver esse dilema? Os mesmos questionamentos devem ser realizados no caso da hemoglobinúria paroxística noturna (HPN), em que o tratamento solicitado custa ao tesouro público cerca de oitocentos mil reais por ano para cada paciente. Entretanto, existe o transplante de medula que é o tratamento alternativo a doença HPN, de eficácia absoluta, que custa aproximadamente cinquenta mil reais.

Prosseguindo, a presente monografia dá início aos debates sobre um princípio que guarda grande relação com o princípio anterior, qual seja o princípio da reserva do possível.

#### 2.1.4 O princípio da reserva do possível

Analisando a história desse princípio verifica-se que:

A Reserva do Possível surgiu em julgamento promovido pelo Tribunal Constitucional Alemão, em decisão conhecida como *numerus clausus* (número restrito). Neste caso, o Tribunal Constitucional analisou demanda judicial proposta por estudantes que não haviam sido admitidos nas escolas de Medicina de Hamburgo e Munique, em face da limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pelo país em 1960, com fundamento no artigo 12 da Lei Fundamental alemã, que garantia a livre escolha de trabalho, ofício ou profissão.

Ao decidir a questão, a Corte alemã entendeu que o direito pleiteado, qual seja o aumento do número de vagas na universidade, encontra limitação na Reserva do Possível, conceituada como o que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, sob pena de, em virtude das limitações de ordem econômica, comprometer a plena efetivação dos direitos sociais.

Assim, a decisão foi que não seria razoável obrigar o Estado a disponibilizar o acesso a todos que pretendessem cursar medicina, eis que esta exigência estaria acima de um limite social básico (...).

Destaca-se que, mesmo que o Estado possua os recursos necessários disponíveis, não é obrigado a prestar algo que não seja razoável, como entendeu a Corte alemã no caso supracitado, referente aos estudantes que pleiteavam vagas de medicina em uma determinada instituição de ensino<sup>52</sup>.

<sup>52</sup> SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. **Reserva do possível e o mínimo existencial: embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias.** Disponível em: < [http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13621&revista\\_caderno=4](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13621&revista_caderno=4) >. Acessado em: 05/03/2014.

Como se sabe, o Estado tem a função de resguardar os direitos individuais e coletivos através de várias ações negativas e, sobretudo positivas. Dentre essas áreas, está o provimento de ensino de qualidade (Art. 6 caput; 23, V; 24, IX; 205 e seguintes da Constituição Federal), saúde (Art. 6 caput; 23, II; 24, XII, 30, VII; 196 e seguintes, todos da Constituição Federal), e etc.

Ocorre que como é de conhecimento comum que o Estado só funciona mediante entrada de dinheiro, que por sua vez obtêm através dos tributos cobrados à população. O orçamento ou reserva estatal, contudo, não é suficiente para realização de todos os anseios da sociedade. Esse fato trás consigo outro princípio: o da limitação dos recursos públicos<sup>53</sup>.

Com as informações acima articuladas, pode-se chegar a um conceito de que o princípio da reserva do possível seria o poder/dever do Estado em prestações positivas e negativas, de maneira a não afetar as demais despesas, ou afetando dentro do possível, sempre por meio de juízo de importância de despesa, levando também em consideração o princípio do mínimo existencial.

Chama-se atenção aqui quanto ao conceito de prestações negativas por parte do ente estatal. A priori, a omissão estatal não demanda gastos. Porém, traz-se o exemplo da possibilidade ou não do Estado desmatar uma floresta (protegida por lei) para construção de uma pequena usina de energia.

Ora, o Estado não poderá fazer tal investimento, que poderia inclusive ser fonte de renda futuramente. Sendo assim, tem-se uma atitude negativa por parte do ente estatal dentro da reserva do possível.

A reserva do possível pode ser chamada também de “reserva do financeiramente possível” ou ainda “reserva da consistência”. Nasceu na Alemanha, com o julgamento do caso “*Numerus Clausus I*”, julgado pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, pois em 1960, face ao grande número de interessados em áreas como direito, medicina, farmácia e outras, foram impostos certos limites à quantidade de estudantes que ingressariam em determinados cursos universitários.

---

<sup>53</sup> ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa. **A limitação da responsabilidade estatal pelo princípio da reserva do possível.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12762](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12762)>. Acessado em 14/02/2014.

Mas, como o artigo 12 da Lei Fundamental Alemã prevê que todo cidadão alemão tem o direito à livre escolha da profissão, os estudantes utilizaram esta argumentação. E, no julgamento, firmou-se o posicionamento de que o indivíduo somente poderá requerer do Estado prestação que seja no limite do razoável<sup>54</sup>.

Percebe-se, portanto, que o ordenamento jurídico brasileiro importou tal princípio da Alemanha e que por esta razão sofreu duras críticas do sociólogo J. Krell<sup>55</sup>, ante a diferença socioeconômica entre os dois países, ver-se:

Devemos nos lembrar de que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos. Na Alemanha – como nos países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acham vagas nos hospitais mal equipados da rede pública; não há necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar sua subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário de assistência social que recebem, e etc.

Questão interessante suscitada por Galdino afirma que “considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captados junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita<sup>56</sup>.”

Vale dizer que o princípio da reserva possível não é considerado por parte da doutrina como direito fundamental, seria mais um princípio parâmetro para disciplinar a melhor forma de obtenção do mesmo, nesse sentido pondera Wolfgang<sup>57</sup> que:

<sup>54</sup> NASCIMENTO, Suélen Pereira Coutinho do. **Mínimo existencial versus reserva do possível**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/antoniopires/2013/04/14/minimo-existencial-x-reserva-do-possivel/>>. Acessado em 12/02/2014. p. 01.

<sup>55</sup> KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002, pp. 108-109.

<sup>56</sup> GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 188.

<sup>57</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 30.

Por outro lado, não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte de seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites iminentes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constituiu, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.

Outro ponto que fazer jus a ser abordado no presente trabalho é a diferença entre a falta de recursos do governo e a falta de previsão orçamentária, como vem alegando os Estados réus nas ações de fornecimento de medicamentos e tratamentos. Veja-se a jurisprudência a esse respeito:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. NECESSIDADE COMPROVADA. DIREITO À SAÚDE E VIDA. DEVER DO ESTADO. EXEGESE DOS ARTS. 196 DA CF E 153 DA CE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA E NÃO PADRONIZAÇÃO DO REMÉDIO PELO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E ESTADO DE SANTA CATARINA. IRRELEVÂNCIA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Sendo a saúde e a vida um bem maior, deve o poder público, comprovada a necessidade do enfermo, fornecer o medicamento independente de previsão orçamentária, bem como de estar o remédio relacionado na lista daqueles padronizados pelo ministério da saúde ou pelo estado de Santa Catarina<sup>58</sup>.

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA COM TUTELA ANTECIPADA. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR SUPERVENIENTE. REJEIÇÃO. PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REJEIÇÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PACIENTE QUE NECESSITA DE CIRURGIA COM REALIZAÇÃO DE ARTRODESE COM PARAFUSOS PEDICULARES E LAMINECTOMIA DESCOMPRESSIVA. AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTO PELO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. POSSIBILIDADE. DIREITO À SAÚDE E À VIDA ASSEGURADOS. GARANTIAS CONSAGRADAS NA CARTA MAGNA. PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA. DISPENSABILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO QUE A IMPÕE. PREVALÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

<sup>58</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº: 599707 SC 2008.059970-7. Relator (a): Desembargador Ricardo Roesler. **Diário Oficial**, Santa Catarina, 29 de junho de 2009.

CONSTITUCIONAIS. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL  
CONHECIDOS E DESPROVIDOS.<sup>59</sup>

Ao que tudo indica a falta de previsão orçamentária não vem constituindo entrave suficiente para indeferimento do pedido inicial. Nesse sentido, vem reforçar ainda mais essa ideia o Jurista Garcia<sup>60</sup> quando diz que:

Tratando-se de impossibilidade jurídica, o que decorreria não da ausência de receita, mas da ausência de previsão orçamentária para a realização da despesa, deverá prevalecer o entendimento que prestigie a observância do mínimo existencial. Restando incontroverso o descompasso entre a lei orçamentária e os valores que integram a dignidade da pessoa humana, entendemos deva esta prevalecer, com o conseqüente afastamento do princípio da legalidade da despesa pública.

Ocorre que um dos questionamentos centrais que deve ser enfrentado na presente monografia, diz respeito à acomodação entre o princípio do mínimo existencial e da reserva do possível.

Analisa-se, sobretudo, a hipótese onde o Estado se vale do princípio da reserva do possível para provar efetivamente que não tem condições econômicas de arcar com o tratamento/medicamento. Nesta ocasião, qual a solução que melhor se aplica ao caso concreto e que se adeque aos princípios constitucionais e o princípio da razoabilidade e proporcionalidade?

Nessa esteira, o presente trabalho, presta-se agora a discorrer a respeito do princípio do direito universal à saúde.

---

<sup>59</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº: 2008.012612-6. Relator (a): Desembargador Aderson Silvino, j. **Diário Oficial**. Rio Grande do norte, 28 de abril de 2009.

<sup>60</sup> GARCIA, Emerson. **O direito à educação e suas perspectivas de efetividade**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5847>>. Acessado em: 25/07/2009.

### 2.1.5 O princípio do direito universal à saúde

É patente que para que haja respeito ao princípio da dignidade é necessário que exista efetivo acesso à saúde de qualidade.

Conforme mostrado alhures, o governo vem aprimorando o acesso à saúde. Outrora limitado apenas a determinados grupos sociais<sup>61</sup>, hoje, porém, tal direito já é a todos assegurado.

Nas palavras de Silva<sup>62</sup>, “O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam”.

Apesar da consolidada teoria da universalidade, observa-se que em virtude da limitação orçamentária, na prática, esse princípio não encontra lastro fático, carecendo, portanto, de eficácia.

A boa notícia, contudo é que já é perceptível o salto na órbita da saúde pública do Brasil ao logo dos últimos anos. Foi justamente essa evolução que fez emergir o princípio ora debatido, qual seja a universalidade do sistema de saúde.

Em linhas gerais, esse vetor normativo foi construído sob a garantia de que todos os brasileiros e estrangeiros tenham acesso ao serviço de saúde, quando necessitarem dele. Quanto a este último vale frisar que o art. 196 combinado com art. 3º, IV aduz que:

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

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes; [...]

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> Nesse sentido, ver o capítulo anterior, onde se mostra em linhas gerais a evolução histórica da saúde pública brasileira.

<sup>62</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 808.

À primeira vista o caput do art. 5º faz pensar que a proteção relativa ao direito à saúde é reservada somente aos estrangeiros residentes no país, não resguardando à saúde daqueles que temporariamente transitam pelo nosso território. Entretanto, já é sedimentada a jurisprudência que entende que tanto o direito à saúde, como os demais direitos assegurados no caput do art. 5º, estão reservados a todos os estrangeiros que de fato estejam na República Federativa do Brasil, senão ver-se:

EMENTA: Ao estrangeiro, residente no exterior, também é assegurado o direito de impetrar mandado de segurança, como decorre da interpretação sistemática dos artigos 153, caput, da Emenda Constitucional de 1969 e do 5º, LIX da Constituição atual. Recurso extraordinário não conhecido<sup>64</sup>.

“(…) No que concerne ao estrangeiro, quando a Constituição quis limitar-lhe o acesso a algum direito, expressamente estipulou. Assim, quando a própria Constituição estabelece que determinados cargos só podem ser providos por brasileiros natos, enquanto outros, por natos ou naturalizados, certo que estrangeiros, naturalizados brasileiros, nacionais brasileiros passam a ser. Quando a Constituição quis fazer essas discriminações, ela o fez. Mas, o princípio do nosso sistema é o da igualdade de tratamento. (...)”<sup>65</sup>

Desta forma, vem solidificar ainda mais tal inteligência a doutrinadora Monteiro<sup>66</sup>, ao aduzir que “O Estado tem à responsabilidade de promover o acesso para todos, sendo um direito universal que pertencem aos brasileiros e estrangeiros, que assim necessitarem, podendo utilizar os serviços de saúde de forma gratuita, a fim de promover o seu direito”.

<sup>63</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acessado em: 20/04/2014.

<sup>64</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso especial nº: 215.267. Relator (a): Ministra Ellen Gracie. **Diário da justiça**. Brasília, 24 maio 2001.

<sup>65</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso especial nº: 161.243. Relator (a): Ministro Carlos Velloso. **Diário da justiça**. Brasília, 19 fev. 1997.

<sup>66</sup> ANDRADE, Zenaida Tatiana Monteiro. **Da efetivação do direito à saúde no Brasil**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9037](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9037)>. Acessado em 12/02/2014.

Não poderia o presente texto deixar de relacionar esse princípio com as ideias e limitações aqui apresentadas. Nesse sentido, traz-se aqui os argumentos de Santos<sup>67</sup> que põe em xeque (em alguns casos) o princípio da reserva do possível:

A Carta Magna, em seu artigo 196 e seguintes, prescreve que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, entretanto, salienta-se que a obrigação é precipuamente estatal, mas não há uma exclusão de obrigação nas relações particulares, bem como da existência de uma dever da própria pessoa para com a sua própria saúde, ressalvados alguns casos específicos (internação compulsória).

A garantia constitucional e a universalidade dos serviços de saúde não traz, como corolário inexorável, a gratuidade das prestações materiais para toda e qualquer pessoa, em toda e qualquer situação, assim como a integralidade do atendimento não significa que a pretensão tenha de ser satisfeita em termos ótimos, sendo suficiente, assim, o alcance do mínimo aceitável.

O princípio da universalidade, além do seu tradicional manejo para obtenções de tutelas judiciais, também (embora menos adotado) pode ser usado para limitar o acesso à saúde.

Nesse véis, insta trazer o caso da ação civil pública movida contra o Estado de Alagoas, onde pacientes renais crônicos em hemodiálise e aqueles transplantados solicitaram medicamentos, a fim de realizar o tratamento das respectivas mazelas. O presidente do Tribunal de Justiça deferiu liminarmente o feito.

A Procuradoria Geral do Estado solicitou até mesmo à reconsideração do que foi indeferido. Por fim, o PGE-AL interpôs recurso ao STF da decisão proferida pela presidenta do Supremo Tribunal Federal, há época, Ministra Ellen Gracie, que deferiu, em parte, o pedido do Estado de Alagoas suspendendo a tutela antecipada com a consequente suspensão dos medicamentos aos portadores de doenças renais crônicas<sup>68</sup>. Nesse sentido segue jugado:

<sup>67</sup> SANTOS, Mayara Araujo dos. **Direito Fundamental à saúde e a responsabilidade solidária entre os entes federativos.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12431&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12431&revista_caderno=9)>. Acessado em: 23/06/2014.

<sup>68</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF limita fornecimento de medicamentos excepcionais e de alto custo pelo estado de Alagoas.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69197>>. Acessado em: 13/02/2014.

A decisão da Presidência da Suprema Corte no Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 91[28] que suspendeu os efeitos da decisão proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Alagoas que asseverou a um paciente tratamento de saúde em desacordo com a política definida pelo Ministério Nacional de Saúde, deixando claro esse caráter universal do direito fundamental à saúde.

Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegurou o direito à saúde, refere-se em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados (...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...) (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade.<sup>69</sup>

Desta maneira, resta o seguinte questionamento: nos casos de negativa de antecipação de tutela, estar-se-ia violando o princípio da intangibilidade do núcleo do direito fundamental? O que poderia acarretar a essas pessoas em caso de suspensão de cautelares?

E no evento de deferimento da cautelar ou mesmo do mérito nos tratamentos de grande monta estaria violando o princípio do direito à saúde da coletividade? Existe algum meio hábil que possa conciliar os dois lados?

## **2.2 Normas constitucionais e infraconstitucionais no ordenamento jurídico brasileiro**

Após as elucidações dos mais importantes princípios relativos ao direito à saúde, não poderia a presente monografia se furtar em mostrar os principais normais legais vigentes que guardam estreita relação com o direito central da mesma.

Esta concatenação se faz pertinente para uma maior e mais profunda compreensão do ordenamento jurídico que disciplina materialmente o direito analisado. Sendo assim, as normas devem obedecer aos princípios, conquanto dentre esses últimos não exista hierarquia,

---

<sup>69</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STA nº 91, Relator Ministro Eros Grau, Data de julgamento: 26/02/2007. Disponível em: < [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acessado em: 10/01/2009.

mas sim apenas uma diferenciação axiológica ante o caso concreto a ser apresentado, conforme elucida o Professor Almeida Filho<sup>70</sup>.

Com efeito, a Constituição de 1988, no artigo 6º, eleva o direito à saúde ao status de direito social. Ressalte-se que o referido artigo era considerado norma programática e, portanto, necessitava de outra norma regulamentadora para possuir de fato efetividade.

Com o passar do tempo, os pensamentos contrários ao entendimento supramencionado e o referido princípio, passaram a ser palco de divergência em relação a sua eficácia, prevalecendo no âmbito jurídico à concepção de sua eficácia plena, não necessitando, portanto, de outra norma para sua efetivação<sup>71</sup>.

Desta forma, sob o status de direito social, a saúde constitui direito de aplicação contígua ante a tecnologia do art. 5º, § 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata<sup>72</sup>”.

A Lei Maior condiciona ainda a prestação dos serviços de saúde à competência comum da União, Estado e Município (Art. 23, II). Some-se ainda o art. 30, que disciplina a alçada residual dos Municípios, combinado com art. 196, ambos da CF/88.

Ademais, aduz o dispositivo que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação<sup>73</sup>”.

Com efeitos, tais normas juntamente com art. 7, XI da lei 8.080/90 (que será vista com mais detalhe em momento oportuno), dispõem a respeito do princípio da solidariedade no atendimento ao serviço de saúde.

De fato, observou-se, durante a produção deste trabalho, que nas ações para fornecimento de medicamento/tratamentos de saúde que: ao incluir os entes federativos

<sup>70</sup> ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Controle de inconstitucionalidade em Portugal**. Revista de informação legislativa, Brasília, v.38, p. 115-133, Out./dez. 2001.

<sup>71</sup> SANTOS, Mayara Araújo dos. **Direito Fundamental à saúde e a responsabilidade solidária entre os entes federativos**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12431](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12431)>. Acessado em 12/02/2014.

<sup>72</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acessado em 18/02/2014.

<sup>73</sup> *Ibidem*.

(União, Estado e Município) no polo passivo, esses alegam preliminar de ilegitimidade do polo passivo.

Conduto, conforme art. 264 do Código Civil, o instituto da solidariedade ocorre quando “na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda<sup>74</sup>”. A respeito do instituto da solidariedade, explicar o jurista Stoco<sup>75</sup> que:

Em face da solidariedade passiva, a vítima do dano não está obrigada a acionar este ou aquele credor. É óbvia a vantagem que isto representa para ela, que, podendo escolher a quem demandar, naturalmente se dirigirá contra quem ofereça melhores probabilidades de satisfazer o dano.

Esse questionamento deve se sobrepujar diante da inteligência dos dispositivos ora explorados, acrescido ainda das legislações espaciais que trabalham o tema no mesmo sentido. É o que também pensa a consolidada jurisprudência pátria, veja-se:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO. DESLOCAMENTO DO FEITO PARA JUSTIÇA FEDERAL. MEDIDA PROTETÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos. 2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF). 3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional. 4. *In casu*, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida

<sup>74</sup> BRASIL. **Código Civil brasileiro**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acessado em: 18/02/2014.

<sup>75</sup> STOCO, Ruy. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudência**. ed. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p.22.

meramente protelatória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida. 5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido<sup>76</sup>.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SUS. OBRIGAÇÃO DE FAZER. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO, DO ESTADO E DO MUNICÍPIO. PRECEDENTES. 1. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento. 2. O acórdão a quo determinou à União fornecer ao recorrido o medicamento postulado, tendo em vista a sua legitimidade para figurar no polo passivo da ação. 3. A CF/1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no polo passivo da demanda. 4. Agravo regimental não-provido<sup>77</sup>.

A relevância do serviço de saúde é demonstrada no art. 197<sup>78</sup>. Apesar da simples redação, aparentemente, o dispositivo pode parecer não surtir efetivamente efeitos práticos, no entanto, esse artigo tem função singular embasando diversas jurisprudências<sup>79</sup>, inclusive quando em comparação com outros setores sociais.

Seguindo o raciocínio científico, passa a expor a legislação que trata das “condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”, qual seja, a lei 8.080/90.

O diploma supracitado aduz que Sistema Único de Saúde (SUS) é formado através de um “conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público<sup>80</sup>” (art. 4).

<sup>76</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº: 607381. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário da Justiça**, Brasília, 16 junho 2011.

<sup>77</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº: 858899. Relator (a): José Delgado. **Diário da Justiça**. Brasília. 30 agosto 2007.

<sup>78</sup> Art. 197 da Constituição Federal: “São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

<sup>79</sup> Tem-se como exemplo, caso o leitor queira maior aprofundamento, ver julgado: TRF-3 - AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI 20894 MS 0020894-55.2012.4.03.0000.

<sup>80</sup> BRASIL, **Lei nº 8.080** de 19 de setembro de 1990. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm) >. Acessado em: 19/03/2014.

Interessante observar que além do oferecimento desses serviços, compete ainda ao SUS, a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica (Art. 6, I, “d”).

Dentre as principais diretrizes formalizadas pelo SUS está a universalidade, integralidade de assistência, preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral, igualdade da assistência à saúde, direito à informação, utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática, participação da comunidade, descentralização político-administrativa, regionalização e hierarquização, integração em nível executivo das ações de saúde, capacidade de resolução dos serviços, organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos<sup>81</sup> (art. 7).

A própria lei 8.080, no seu art. 19-M, define o termo “assistência terapêutica integral” falada a pouco, como sendo a concessão de produtos e/ou medicamentos voltada para a área de saúde pública, “cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P<sup>82</sup>”. O art. 19-P por sua vez aduz que:

Art. 19-P. Na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada: (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

I - com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite; (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

II - no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite; (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

III - no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde<sup>83</sup>.

Desta forma, é importante notar que o termo integral, contudo, mostra-se, na visão dessa humilde estudante, como uma atecnia, haja vista que o sistema de saúde em comento,

<sup>81</sup> BRASIL, Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm)>. Acessado em: 19/03/2014.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

<sup>83</sup> *Ibidem*.

condiciona a distribuição de medicamento de acordo com a lista elaborada pelo Ministério da Saúde.

Outra questão interessante a ser ponderada no presente texto é a respeito do custo-benefício falado na própria lei, qual seja, “os medicamentos ou produtos de que trata o caput deste artigo serão aqueles avaliados quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que trata o protocolo<sup>84</sup>”.

Outra limitação imposta pela lei 8.080 diz respeito à competência do Ministério da Saúde quanto à inclusão de novos medicamentos, alteração de protocolo clínico ou diretriz terapêutica, devendo sempre ser assessorado por uma Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS<sup>85</sup>.

Desta forma, é importante observar que apesar do dever de fornecimento de medicamentos competir aos três entes federativos, as novas inclusões de remédios fornecidos competiram apenas a União, através do Ministério da Saúde, e especificamente da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, como falado há pouco.

Essa comissão por sua vez, antes de fazer qualquer incorporação deverá analisar, sobretudo “as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso<sup>86</sup>”, conforme dispõe o art. 19-Q, § 1º.

Porém, não basta apenas a avaliação dos requisitos acima mencionados que dizem respeito, sobretudo a questão do nível de eficácia do medicamento/tratamento. Também se faz mister a análise dos custos do mesmo, conforme pondera o art. 19-Q, § 2, ao dizer que “a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível<sup>87</sup>”.

---

<sup>84</sup> BRASIL, Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm)>. Acessado em: 19/03/2014.

<sup>85</sup> *Ibidem.*

<sup>86</sup> *Ibidem.*

<sup>87</sup> *Ibidem.*

Outro interessante ponto da lei que servirá de subsídio para solução de casos práticos divergentes, se dá através da forma como é trata à questão da participação complementar do SUS.

Com efeito, em caso de insuficiência de assistência do sistema, o usuário poderá “recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada” (Art. 24), de maneira que essa participação da rede privada deve atender aos princípios administrativista da legalidade, impessoalidade, probidade, boa fé, etc.

Tema interessante que se mostra de agora em diante, dispõe sobre a distribuição de remédios para tratar os sintomas do Vírus da Imunodeficiência Humana-HIV. Como se sabe, em regra, a obtenção desses medicamentos são bastante elevadas<sup>88</sup>. O Brasil é referência mundial no tratamento para combate desse tipo de doença<sup>89</sup>.

Com efeito, ainda em 1996, o Brasil criou a lei 9.313/96 que “Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS”.

Logo em seu primeiro dispositivo a referida norma dispõe que “Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento<sup>90</sup>”.

Ademais, a lei nº 9.313/96 também delimita o direito nele regulado, especificamente no tocante à padronização do tratamento previsto no art. 1º, §1 que impõe que “O Poder Executivo, através do Ministério da Saúde, padronizará os medicamentos a serem utilizados em cada estágio evolutivo da infecção e da doença, com vistas a orientar a aquisição dos mesmos pelos gestores do Sistema Único de Saúde<sup>91</sup>”.

<sup>88</sup> Nesse sentido dispõe sobre o tema os seguintes sítios eletrônicos: MÉDICOS SEM FRONTEIRA. **Medicamento para HIV ficam mais baratos, mas patentes mantêm novos remédios inacessíveis.** Disponível em: <<http://www.msf.org.br/noticias/1689/medicamentos-para-hiv-ficam-mais-baratos-mas-patentes-mantem-novos-remedios-inacessiveis/>>. Acessado em: 16/02/2014.

IG. **Medicamentos reduzem em 96% o risco de transmissão de HIV.** Disponível em: <<http://saude.ig.com.br/minhasaude/medicamentos+reduzem+em+96+o+risco+de+transmissao+de+hiv/n1596949084311.html>>. Acessado em: 16/02/2014.

<sup>89</sup> TERRA. **Programa da ONU vê Brasil como referência no tratamento da AIDS.** Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/programa-da-onu-ve-brasil-como-referencia-no-tratamento-da-aids.fd0e0970847ea310VgnCLD200000bbceeb0aRCRD.html>>. Acessado em: 16/02/2014.

<sup>90</sup> Brasil, **Lei nº 9.313:** dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/19313.htm>> Acessado em: 17/06/2014.

<sup>91</sup> *Ibidem.*

Disse disso, nos casos de tratamentos de pacientes que necessitem de medicamentos/tratamentos dos quais não constam no referido padrão de medicamentos elaborado pelo Ministério da Saúde, poderia o Poder Judiciário dar uma decisão *contra legem*, ordenando que o Estado forneça tais medicamentos mesmo fora da lista?

Caso semelhante a esse já aconteceu e o Poder Judiciário foi acionado para solucioná-lo. Nesse sentido decidiu o referido Poder que:

EMENTA. ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO DA AIDS. FORNECIMENTO PELO ESTADO. OBRIGATORIEDADE. AFASTAMENTO DA DELIMITAÇÃO CONSTANTE NA LEI Nº 9.313/96. DEVER CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES.

1. Recurso Especial interposto contra v. Acórdão que entendeu ser obrigatoriedade do Estado o fornecimento de medicamentos para portadores do vírus HIV.
2. No tocante à responsabilidade estatal no fornecimento gratuito de medicamentos no combate à AIDS, é conjunta e solidária com a da União e do Município. Como a Lei nº 9.313/96 atribui à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o dever de fornecer medicamentos de forma gratuita para o tratamento de tal doença, é possível a imediata imposição para tal fornecimento, em vista da urgência e consequências acarretadas pela doença.
3. É dever constitucional da União, do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios o fornecimento gratuito e imediato de medicamentos para portadores do vírus HIV e para tratamento da AIDS.
4. Pela peculiaridade de cada caso e em face da sua urgência, há que se afastar a delimitação no fornecimento de medicamentos constante na Lei nº 9.313/96.
5. A decisão que ordena que a Administração Pública forneça aos doentes os remédios ao combate da doença que sejam indicados por prescrição médica, não padece de ilegalidade.
6. Prejuízos iriam ter os recorridos se não lhes for procedente a ação em tela, haja vista que estarão sendo usurpados no direito constitucional à saúde, com a cumplicidade do Poder Judiciário. A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo magistrado, de modo que o cidadão tenha, cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas de direito público.
7. Precedentes da 1ª Turma desta Corte Superior.
8. Recurso improvido.<sup>92</sup>

<sup>92</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº: 325.337. Relator (a): Ministro José Delgado. **Diário da Justiça**, Brasília, 21 novembro 2012.

### 3 ATIVISMO JUDICIAL

Após exame dos princípios relativos ao direito à saúde, da legislação constitucional, da lei nº 8.080 e jurisprudências pertinentes, cumpre agora discorrer sobre um assunto que diz respeito à lei material e a lei processual. Trata-se do ativismo judicial, que vem trazendo grandes debates na seara jurídica.

Deve-se ressaltar que o tema não é a questão central do presente trabalho, no entanto servirá como alicerce que orientará na consecução dos objetivos do mesmo, auxiliando no percurso necessário à formulação de resposta.

Na produção deste trabalho, percebeu-se que assim como os acontecimentos históricos, o ativismo jurídico foi construído paulatinamente.

Nesta trilha, não se poderia falar em ativismo sem antes fazer uma estreita síntese sobre a separação do poder que, conforme Couceiro<sup>93</sup>, por ser de fundamental importância, foi pensada e repensada por grandes filósofos ao longo da história da humanidade.

Conforme aduz Couceiro, destaca-se Platão, Aristóteles, Locke, Montesquieu, entre tantos outros jus-filósofos, que com seus estudos contribuíram para a criação do modelo tripartite conhecido atualmente<sup>94</sup>.

Nesse diapasão, conforme explana Aristóteles<sup>95</sup> acerca do modelo de separação de poderes: “Há em todo governo três partes nas quais o legislador sábio deve consultar o interesse e a conveniência particulares. Quando elas são bem constituídas, o governo é forçosamente bom, e as diferenças existentes entre essas partes constituem os vários governos”.

Nesse sentido expõe Lenza<sup>96</sup> que:

As primeiras bases teóricas para a “tripartição de poderes” foram lançadas na antiguidade grega por Aristóteles, em sua obra a Política, em que o pensador

<sup>93</sup> COUCEIRO, Julio Cezar. **Princípio da separação de poderes em corrente tripartite**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo\\_id=10678&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acessado em 18/02/2014.

<sup>94</sup> *Ibidem*.

<sup>95</sup> ARISTÓTELES. **A política**. Hemus s/data. p. 233.

<sup>96</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. São Paulo. Saraiva, 2012. p. 481.

vislumbrou a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano, quais sejam, a função de editar normas gerais a serem observadas por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto (administrando) e a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais nos casos concretos. [...] Acontece que Aristóteles, em decorrência do momento histórico de sua teorização, descrevia a concentração do exercício de tais funções na figura de uma única pessoa, o Soberano, que detinha um poder “incontrastável de mando”, uma vez que era ele quem editava o ato geral, aplicava-o ao caso concreto e, unilateralmente, também resolvia os litígios eventualmente decorrentes da aplicação da lei. A célebre frase de Luís XIV reflete tal descrição: “L’État c’est moi”, ou seja, “O Estado sou eu”, o soberano.

Quanto à contribuição de Locke sobre a separação dos poderes, encontra-se na referência ao poder supremo do Poder Legislativo. Esse poder deveria ser composto por pessoas da sociedade e ser inalterável, não podendo existir sequer qualquer ato normativo sem que houvesse a respectiva chancela daquele poder. Nesse sentido pondera que:

Esse Poder Legislativo não é somente o poder supremo da comunidade, mas sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade uma vez o colocou; nem pode qualquer edito de quem quer que seja, concebido por qualquer maneira ou apoiado por qualquer poder que seja, ter força e a obrigação da lei se não tiver sanção do legislativo escolhido e nomeado pelo público; porque sem isto a lei não teria o que é absolutamente necessário à sua natureza de lei; o consentimento da sociedade sobre a qual ninguém tem o poder de fazer leis, senão por seu próprio consentimento e pela autoridade dela recebida<sup>97</sup>.

Vale dizer que, apesar da importância dada ao Legislativo por Locke, o autor também pondera a autoridade do mesmo, impondo-o algumas limitações, pois “ninguém pode transferir a outrem mais poder do que possui, e ninguém tem poder arbitrário absoluto sobre si mesmo ou sobre outrem, para destruir a própria vida ou tirar a vida ou a propriedade de outrem<sup>98</sup>”.

Já conforme as explanações de Montesquieu<sup>99</sup> sobre a separação dos poderes: “Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do povo,

<sup>97</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Coleção Os pensadores, Vol. XVII. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 92.

<sup>98</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Coleção Os pensadores, Vol. XVII. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 93.

<sup>99</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das leis**. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2000. p. 181.

exercesse esses três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares”.

Desta maneira, a teoria de Montesquieu conferiu três vertentes de poder ao Estado. Assim, deveria existir o Legislativo, que segundo a teoria é responsável constante pela produção de lei, inclusive em situações excepcionais. Pelo Poder Executivo responderia o príncipe e, por fim o Poder Judiciário que confere ao magistrado a faculdade de aplicação da lei, inclusive punindo crimes e julgando os litígios civis<sup>100</sup>.

Ponto relevante sobre essa teoria é a negação da separação absoluta entre os poderes havendo, portanto, controle recíproco entre eles<sup>101</sup>. Senão vejamos:

O grande avanço trazido por Montesquieu não foi à identificação do exercício de três funções estatais. De fato, partindo desse pressuposto aristotélico, o grande pensador Francês inovou dizendo que tais funções estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano. Tal teoria surge em contraposição ao absolutismo, servindo de base estrutural para o desenvolvimento de diversos movimentos como as revoluções americana e francesa<sup>102</sup>.

Esse modelo tripartite, por sua vez, foi sendo adotado por diversos ordenamentos. Já no ano de 1787, esse princípio já se fazia presente na Constituição Americana<sup>103</sup>. Pouco tempo depois, esse princípio foi incluído na Declaração dos Direitos Humanos, encontrando-se no art. 16 ao dizer que “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida à separação dos poderes, não tem Constituição<sup>104</sup>”.

<sup>100</sup> COUCEIRO, Julio Cezar. **Princípio da separação de poderes em corrente tripartite**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo\\_id=10678&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acessado em 18/02/2014

<sup>101</sup> RIOS, Thiago Meneses. **O conflito entre o princípio da separação dos poderes e a judicialização da saúde**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13687](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13687)>. Acessado em 18/02/2014

<sup>102</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 481.

<sup>103</sup> ALBUQUERQUE, Victor V. Carneiro de. **O princípio da separação dos poderes e o exercício da função normativa pelo Executivo**: paralelo entre o direito norte-americano e o brasileiro. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19878>>. Acessado em: 17/02/2014.

<sup>104</sup> BRASIL. **Declaração Dos Direitos Do Homem E Do Cidadão**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acessado em: 17/02/2014.

Como a ideia de separação dos poderes já vinha sendo fortalecida cada vez mais, em 1824<sup>105</sup>, na primeira constituição do Brasil, já era possível vislumbrar a adesão a esse sistema, conforme se verifica no art. 9 e 10, veja-se:

Art. 9. A Divisão, e harmonia dos poderes políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias, que a Constituição oferece.

Art. 10. Os poderes políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial<sup>106</sup>.

Já em 1891, foi implantado pela primeira vez a tripartição dos poderes (haja vista o fim da monarquia com o conseqüente fim do poder moderador<sup>107</sup>), com fundamento no art. 15 da “Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil” *in verbis*: “Art. 15: São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si<sup>108</sup>”.

Houve praticamente uma repetição na Constituição de 1934 no artigo 3º<sup>109</sup>. Apenas em 1937 houve uma supressão desses poderes. Dessa maneira, no dia 10 de novembro de 1937 o Congresso Nacional foi fechado e uma nova Constituição foi outorgada pelo presidente Vargas, mentor do golpe naquele mesmo dia<sup>110</sup>.

Baseada na Constituição polonesa (daí o nome constituição polaca), a nova Constituição concentrava poderes no presidente, controlando as forças armadas e legislando por decretos. Em 1946, a situação é normalizada e volta a figurar a divisão dos poderes até os dias atuais<sup>111</sup>.

<sup>105</sup> BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil** (De 25 De Março De 1824). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acessado em 18/02/2014.

<sup>106</sup> *Ibidem*.

<sup>107</sup> HISTÓRIA BRASILEIRA. **Poder moderador**. Disponível em: <<http://www.historiabrasileira.com/brasil-imperio/poder-moderador/>>. Acessado em: 18/02/2014.

<sup>108</sup> BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acessado em: 18/02/2014.

<sup>109</sup> *Ibidem*.

<sup>110</sup> UOL. **Estado Novo (1937-1945):** A ditadura de Getúlio Vargas. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/estado-novo-1937-1945-a-ditadura-de-getulio-vargas.htm>>. Acessado em: 18/02/2014.

<sup>111</sup> FGV. **Diretrizes do Estado Novo (1937 - 1945) Constituição de 1937**. Disponível em: <<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos37-45/PoliticaAdministracao/Constituicao1937>>. Acessado em: 18/02/2014.

Assim, na chamada Constituição Cidadã, o princípio tripartite dos poderes vem disposto logo no artigo 2º, ao dizer que: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário<sup>112</sup>”.

Por fim, conclui-se que o modelo tripartite está intimamente ligado a força dos princípios constitucionais, que segundo Carvalho e Basto<sup>113</sup>, teve como ponto de partida a Revolução Francesa.

Com efeito, houve um constante questionamento no meio social e jurídico de como efetivar os famosos princípios da igualdade, liberdade e fraternidade, tão reverberados na naquela revolução e que serviram de paradigma e vetor com força o suficiente para moldar o dimensionamento dos direitos e garantias fundamentais, (ainda na segunda metade do século XX)<sup>114</sup>.

Essa ideia de separação dos poderes e a sua consolidação mostrada a pouco foi *sine qua non* para o surgimento do ativismo jurídico. O termo ativismo, aliás, vem do latim *activus*, de *actus*, “algo feito”, de *agere*, “agir, realizar, fazer, colocar em movimento”<sup>115</sup>.

Ainda de acordo com o dicionário Priberam de língua portuguesa, quer dizer: “Atitude moral que insiste mais nas necessidades da vida e da ação que nos princípios teóricos. 2. Propaganda ativa a serviço de uma doutrina ou ideologia<sup>116</sup>”, podendo ainda ser “toda criação espiritual, bem como a arte e a teoria científica devem servir à atividade dirigida a uma meta. 3. Doutrina ou prática de dar ênfase à ação vigorosa, p. ex., ao uso da força para fins políticos<sup>117</sup>”.

<sup>112</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acessado em 18/02/2014.

<sup>113</sup> BASTOS, João Felipe Bezerra; CARVALHO, Felipe Bruno Santabaya de. **O ativismo judicial e a nova hermenêutica constitucional**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12025](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12025)>. Acessado em 17/02/2014.

<sup>114</sup> *Ibidem*.

<sup>115</sup> ORIGEM DA PALAVRA. Disponível em: <<http://origemdapalavra.com.br/site/>>. Acessado em 19/02/2014.

<sup>116</sup> **ATIVISMO**, in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/ativismo>>. Consultado em: 19/02/2014.

<sup>117</sup> *Ibidem*.

Como se observa, o termo ativismo possui inúmeros significados. Vale dizer, conforme preleciona Carvalho<sup>118</sup>: “Em virtude de sua polissemia, é preciso que o termo utilizado seja bem definido ou, ao menos, seu significado seja delimitado”.

Especificamente como relação ao termo “ativismo jurídico”, pondera Gomes<sup>119</sup>, quanto ao seu surgimento: “O ativismo judicial foi mencionado, pela primeira vez, em 1947, pelo jornalista americano Arthur Schlesinger, numa reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos”.

Em sentido oposto, Carvalho afirma que o termo em questão, fora empregado inicialmente em 1916, através da imprensa belga. Ocorre que tal termo foi solidificado efetivamente nos Estados Unidos em virtude de decisões da Suprema corte daquele país, que tiveram grande verberação mundial<sup>120</sup>.

Contudo, como leciona Nunes<sup>121</sup>, “Esta percepção sociológico-econômica e protagonista do juiz já era defendida por vários estruturadores da socialização processual, desde o final do século XIX, com destaque para Franz Klein, em palestra em 1901”.

Na opinião da autora do presente trabalho, apesar da indefinição quanto à origem do termo “ativismo jurídico” (assim como em muitos institutos jurídicos), percebeu-se que ambas as acepções guardam significados próximos relativos ao seu cerne, havendo uma tênue variação quanto a sua abrangência.

Especificamente quanto ao termo ativismo judicial tem-se que é “a designação que se dá à postura proativa do Poder Judiciário, quando este interfere de maneira regular e significativa nas opções políticas dos demais poderes<sup>122</sup>”.

<sup>118</sup> CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem.** Disponível em: <<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782004000200011](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782004000200011)>>. Acessado em: 20/02/2014

<sup>119</sup> GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12921>>. Acessado em: 16/02/2014.

<sup>120</sup> CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. **Ativismo judicial em crise.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12781>>. Acessado em: 17/02/2014.

<sup>121</sup> *Ibidem.*

<sup>122</sup> VITALI, Conrado - Assessoria de Comunicação Grupo Projeção. **Para saber mais: Ativismo Judicial.** Disponível em: <<http://www.faculdadeprojecao.edu.br/br/noticia/NoticiaIntegra.aspx?idn=2514>>. Acessado em: 16/02/2014.

Na visão do professor Ramos<sup>123</sup>, ativismo judicial deve ser entendido como o exercício da atividade jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento, que incumbe ao Poder Judiciário [...].

Ratificando esse entendimento, explica Barroso que o ativismo jurídico existe quando algumas questões de larga repercussão (seja na esfera política ou mesmo na social) estão sendo discutidas e decididas por órgãos do Poder Judiciário.

Com efeito, segundo ainda esse renomado autor, quando tais questões são decididas pelo Judiciário e não pelas vias ordinárias, quais sejam, instâncias políticas tradicionais (o Congresso Nacional e o Poder Executivo) neste último caso, em cujo âmbito se encontram o presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral, ter-se-ia aí o ativismo político<sup>124</sup>.

Percebe-se, portanto, que o conceito de ativismo judicial está estreitamente ligado a atuação do Poder Judiciário, que se manifesta além de suas normais atribuições, na tentativa de conceder eficácia às normas constitucionais<sup>125</sup>.

Em relação aos termos “ativismo judicial” e “judicialização”, percebe-se que existe uma semelhança entre os termos que causa, não raras vezes, confusão entre os doutrinadores. Nesse sentido, excelente explicação do Ministro Barroso<sup>126</sup> a esse respeito:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa.

Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo,

<sup>123</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 308;

<sup>124</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica?pagina=2](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=2)>. Acessado em: 16/02/2014.

<sup>125</sup> RESENDE, Lucas Franco. **O fenômeno do ativismo judicial**. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id\\_dh=9419](http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=9419)>. Acessado em: 16/02/2014.

<sup>126</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível no endereço eletrônico: [http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf). Acessado em 02/11/2012.

de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada 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. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Hoje o ativismo é uma realidade social. Em vários países, as respectivas cortes supremas vêm decidindo questões de grande repercussão nacional. Como se depreende das palavras do Ministro Barroso<sup>127</sup>:

No Canadá, a Suprema Corte foi chamada a se manifestar sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos, o último capítulo da eleição presidencial de 2000 foi escrito pela Suprema Corte, no julgamento de *Bush v. Gore*. Em Israel, a Suprema Corte decidiu sobre a compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional restituiu o mandato de um presidente que havia sido destituído por impeachment.

Percebe-se, pois que, “A expansão do Poder Judicial é um fenômeno que tomou conta do final do século passado. A grande maioria dos países ocidentais democráticos adotou o Tribunal Constitucional como mecanismo de controle dos demais poderes<sup>128</sup>”.

Dentre as condições políticas, que proporcionam o ativismo jurídico no Brasil, está inicialmente a democracia. Nesse sentido:

<sup>127</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em <[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf)>. Acessado em 02/11/2012.

<sup>128</sup> CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782004000200011](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782004000200011)>. Acessado em: 20/02/2014.

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, 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<sup>129</sup>.

Advém que o mesmo instrumento responsável pelo ativismo jurídico pode ser prejudicado por aquilo que outrora contribuiu para criação. Desta maneira, caso o ativismo ultrapassasse o limite a ele permitido, haveria graves ferimentos a democracia. Dessa maneira, explica Adeodato<sup>130</sup> que:

Dentro desse debate sobre os limites à criatividade do Judiciário, pode-se considerar a preponderância da atividade judicante na concretização, sobretudo por parte das Cortes mais altas, como uma realidade prejudicial ao Estado Democrático de Direito, pois o Judiciário passa a ser o guardião do conteúdo moral do direito e, ao invés de a moral limitar o direito, como parece ser a intenção de jus-filósofos como Ronald Dworkin, pode acontecer exatamente o contrário: a inserção direta de princípios morais nas questões jurídicas, através de uma “moral do judiciário”, faz com que as fronteiras do que é jurídico e coercitivo ampliem-se a níveis preocupantes no contexto democrático.

Outro ponto que contribui para o ativismo judicial é a separação dos poderes. Conclui Cambuy que a existência de um Estado democrático deve ter como condição *sine qua non*, a existência de mecanismos que assegurem a efetividade e eficácia dos direitos e garantias fundamentais em caso de uma possível omissão de algum dos poderes, o que poderia, inclusive, ter efeitos benéficos, com a posterior estimulação de produção desses direitos pelo poder coagido<sup>131</sup>.

<sup>129</sup> CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem.** Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782004000200011](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782004000200011)>. Acessado em: 20/02/2014.

<sup>130</sup> ADEODATO, João Maurício. **Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites.** Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, vol. 1, n. 2, 2004. p. 178

<sup>131</sup> ÁVILA, André Cambuy. **O ativismo judicial e a separação dos poderes em Montesquieu: uma releitura necessária no Brasil.** Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/701/479>> Acessado em: 20/02/2014.

Segundo ainda Carvalho, além dos pontos aqui mencionados, forma ainda o ativismo político, os direitos políticos, o uso dos tribunais pelos grupos de interesses, o uso dos tribunais pelos partidos de oposição e a ineficiência das instituições majoritárias. Quanto a esse último ponto é enfático ao afirmar que:

A ineficiência das instituições majoritárias, tratada por Tate (1995), refere-se à incapacidade dessas instituições em dar provimento às demandas sociais. Toda demanda social que não envolva interesse suficiente ou agregue alto custo certamente encontrará dificuldade para ser efetivada. Alguns tribunais, diante da inércia dos políticos e da impossibilidade de negarem uma decisão, são obrigados a pôr um fim em conflitos que deveriam ser resolvidos no âmbito político<sup>132</sup>.

No intuito ainda de elucidar as condições do surgimento, bem como da manutenção do ativismo judicial tem-se que:

Esse processo de ampliação da ação judicial pode ser analisado à luz das mais diversas perspectivas: o fenômeno da normatização de direitos, especialmente em face de sua natureza coletiva e difusa; as transições pós-autoritárias e a edição de constituições democráticas – seja em países europeus ou latino-americanos – e a conseqüente preocupação com o reforço das instituições de garantia do estado de direito, dentre elas a magistratura e o Ministério Público; as diversas investigações voltadas para a elucidação dos casos de corrupção a envolver a classe política, fenômeno já descrito como "criminalização da responsabilidade política"; as discussões sobre a instituição de algum tipo de poder judicial internacional ou transnacional, a exemplo do tribunal penal internacional; e, finalmente, a emergência de discursos acadêmicos e doutrinários, vinculados à cultura jurídica, que defendem uma relação de compromisso entre Poder Judiciário e soberania popular<sup>133</sup>.

Na construção da presente monografia, vislumbrou-se que hoje o prazeroso debate que gravita em torno do tema “ativismo judicial” é saber se esse é ou não possível no ordenamento jurídico dos países que adotam a divisão dos poderes, dentre eles o Brasil.

<sup>132</sup> CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem.** Disponível em: < [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-44782004000200011](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782004000200011) >. Acessado em: 20/02/2014.

<sup>133</sup> CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia.** Disponível em: < [http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu\\_n9\\_cittadino.pdf](http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf) >. Acessado em: 20/02/2014, p. 105.

Certamente, um dos primeiros pontos costumeiramente criticado pelos contrários ao ativismo judicial seria seu caráter legislativo, sem que houvesse legitimidade para tanto, em evidente (segundo os defensores dessa corrente) sufocamento da atividade legislativa. Sendo assim:

E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do "oba-oba". Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico<sup>134</sup>.

Desta maneira segundo Dworkin<sup>135</sup>:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.

Outro ponto desfavorável que se levante ante o ativismo judicial seria a falta de controle sobre o Poder Judiciário. Ou seja, diante de uma decisão violadora das normais constitucionais, como fazer, na prática o referido controle?

<sup>134</sup> SARMENTO, Daniel (Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007. p. 144.

<sup>135</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**, p. 451-452.

Tal preocupação revela-se no pensamento de Ingeborg ao afirmar que quando busca o status da mais alta instância da sociedade, este não mais se submete na prática a outro controle, (em evidente prejuízo a teoria do *Checks And Balances* proposta por Montesquieu) que deve se submeter qualquer órgão do governo. Quando isso chega a ocorrer, é patente o retrocesso, em evidente atropelamento aos princípios e valores “pré-democráticos” utilizados como paradigma para integração social<sup>136</sup>.

Coadunando com esse posicionamento, Streck<sup>137</sup> pondera, em interessante pronunciamento que:

Referidas pesquisas e reflexões apontam para o perigo que o ativismo judicial representa para a representação política, até porque uma ofensa à Constituição por parte do Poder Judiciário sempre é mais grave do que qualquer outra desferida por qualquer dos outros Poderes, porque é ao Judiciário que cabe sua guarda. Quem nos salvará se não há mais salvadores? Ou pior: quem nos salvará dos salvadores?

“Na academia brasileira, encontramos vários doutrinadores que defendem a empregabilidade do ativismo judicial, desde que de forma adequada, uma vez que pode contribuir para o aprimoramento da democracia<sup>138</sup>”. Tal posicionamento seria uma espécie de posição intermediária nas decisões ativistas, é o caso do professor Dworkin<sup>139</sup>, ao afirmar que:

A doutrina conceitua o ativismo judicial como “uma postura a ser adotada pelo magistrado que o leve ao reconhecimento da sua atividade como elemento fundamental para o eficaz e efetivo exercício da atividade jurisdicional”. Nesta senda, vê-se claramente que o ativismo judicial é uma postura que ao ser adotada pelos exercentes da função jurisdicional, os faz recusar outra postura diametralmente oposta, qual seja, a “auto-restrição” judicial ou “moderação judicial”.

Para Radusewski, o maior problema em relação ao ativismo judicial seria o fato de se ignorar o conceito de justiça, haja vista a existência de uma concepção particular da mesma

<sup>136</sup> MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã**. Novos Estudos CEBRAP, no. 58. Novembro de 2000, p. 186-187.

<sup>137</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns> > Acessado em: 25/04/2014.

<sup>138</sup> CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. **Ativismo judicial em crise**. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/12781> >. Acessado em: 25/02/ 2014.

<sup>139</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Disponível em: < [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/Dworkin\\_DireitosSerio.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Dworkin_DireitosSerio.pdf) > Acessado em: 21/04/2014. p. 215.

por parte dos magistrados. Com efeito, o conceito de justiça é mais abstrato e pensativo, o que pode gerar discordância entre as pessoas<sup>140</sup>.

Segundo esse raciocínio, o autor aduz que, desta maneira, apesar de existir um padrão ou uma ideia geral a respeito desse conceito, no final ele irá ter certa variação, de acordo com a pessoa que conceitua, desenvolvendo, portanto, sua própria concepção.

Por fim, preceitua o doutrinador que a concepção de justiça, diferentemente de seu conceito, é subjetiva, variando a concepção individual, mas não é tão abstrata porque pode ser definida usando exemplos de suas aplicações ou instruções de como usá-la.

Dentre as saídas encontradas para essa corrente antagônica ao ativismo judicial, destaca-se a “teoria do minimalismo”, que explana a seguinte inteligência:

Grosso modo, o "minimalismo" pode ser descrito por suas duas bases, quais sejam: 1) a procedimental, que versa sobre uma série de sugestões de caráter formal aos juristas para que evitem o emprego de argumentos filosoficamente densos e controversos ao confeccionar e motivar decisões judiciais concretas; e 2) a substancial, que promove pré-condições para o bom funcionamento de uma democracia constitucional deliberativa, ou seja, estabelece um conteúdo específico nas decisões, para responder às múltiplas vozes do público (...).

Assim, para essa postura, é recomendado que, sempre que possível, os tribunais evitem pronunciar-se sobre questões que não são imprescindíveis para o caso que tem em mãos. Devem, portanto, decidir, caso por caso, cada um a sua vez, e apenas naquilo que lhe é exigido, evitando, ao máximo, posicionar-se sobre controvérsias morais ou políticas que não sejam indispensáveis à solução do problema particular<sup>141</sup>.

Por fim, traz-se aqui o posicionamento de Peluso<sup>142</sup> a respeito da invasão do Poder Judiciário na competência de outros poderes:

Destaco o parecer do ilustre Subprocurador Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos:(...) 8. De início, impede reconhecer que o vergastado acórdão não ofendeu o caput do art. 144 da Carta da República de 1988, que

<sup>140</sup> RADUSEWSKI, Ian Carvalho. **Vantagens e Desvantagens do Ativismo Constitucional**. Disponível em: < [http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/Vantagens\\_e\\_desvantagens\\_do\\_ativismo\\_judicial](http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/Vantagens_e_desvantagens_do_ativismo_judicial) >. Acessado em: 26/02/2014.

<sup>141</sup> CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. **Ativismo judicial em crise**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12781>>. Acessado em: 25/02/2014.

<sup>142</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 403806. Relator (a): Ministro Cezar Peluso. **Diária da Justiça**. Brasília, 20 julho 2007.

dispõe: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (...)”. Isto porque, independente de se taxar tal norma de programática ou de eficácia contida, ela deve ser interpretada de modo a se coadunar com o disposto no art. 2º do mesmo diploma Legislativo, que trata da interdependência dos Poderes da União. 9. De fato, a utilização da ação civil pública, a fim de exigir do Executivo local, a manutenção de determinado estabelecimento prisional afigura-se um questionável avanço em suas atribuições, pois, apesar de ser nobre o pleito e de a segurança pública ser deveras direito de todos, esse tipo de ingerência nos atos da Administração pública pode acabar por transformar o juiz em administrador, uma vez que os recursos orçamentários são geralmente escassos e as necessidades humanas infinitas.

Continuando o raciocínio a respeito deste magnífico debate, diante do ativismo judicial, percebe-se que, dentre os pontos favoráveis, está o posicionamento da Ministra Eliana Calmon<sup>143</sup>, onde “lembrou que é função constitucional do Judiciário zelar pelo cumprimento das políticas públicas e que, neste sentido, o ativismo judicial é muito bem-vindo”.

Vem entoar ainda mais o discurso, do Ministro Celso de Mello, que em 23 de abril de 2008, durante a posse do novo presidente da corte, discorreu a respeito das censuras feitas pelo “eventual ativismo judicial” exercido pelo STF, ele foi taxativo ao dizer que:

Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se estiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade<sup>144</sup>.

<sup>143</sup> ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS. **Eliana Calmon defende ativismo judicial em favor dos direitos das crianças**. Disponível em: < <http://www.enfam.jus.br/2013/08/eliana-calmon-defende-ativismo-judicial-em-favor-dos-direitos-das-criancas/> >. Acessado em: 26/02/2014.

<sup>144</sup> NOTÍCIAS SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Celso Mello defende ativismo judicial do Supremo e pesquisas científicas**. Disponível em: < <http://m.stf.jus.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=87586> > Acessado em: 18/06/2014.

O Ministro Gilmar Mendes<sup>145</sup>, por sua vez, também corrobora com tal raciocínio, conforme discurso ao assumir como presidente do Supremo Tribunal Federal, onde a respeito do ativismo judicial pronunciou-se:

A agressão aos direitos de terceiros e da comunidade em geral deve ser repelida imediatamente com os instrumentos fornecidos pelo Estado de Direito, sem embaraços, sem tergiversações, sem leniências. O Judiciário tem grande responsabilidade no contexto dessas violações e deve atuar com o rigor que o regime democrático impõe. Não tem sido pequeno o desafio confiado a esta Corte. Dia após dia, o Supremo Tribunal Federal vê-se confrontado com a grande responsabilidade política e econômica de aplicar uma Constituição repleta de direitos e garantias fundamentais de caráter individual e coletivo. À demanda cada vez maior da sociedade, a Corte tem respondido, demonstrando profundo compromisso com a realização dos direitos fundamentais. Temos julgado casos históricos, em que discutidas questões relacionadas ao racismo e ao anti-semitismo, à progressão de regime prisional, à fidelidade partidária, e ao direito da minoria de requerer a instalação de comissões parlamentares de inquéritos, entre outros.

Já iniciamos o julgamento de temas relevantes sobre aborto, pesquisas com células-tronco e prisão civil do depositário infiel, no qual estamos a discutir o significado dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. A propósito, ressalte-se a necessidade de que esta Corte esteja atenta aos avanços do Direito Internacional, especialmente no contexto da integração regional. Urge contribuir para a consolidação da comunidade sul-americana e latino-americana também no plano jurídico e judicial.

Os direitos fundamentais de caráter processual e as garantias objetivas para a proteção da ordem constitucional têm merecido tratamento ímpar por parte desta Corte, a ponto de formarem, nesse aspecto, um dos sistemas constitucionais mais completos do mundo.

Ao exigir o respeito às garantias do devido processo legal e das liberdades em geral, o Supremo, além de agir como guardião da Constituição, impede que o Estado Constitucional seja transformado em Estado de Polícia.

O cumprimento dessas complexas tarefas, todavia, não tem o condão de interferir negativamente nas atividades do legislador democrático. Não há judicialização da política, pelo menos no sentido pejorativo do termo, quando as questões políticas estão configuradas como verdadeiras questões de direitos. Essa tem sido a orientação fixada pelo Supremo, desde os primórdios da República.

E certo, por outro lado, que esta Corte tem a real dimensão de que não lhe cabe substituir-se ao legislador, muito menos restringir o exercício da atividade política, de essencial importância ao Estado Constitucional. Democracia se faz com política e mediante a atuação de políticos. Quando se tenta depreciar ou execrar a atividade política está-se a menosprezar a consciente opção de todos os brasileiros pelo regime democrático. De igual forma, qualquer obstáculo erguido em oposição ao poder-dever de legislar - de que é exemplo o já desgastado modelo de edição de medidas provisórias - afeta a construção de um processo democrático livre e dinâmico. Nesse sentido, é necessário que se encontre um modelo de aplicação das medidas provisórias que possibilite o uso racional desse

---

<sup>145</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 403806. Relator (a): Ministro Cezar Peluso. **Diária da Justiça**. Brasília, 20 julho 2007.

instrumento, viabilizando, assim, tanto a condução ágil e eficiente dos governos quanto à atuação independente dos legisladores<sup>146</sup>.

Para o Ministro Celso de Melo, a prática do ativismo judicial, embora não seja usual na Corte Suprema, deve em momentos excepcionais, ser utilizada, devido a uma necessidade imperativa.

Tal necessidade surge justamente nos momentos onde surge a real necessidade subjetiva, ao mesmo tempo em que os órgãos estatais retardam excessivamente o cumprimento das obrigações a que estão sujeitos, e que tais comportamentos sejam incompatíveis com a Lei Maior, de maneira que nestes casos, não poderia o Poder Judiciário reduzir-se a uma posição de pura passividade, ao o argumento de invasão de competência<sup>147</sup>.

Além disso, quanto ao argumento das interpretações das leis serem feitas pelo próprio Poder Legislativo, tem-se que:

Poderíamos, ainda, se quiséssemos argumentar de maneira menos teórica e mais prática, nos perguntar se seria prudente colocar nas mãos do Legislativo o poder de além de fazer leis, o de revisar as leis tanto por entender que isto sim é um acúmulo excessivo de poder como por de certa forma entender que se as leis possuem necessidade de serem mudadas é porque algum legislador falhou em determinado momento da história. Ainda nesta linha, poderíamos nos perguntar se no processo de criação de uma lei já não existiria algo como a revisão das leis, afinal, os estudos para ver se uma lei é adequada a ser posta em prática na sociedade, e se responde politicamente e moralmente a esta tarefa, não passa tão distante assim do processo feito pelos tribunais constitucionais, há ainda a questão de que o presidente eleito pelo povo nomeia o juiz da corte suprema e que o senado eleito pelo povo, o sabatina, sendo mais que o necessário para legitimar a função, e por fim, se é tão certo questionar se um juiz da suprema corte é legítimo por não ter sido eleito, deveríamos nos perguntar se o mesmo

<sup>146</sup> MENDES, Gilmar. **Discurso por ocasião de sua posse na presidência do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <  
[https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&ved=0CDAQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.gilmarmendes.org.br%2Findex.php%3Foption%3Dcom\\_phocadownload%26view%3Dcategory%26download%3D143%3A%26start%3D40&ei=ad0NU\\_qMB4HjsASFsoLIDg&usg=AFQjCNEKkJsAr0TNif2ZFuunOGzVcDw7nw](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&ved=0CDAQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.gilmarmendes.org.br%2Findex.php%3Foption%3Dcom_phocadownload%26view%3Dcategory%26download%3D143%3A%26start%3D40&ei=ad0NU_qMB4HjsASFsoLIDg&usg=AFQjCNEKkJsAr0TNif2ZFuunOGzVcDw7nw)>. Acessado em: 26/02/2014.

<sup>147</sup> MELLO, Celso de. **Discurso proferido pelo ministro Celso de Mello, em nome do supremo tribunal federal, na solenidade de posse do ministro Carlos Ayres Britto na presidência da suprema corte do Brasil,** em 19/04/2012. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf> >. Acessado em: 26/02/2014.

argumento não poderia ser usado para deslegitimar juízes de primeira instância, mas neste texto nos limitamos a argumentar de forma teórica<sup>148</sup>.

Essa discursão quanto à invasão de competência e o ativismo judicial não se reduz apenas a esfera doutrinária, mas também vem gerando grandes debates em meio jurisprudencial. Veja-se:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SANEAMENTO BÁSICO. CONTROLE DE QUALIDADE DA ÁGUA. PORTARIA N. 518/2004 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. DEMANDA QUE VISA OBRIGAR O MUNICÍPIO A CUMPRIR SEUS DEVERES. SENTENÇA SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. INVASÃO DA COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO. QUESTÃO DE POLÍTICA PÚBLICA. DECISÃO CASSADA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. CITAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA QUE EXPLORA A ATIVIDADE. RETORNO À ORIGEM. RECURSO PREJUDICADO. PROCESSUAL CIVIL - POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - ANULAÇÃO DA SENTENÇA - PORTARIA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE N. 518/2004 - VIGILÂNCIA DA QUALIDADE DA ÁGUA PARA CONSUMO HUMANO - LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO 1. Não se verifica a impossibilidade jurídica do pedido de cumprimento de obrigação de fazer quando o réu omite-se a implementar as providências expressamente previstas sob sua responsabilidade em regulamento próprio. 2. “Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento” (CPC, art. 515, §3º). 3. “Não tendo sido ordenado que os autores promovessem a citação dos litisconsortes passivos necessários, deveria o e. Tribunal a quo ter anulado os atos processuais para que, retornando os autos à primeira instância, fosse cumprida a exigência posta no art. 47, parágrafo único do CPC. (Precedentes)<sup>149</sup>”.

EMENTA: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIGAÇÕES TELEFÔNICAS EM DISTRITOS PERTENCENTES AOS LIMITES DO MUNICÍPIO DE JUATUBA/MG. COBRANÇA DE TARIFA INTERURBANA NAS LIGAÇÕES "DE E PARA" A SEDE DO MUNICÍPIO. DELIMITAÇÃO DA "ÁREA LOCAL" PARA EFEITO DE COBRANÇA DE TARIFA INTERURBANA. CRITÉRIOS TÉCNICOS (E NÃO POLÍTICO-GEOGRÁFICOS) ADOTADOS PELA ANATEL. COMPETÊNCIA NORMATIVA DA AGÊNCIA REGULADORA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E PASSIVA DA TELEMAR NORTE LESTE

<sup>148</sup> CORREIA, Carlos Eduardo Moreira. **Em favor da jurisdição constitucional e do ativismo judicial**. Disponível em: < [http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/Em\\_favor\\_da\\_jurisdi%C3%A7%C3%A3o\\_constitucional\\_e\\_do\\_ativismo\\_judicial](http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/Em_favor_da_jurisdi%C3%A7%C3%A3o_constitucional_e_do_ativismo_judicial) >. Acessado em: 26/02/2014.

<sup>149</sup> SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 20100637619 SC 2010.063761-9. Relator (a): Desembargador Luiz César Medeiros. **Diário Oficial**. São Miguel do Oeste, 29 junho 201.

S/A. INVASÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA REFORMADA. APELAÇÕES PROVIDAS<sup>150</sup>.

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE FÁRMACO (INSULINA LANTUS) QUE NÃO CONSTA DA LISTA OFICIAL DO SUS. TUTELA ANTECIPATÓRIA DEFERIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E ATIVA, E DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA REJEITADAS. MÉRITO. PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE NA PROTEÇÃO À SAÚDE E À VIDA DO PACIENTE. RECURSO NÃO CONHECIDO. RECURSO DE AGRAVO. INVASÃO DE COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA. DESCABIMENTO DA MULTA COMINATÓRIA. PRINCÍPIOS E DISPOSITIVOS LEGAIS PREQUESTIONADOS NÃO VIOLADOS. RECURSO DESPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME<sup>151</sup>.

Por todo o exposto, o que se reflete na produção do presente labor e, especificamente, quanto ao tema “ativismo judicial”, é que dificilmente encontraram consenso os doutrinadores, haja vista a densa subjetividade a seu respeito, a começar do próprio conceito de ativismo judicial.

Desta maneira, ao interpretar uma norma à luz dos princípios, estaria o Judiciário apenas dando unicidade a Lei Maior, que por sua vez é feita pelo próprio Poder Constituinte, ou simplesmente estaria seguindo o princípio da interpretação elástica das normas fundamentais?

E com relação aos tratamentos e medicamentos de alto custo, quando se tem alternativas que poderiam solucionar o caso? Neste caso, ao deferir o pedido obrigando o Estado a custeá-los, estaria invadindo a competência legislativa? Essas e outras questões serão analisadas em momentos oportunos.

<sup>150</sup> BRASÍLIA. Tribunal Regional Federal 1ª região. Apelação cível nº: 200238000344262. Relator (a): Juiz federal Grigório Carlos Dos Santos. **Diário da justiça**. Minas Gerais, 30 julho 2013.

<sup>151</sup> PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº: 2399097. Relator (a): Ricardo de Oliveira Paes Barreto. **Diário Oficial**. Recife, 09 junho 2013.

#### 4 O CASO DOS PORTADORES DE RETINOSE PIGMENTAR E DOS PORTADORES DE HEMOGLOBINÚRIA PAROXÍSTICA NOTURNA

Nesta linha de raciocínio didático, é chegado o momento do presente trabalho em que se faz necessário à apresentação de casos verdadeiros, que efetivamente ingressaram na aventura judicial em busca de soluções.

Diante das conjunturas até aqui apresentadas, merecem destaque ante sua face *sui generis*, os casos em que o magistrado denega tratamentos dispendiosos, quando existem (ou não) tratamentos paralelos e mais baratos.

Em regra (e a primeira vista), percebem-se duas visões do magistrado. Seria ele o garantidor do direito à saúde, por preservar verbas destinadas à maioria da população, que muitas vezes sequer tem acesso ao judiciário ou seria ele um legalista e indiferente ao sofrimento do requerente?

Dessa maneira, é de suma importância analisar o direito à saúde, visto a partir do prisma das ações que ordinariamente tramitam nos tribunais do país, uma vez que existem uma série de pontos a favor (como regra geral ao direito à saúde em si mesmo), e pontos desfavoráveis, como o elevado custo dos tratamentos, o que poderia agravar ainda mais a deplorável situação da saúde, que sempre passou e continua passando o país.

Analisando os pedidos de advogados e a contestação da União e, sobretudo as decisões jurisprudências, percebe-se que há inúmeras divergências relativas ao direito à saúde. Inicialmente, traz-se a tona o caso do tratamento da moléstia denominada retinose pigmentar. Vale dizer que, a retinose pigmentar é uma doença rara e que acarreta a perda progressiva da visão.

Ao longo da produção deste trabalho, percebeu-se uma modificação no entendimento dos tribunais do país. Anteriormente era comum a negativa dos tratamentos de alto custo, de tratamentos similares ou daqueles fora da lista do SUS, ou ainda de medicamentos obtidos no exterior, e etc.<sup>152</sup> pelas cortes nacionais.

---

<sup>152</sup> Veja trecho da ação 3852 PI sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes: “Acrescente-se, ainda, que, em 17.03.2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, negou provimento a nove agravos regimentais interpostos contra decisões da Presidência desta Corte, para manter determinações judiciais que ordenavam ao Poder Público fornecer remédios de alto custo ou tratamentos não oferecidos pelo Sistema único de Saúde (SUS) a pacientes portadores de doenças graves, em situações semelhantes a dos

Examinando-se os casos específicos do tratamento de retinose pigmentar, conforme se infere das ementas a seguir:

EMENTA: ADMINISTRATIVO – SERVIÇO DE SAÚDE – TRATAMENTO NO EXTERIOR – RETINOSE PIGMENTAR. 1. Parecer técnico do Conselho Brasileiro de Oftalmologia desaconselha o tratamento da ‘retinose pigmentar no Centro Internacional de Retinoses Pigmentárias em Cuba, o que levou o Ministro da Saúde a baixar a Portaria 763, proibindo o financiamento do tratamento no exterior pelo SUS. 2. Legalidade da proibição, pautada em critérios técnicos e científicos. 3. A medicina social não pode desperdiçar recursos com tratamentos alternativos, sem constatação quanto ao sucesso nos resultados. 4. Mandado de segurança denegado<sup>153</sup>.

EMENTA: ADMINISTRATIVO. TRATAMENTO MÉDICO NO EXTERIOR. RETINOSE PIGMENTAR. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA UNIÃO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. A União ostenta legitimidade para figurar no pólo passivo de ação que visa ao ressarcimento de despesas médico-hospitalares realizadas no exterior. 2. A saúde é direito de todos e dever do Estado (artigo 196 da Constituição Federal). 3. No que tange ao tratamento de "retinose pigmentar", o Conselho Brasileiro de Oftalmologia emitiu parecer técnico que desaconselha o tratamento no Centro Internacional de Retinoses Pigmentarias em Cuba. 4. Inexistindo comprovação científica sobre a eficácia do tratamento da retinose pigmentar em Cuba e havendo informação de que o tratamento é comprovadamente ineficaz, afigura-se legítima a proibição do financiamento do referido tratamento. Precedentes. 5. Apelação e remessa oficial providas<sup>154</sup>.

Diante desse entendimento praticamente ultrapassado, atualmente o tratamento da doença em questão, bem como as ações em gerais para fornecimento de recursos terapêuticos de alto custo, de tratamentos alternativos e acessíveis, ou mesmo quando não existam tratamentos/medicamentos no país, geraram divergência na Corte<sup>155</sup>.

---

presentes autos, o que reforça o posicionamento ora adotado. (STA-AgR 175 - apenso STA-AgR 178; SS-AgR 3724; SS-AgR 2944; SL-AgR 47; STA-AgR 278; SS-AgR 2361; SS-AgR 3345; SS-AgR 3355, Tribunal Pleno, de minha Relatoria)” (SS 3852 PI DJe-066 DIVULG 14/04/2010 PUBLIC 15/04/2010 partes Estado do Piauí, Procurador-Geral do Estado do Piauí. Relator do mandado de segurança N° 2009.0001.001596-1 do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Ministério Público do Estado do Piauí Procurador-geral de Justiça do Estado do Piauí).

<sup>153</sup> PARANÁ. Tribunal de justiça. Mandado de segurança n° 0160648-0. Relator: Espedito Reis do Amaral. **Diário da justiça**. 03 março 2006.

<sup>154</sup> BRASIL, Tribunal Regional Federal 1ª região. Apelação Cível n° 25348. Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira. **Diário da Justiça**: 09 nov 2007.

<sup>155</sup> Ver ainda matéria em: JUSBRASIL. **STF limita fornecimento de medicamentos excepcionais e de alto custo pelo estado de Alagoas**. Disponível em: <<http://inst-ruibarbosa.jusbrasil.com.br/noticias/3657/stf->

A exemplo dessa transformação, analisamos o caso dos portadores de retinose pigmentar, onde um grupo de pessoas impetraram mandado de segurança em face do Secretário de Assistência da Saúde - Ministério da Saúde - para compelir a autoridade impetrada a librar o montante de US\$ 12.580,00 para custear o tratamento da moléstia supra citada.

Após a vitória dos postulantes perante o Tribunal Regional Federal da 1ª região, a demandada (União) interpôs recurso extraordinário de número 368.564 perante o Supremo Tribunal Federal. Dentre os argumentos contrários, sustentados pela recorrente, está o fato de que não deve o Estado custear um tratamento no exterior, haja vista já existir um idêntico tratamento no Brasil, inclusive, por profissionais com habilidades técnicas equivalentes a de Cuba.

Interessantes são as palavras do relator Menezes Direito<sup>156</sup>, que inclusive votou contra o pedido dos postulados, aduzindo que:

Desde que eu era Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, eu entendia que nós não podíamos negar, pelo Estado, o direito ao tratamento médico. Eu sempre entendi, portanto, desde o Tribunal de Justiça, que nós não podemos negar o medicamento, o tratamento local; sempre temos de ter uma alternativa para isso. E a jurisprudência do Tribunal, a Suprema Corte, assegura esse direito. Agora, no caso, parece-me que elas não têm direito, por um motivo muito simples. O direito se confere se existe a possibilidade certificada de que há cura, de que há o tratamento, de que é possível perante os requisitos que o Estado estabeleceu: laudo, parecer, a indicação.

O ministro posicionou-se contrariamente ao custeamento do tratamento em Cuba no processo, atestando que o direito social à saúde é uma norma programática<sup>157</sup>.

---

[limita-fornecimento-de-medicamentos-excepcionais-e-de-alto-custo-pelo-estado-de-alagoas-05-03-2007>](#)

Acessado em: 05/03/2014.

<sup>156</sup> BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de segurança nº 8.895. Relator (a): Ministra Eliana Calmon. **Diário da justiça**. 07 de junho de 2004.

<sup>157</sup> É salutar explanar que as normas programáticas são aqueles que ao entrar em vigor possuem expectativa (ou ainda capacidade) de produzir efeitos. Esses efeitos, contudo, ficam atrelados a outra lei (complemente ou ordinária). (ANDRÉ, Alencar. Disponível em: <http://www.vestcon.com.br/artigo/entenda-aplicabilidade-das-normas-constitucionais.aspx>>. Acessado em 27/02/2014). Ainda nesse sentido, é importante não olvidar que tal argumento costuma ser utilizado pelos entes federativos demandados em ações de obrigações, quanto ao fornecimento de tratamentos e/ou medicamentos, nestes termos, ver-se: APELAÇÕES CÍVEIS. ECA. DIREITO À SAÚDE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO E DO MUNICÍPIO. NORMA PROGRAMÁTICA. CONDIÇÃO ECONÔMICA DA FAMÍLIA DA MENOR.

Vale trazer à baila que tais normas “São normas vagas, de grande conteúdo semântico, mas com baixa efetividade social e jurídica, sendo controversa sua vocação para gerar direitos subjetivos públicos para a população<sup>158</sup>”.

Nesse sentido, conclui-se que o art. 6 da Lei Maior criou objetivos e programas que o Estado deva ou possa cumprir, entretanto esse dispositivo não regula efetivamente situações individuais, como o caso que se apresenta.

Faz-se necessário chamar atenção a respeito desse ponto, haja vista o mesmo ser, costumeiramente, usado por aqueles que são contra o ativismo judicial nas ações de custeamento de medicamentos/tratamentos pelo Estado. Isso porque, o mais justo, segundo esse pensamento, é o de que as pessoas deveriam lutar por um direito social coletivo, devendo ser assegurado tratamentos e medicamentos a todas as pessoas, e não a um único indivíduo (no caso para o próprio postulante).

Dessa maneira, caso um remédio não constasse na lista do SUS, o ideal seria o postulante pleitear que o remédio figurasse naquela lista, e não que lhe fosse deferido individualmente<sup>159</sup>.

Nas palavras de Barroso<sup>160</sup>, “Juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro-justiça, ao invés da macro-justiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública.”

Nas palavras de Lewandowski<sup>161</sup>, ao conferir o direito aos postulantes para realização do tratamento na ilha socialista (local onde se encontram as mais avançadas técnicas de tratamento para a moléstia ora em análise) acaba, “em verdade, realizando distinções entre os

ATENDIMENTO PRIORITÁRIO DAS DEMANDAS DE SAÚDE DA POPULAÇÃO INFANTO-JUVENIL. PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DOS PODERES. EXAMES PERIÓDICOS. CABIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AO FADEP. EXCLUSÃO DO ESTADO. REDUÇÃO DO VALOR EM RELAÇÃO AO MUNICÍPIO. (Processo: AC 70043907955 RS. Relator (a): Luiz Felipe Brasil Santos. Julgamento: 01/09/2011. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Publicação: Diário da Justiça do dia 09/09/2011).

<sup>158</sup> FERREIRA, Hugo Barbosa Torquato. **Controle externo da administração pública: hipóteses de determinação judicial de cumprimento de norma programática.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21429>>. Acessado em: 25/02/2014.

<sup>159</sup> OLIVEIRA, Marcelo Henrique Matos. **Ações coletivas no direito brasileiro.** Disponível em: <[http://www.oabuberaba.org.br/db/artigos/artigo\\_marcelohenrique.pdf](http://www.oabuberaba.org.br/db/artigos/artigo_marcelohenrique.pdf)>. Acessado em: 27/02/2014.

<sup>160</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Revista de Direito Social, 34/11, abr- jun 2009. p. 02

<sup>161</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 368564. Relator (a): Ministro Menezes Direito. **Diário da justiça.** Brasília, 10 agosto 2011.

cidadãos, ao estabelecer que o tratamento de retinose pigmentar no exterior deve ter prioridade em relação a outras enfermidades que assolam os demais cidadãos”.

Constataram-se outros argumentos antagônicos ao tratamento na ação número 411902, cujo relator Dias Toffoli<sup>162</sup> assevera que:

1- As pesquisas científicas relatadas através da literatura médico-científico nacional e internacional não mostram qualquer eficácia para as propostas de tratamento da retinose pigmentar.

2- As tentativas de tratamento clínico e cirúrgico, realizadas atualmente não apresentam comprovação científica.

3- Não existe estudo que comprove que estas tentativas sejam inócuas aos pacientes a elas submetidos.

4- Por se tratar de uma doença hereditária recomenda-se o aconselhamento genético, ficando para o médico-oftalmologista o controle e/ou a prevenção de complicações oculares que raramente ocorrem.

A diretoria atual reitera o comunicado acima, informando que o conselho Brasileiro de Oftalmologia voltará a se manifestar quando houver alteração da realidade acima relatada. A Fundação Brasileira de Reabilitação Visual informa que existem, no Brasil (São Paulo, Campinas, Goiânia e Recife), médicos que adotam a mesma técnica do tratamento desenvolvido em Cuba, a custos consideravelmente menores (fl. 168). Ora, dissentir dessas avaliações factuais do julgado exigiria reexame de fatos e provas, a cuja luz foi a causa decidida, o que é vedado na instância extraordinária (súmula 279).

3. Do exposto, nego seguimento ao recurso (art. 21, § 1º, do RISTF, art. 38 da Lei nº 8.038, de 28.05.90, e art. 557 do CPC).

Publique-se. Int. Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

De outro lado, dentre as considerações favoráveis está a própria ementa do RE nº 368564 que deferiu o pedido, veja-se:

**EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PREQUESTIONAMENTO – CONFIGURAÇÃO – RAZÃO DE SER.** O prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido arguida pela parte recorrente. A configuração do instituto pressupõe debate e decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema. O procedimento tem como escopo o cotejo indispensável a que se diga do enquadramento do recurso extraordinário no permissivo constitucional. Se o Tribunal de origem não adotou entendimento explícito a respeito do fato jurígeno veiculado nas razões recursais, inviabilizada fica a conclusão sobre a violência ao preceito evocado pelo recorrente. **SAÚDE – TRATAMENTO – DEVER DO ESTADO.** Consoante disposto no artigo 196 da Constituição Federal, “a

<sup>162</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 421402 DF. Relator (a): Ministro Dias Toffoli, **Diário Oficial**. Brasília, 28 maio 2010.

saúde é direito de todos e dever do Estado (...)", incumbindo a este viabilizar os tratamentos cabíveis<sup>163</sup>.

Pode-se ainda invocar a favor dos defensores do custeamento do tratamento em questão pelo Estado, o fato de existir e ser assegurado por lei há possibilidade de tratamento no exterior no caso dos portadores de HIV (Lei 9.313/96), bem como a autorização de procedimentos cirúrgicos fora do país nos casos de transplante de medula óssea (portaria MS nº 27/96), podendo-se afirmar, diante do exposto, que a negativa do tratamento no exterior para os portadores de retinose pigmentária seria discriminatória.

O cerne, porém das considerações partidárias, encontra-se na utilização dos próprios princípios constitucionais em si mesmo, nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio<sup>164</sup>, "O direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-los ou de dificultar o acesso a ele".

Paralelamente ao caso de retinose pigmentar aqui apresentado, presta-se a presente nesta monografia alguns casos paralelos, que servirão para a reflexão da conclusão dos questionamentos a ser apresentados ao final do trabalho

Assim, destacam-se aqui os argumentos de GOUVÊA, doutor em direito pela Universidade de Harvard, onde alerta que em 2003 a União gastou R\$ 171 mil em condenações para compra de remédios /equipamentos e tratamentos. Já em 2011, tal gasto subiu para R\$ 243 milhões. Em oito anos, o gasto com este tipo de despesa aumentou mais de 1.400 vezes e continua crescendo. Segundo o Ministério da Saúde, para 2012 o gasto teria chegado a R\$ 356 milhões<sup>165</sup>.

Afirma ainda que grande parte das ações que a União arca, são provenientes dos Municípios e Estados que trabalham com orçamento reduzido, acarretando gastos sem planejamentos e compras sem licitações. Assim, recursos da saúde direcionados para saneamento básicos, que poderiam curar doenças simples, acabam sendo prejudicados.

<sup>163</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 368564. Relator (a): Ministro Menezes Direito. **Diário da justiça**. Brasília, 10 agosto 2011.

<sup>164</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **A Constituição e o Supremo**. Disponível Em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201814>>. Acessado em: 23/06/2014.

<sup>165</sup> GOUVÊA. Carlos Portugal. **Judicialização da saúde**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/judicializacao-da-saude/11957>>. Acessado em: 05/03/2014.

Pondera ainda o professor a respeito da pressão sofrida pelo magistrado quando se depara com esse tipo de ação: “Cada uma dessas ações oferece ao juiz um dilema com o qual nenhum de nós gostaria de se deparar: conceder o remédio ou a pessoa irá morrer, ou sofrer uma grave consequência para sua saúde. Infelizmente, o juiz não tem as informações necessárias para tomar tal decisão<sup>166</sup>”.

Por fim, assegura que os benefícios concedidos pelas decisões judiciais são destinados às classes que detém um maior poder econômico no país, conquanto que a população carente sequer tem acesso ao judiciário por falta de pessoal e burocracia, alegando ainda que:

Segundo cálculos que fiz, em um dos meus estudos, o total das defensorias públicas no Brasil não representa sequer 1% do número total de advogados do país, além de estarem concentrados nas principais cidades de cada estado. Em um país desigual como o nosso, o resultado é que aqueles que entram com ações pedindo remédios são os que têm dinheiro e conhecimento suficiente para contratar advogados privados. Em um estudo feito com todos os 3.007 processos contra a Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, nos quais a distribuição de remédios foi concedida em 2006, foi identificado que em 74% dos casos foram utilizados advogados privados. O estudo identificou também que 3% dos remédios concedidos não eram licenciados no Brasil<sup>167</sup>.

Na opinião pessoal da autora deste trabalho, é evidente ainda que ao analisar o caso concreto, o magistrado se depara apenas com o microcosmo, ou seja, vê apenas a situação fática e deixa muitas vezes de visualizar uma série de implicações que traz o deferimento de medicamentos/tratamentos como aqui demonstrado, podendo talvez gerar prejuízos sociais, como reflexo desse comportamento.

Por fim, em argumento contrário ao custeamento desordenado de tratamentos e medicamentos pelo poder públicos está o próprio art. 196 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 196: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de

---

<sup>166</sup> GOUVÊA. Carlos Portugal. **Judicialização da saúde**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/judicializacao-da-saude/11957>>. Acessado em: 05/03/2014.

<sup>167</sup> *Ibidem*.

outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação<sup>168</sup>.

Diante do exposto pela legislação, o direito à saúde é dever do Estado realmente, porém tal dever está condicionado às políticas econômicas. Assim, por não existirem verbas para a realização da referida política, não há o que se falar no dever do Estado em sua consubstanciação.

Paralelamente ao caso da retinose pigmentar aqui mencionado, o presente trabalho traz outro caso semelhante de doença rara com tratamentos altamente dispendiosos para os cofres públicos, mas com possibilidade de tratamentos alternativos, que são bem mais cessíveis ao erário públicos.

Esse é o caso vivido por Rafael Notarangeli Fávaro, um rapaz de 29 anos que possui uma doença anêmica raríssima, denominada hemoglobinúria paroxística noturna (HPN), causadora de vários problemas que podem levar à morte<sup>169</sup>.

Segundo ainda a reportagem supracitada, Rafael utiliza um medicamento importado chamado Soliris (*eculizumab*). De acordo com um ranking elaborado pela revista americana Forbes, nenhum tratamento clínico é tão dispendioso quanto o realizado com esse medicamento.

Cada frasco de Soliris (30 mililitros) custa mais de R\$ 11 mil. Assim, Rafael consome R\$ 35 mil a cada 15 dias. Cerca de R\$ 70 mil por mês, ou seja, mais de R\$ 800 mil por ano. Vale salientar que o paciente precisará tomar o medicamento para o resto de sua vida<sup>170</sup>.

Quando recebeu o diagnóstico, Rafael descobriu que pacientes como ele podem ser submetidos a um transplante de medula. É uma alternativa muito mais barata (custa cerca de R\$ 50 mil ao SUS) e a única capaz de curar. Apesar disso, nem sequer procurou um doador. Como o tratamento mais caro do mundo estava ao alcance das mãos, considerou que valia a pena optar pela nova droga e evitar os riscos da solução tradicional. O transplante

<sup>168</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acessado em 18/02/2014.

<sup>169</sup> REVISTA ÉPOCA. **O paciente de 800 mil**. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>> Acessado em 14/05/2014.

<sup>170</sup> REVISTA ÉPOCA. **O paciente de 800 mil**. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>> Acessado em 14/05/2014.

cura metade das pessoas que têm HPN. Mas 30% podem morrer ou ter alguma complicação grave. O Soliris não cura, mas reduz a destruição dos glóbulos vermelhos e os sintomas da doença. Ainda assim, não elimina totalmente o risco de trombose. É por isso que Rafael também precisa tomar anticoagulante para sempre<sup>171</sup>.

Caso semelhante ocorreu no Estado do Rio Grande do Norte, onde a paciente que também sofria de hemoglobinúria paroxística noturna, solicitou o medicamento chamado Soliris. O tratamento por sua vez, duraria 15 anos (tempo de vida estimado pelo médico da autora) e custaria aos cofres públicos o montante de R\$ 15 milhões de reais<sup>172</sup>. A sorte da autora, porém não foi a mesma do caso anteriormente apresentado.

O magistrado entendeu que não há verossimilhança (fato que parece verdadeiro) para entender que a pretensão autoral encontra respaldo no dever de assistência à saúde, nos termos previstos no art. 196 da Constituição e, deste modo, a par das informações técnicas apontadas, revogou a liminar concedida, bem como, todas as decisões posteriores relativas ao descumprimento da primeira<sup>173</sup>.

Os argumentos utilizados nesta última ação foram basicamente os mesmos em relação à ação anteriormente mostrada (no caso retinose pigmentar), tanto nos pontos contrários quanto nos favoráveis.

Desta forma, questiona-se: com quem está a razão? Estaria o relator da ação, juntamente com o Ministro Ricardo Lewandowski, procedendo corretamente, ou estaria a turma de Ministros corretos? E diante do caso dos portadores de hemoglobinúria paroxística noturna, cuja situação é idêntica ao dos portadores de retinose pigmentar, mas que tiveram desfechos opostos? Neste caso, como saber qual decisão seria a mais justa ou mesmo a que esteja em maior consonância com o ordenamento jurídico pátrio?

No último capítulo que se apresentará, será feita uma análise pormenorizada a respeito das decisões supramencionadas, tendo como alicerce os princípios e normas constitucionais, e

<sup>171</sup> *Ibidem*.

<sup>172</sup> Processo digital TJRN 0023694-17.2010.8.20.0001.

<sup>173</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA RIO GRANDE DO NORTE. **Justiça nega tratamento milionário contra o Estado.** Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=visualiza\\_noticia&id\\_caderno=20&id\\_noticia=63547](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=visualiza_noticia&id_caderno=20&id_noticia=63547). Acessado em 06/03/2014.

as jurisprudências aqui apresentadas, a fim de que se possa chegar a um consenso ou mesmo uma saída jurídica.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse capítulo propõe uma análise das celeumas fáticas aqui apresentadas. Apesar de envolver os casos práticos estudados, as ponderações feitas por este trabalho servirão de sustentação para solução de outras situações semelhantes.

Esses casos, por sua vez, englobarão os que envolvam a solicitação por tratamentos/medicamentos de alto custo a serem suportados pelo Estado, e que abarquem outras opções plausíveis para a solução, para os casos da retinose pigmentar e hemoglobinúria paroxística noturna.

Em um primeiro momento, como se perceberá, as sugestões aqui encontradas poderam servir para qualquer caso, desde que inserido em contexto semelhante ao demonstrado no presente trabalho. Passa-se, pois à análise dos eventos fáticos.

Começa-se, então o estudo através de uma reflexão histórica. Constatou-se ao longo deste trabalho, que na época das civilizações clássicas, o governo praticamente era omissos nas políticas públicas de saúde.

Relembra-se aqui que a cidade-estado grega provia serviços de saúde para os pobres, escravos e funcionários, porém de maneira bastante insignificante<sup>174</sup>. No Brasil colonial, a situação não era diferente: a maioria da população vivia sob precárias condições, sendo a saúde um serviço de difícil acesso, beneficiando apenas os detentores de maior poder aquisitivo<sup>175</sup>.

Na era Vargas<sup>176</sup>, começaram a surgir direitos relativos à classe trabalhadora. Aos poucos, a legislação foi abarcando cada vez mais a classe dos trabalhadores, detentora desse direito à saúde, bem como a previdência<sup>177</sup> (que de certa forma está intimamente relacionada à saúde), e cuja tendência culminou com a Constituição de 1988, que condicionou o direito à saúde como direito fundamental, universal e um dever do Estado.

<sup>174</sup> PADURARU, Carmem. **Contribuições da Roma Antiga**. Disponível em: <[http://www.ehow.com.br/contribuicoes-roma-antiga-info\\_5583/](http://www.ehow.com.br/contribuicoes-roma-antiga-info_5583/)>. Acessado em 10/02/2014. p. 01.

<sup>175</sup> DIAS, José Antônio. **A saúde pública no Brasil Colonial**. Disponível em: <<http://profjaborritmo.blogspot.com.br/2012/08/a-saude-publica-no-brasil-colonial.html>>. Acessado em 10/02/2014. p. 01.

<sup>176</sup> MERCADANTE, Otávio Azevedo. **Evolução das políticas e do sistema de saúde no Brasil**. Disponível em: <<http://www.fiocruz.br/editora/media/04-CSPB03.pdf>>. Acessado em: 22/10/2013. p. 01.

<sup>177</sup> PREVIDÊNCIA SOCIAL. **Histórico**. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/historico/>>. Acessado em 06/03/2014.

Vale dizer que “O direito à saúde é reconhecido como um direito originário à prestação, tendo em vista a sua característica de direito subjetivo, exprimindo a prestação material para proteção da qualidade de vida<sup>178</sup>”.

Percebe-se, claramente, que com a evolução do tempo, tentou-se cada vez mais estender o direito à saúde ao maior contingente de pessoas possível, tornando-o, assim, mais eficaz.

Entende a autora que quanto maior o número de pessoas usufruindo das benesses proporcionadas pelo direito à saúde, maior seria o estágio evolutivo da sociedade<sup>179</sup>. Deixa-se aqui, temporariamente, esse raciocínio inicial, e parte-se para outro que se opõe ao anterior, conquanto também seja uma premissa ou verdade fundamental.

Trata-se do princípio da escassez de recursos públicos. Desta maneira, é fato que os recursos públicos são esgotáveis e, portanto, não podem atender toda demanda social. Esta premissa vem ser reforçada pela Ministra Cármen Lúcia<sup>180</sup>, quando afirma que “Os recursos orçamentários são geralmente escassos e as necessidades humanas infinitas”.

É importante ressaltar que a presente monografia não pretende adentrar no tema orçamentário estatal, presta-se, porém a traçar uma breve análise do princípio da limitação orçamentária da administração pública.

Ora, ao mesmo tempo que se tenta abarcar o máximo de indivíduos fruindo do direito à saúde, percebe-se a existência de um óbice ou barreira, que limita a expansão desse direito, que é justamente o princípio da limitação orçamentária.

Os casos aqui apresentados mostram doenças raras, cujos medicamentos/tratamentos são de alto custo para os cofres públicos, e que também apresentam tratamentos alternativos,

<sup>178</sup> PESSOA, Eudes André. **A Constituição Federal e os direitos sociais básicos ao cidadão brasileiro**. Disponível em:

<[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9623](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9623)>.

Acessado em 03/03/2014. Interessante notar a posição desse autor ao falar da omissão do Estado no direito à saúde: “A não atuação do Estado na prestação eficaz, revela uma afronta ao nosso bem maior que é a saúde e a vida, pois a saúde nestes aspectos é evitada de aplicabilidade imediata e eficácia plena, e deve ser respeitada como tal, uma vez que se consubstancia como um direito público subjetivo, tendo em vista que a Constituição o trata como um direito fundamental e social”.

<sup>179</sup> Porém é de se considerar que não basta apenas abarcar as pessoas ou dar-lhe o direito à saúde, simplesmente, é preciso uma saúde de qualidade, pois do contrário tal direito seria cerceado, inclusive, de eficácia, o que na prática significaria a ausência em parte ou total desse direito.

<sup>180</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 650085. Relator(a): Ministra Cármen Lúcia. **Diário da Justiça**. Brasília, 19 setembro 2011.

não se sabendo ao certo, se este último constitui o melhor recurso terapêutico, ou se são os piores.

Desta maneira, é evidente, que ao se retirar, por decisão judicial, qualquer quantia para custear remédios e tratamentos, esse montante será retirado de algum local, e que quase sempre serão recursos provenientes da saúde. Claro, também, está o fato que, ao se retirar a quantia que seria destinada para uma área, outra ficará desguarnecida.

O caso parece agravar-se ainda mais quando se retiram dos cofres públicos vultosas quantias, como com o exemplo dos portadores da hemoglobinúria paroxística noturna, cujo financiamento é de aproximadamente oitocentos mil reais, podendo chegar a quantia vultuosa de um milhão de reais por ano, isso para cada paciente, conforme visto no capítulo anterior.

Ora, o caso trazido à baila demonstra claramente o embate entre direitos fundamentais<sup>181</sup>. Surge, conseqüentemente, a dificuldade em responder essa emocionante disputa, onde se questiona: qual direito fundamental tutelar e qual restringir? Qual o método utilizado para encontrar a solução mais adequada ou mais justa? Até que ponto um direito fundamental pode ser restringido?

Vale ressaltar que existem limites aos princípios impostos por eles próprios. Nesse sentido explica Rodrigues<sup>182</sup> que:

Os direitos fundamentais, concebidos a partir da positivação na esfera constitucional, dos denominados direitos naturais, aparecem no ordenamento tanto como uma restrição do poder do Estado frente aos interesses particulares, quanto uma obrigação positiva do Ente Federativo de atuar exaustivamente para resguardar a concretização destes direitos e impedir que os mesmos sofram algum tipo de restrição. A problemática do presente trabalho surge a partir do momento em que o pleno exercício de um direito fundamental de um titular encontra óbice perante o exercício de um outro direito igualmente constitucional de outro titular.

Diante destes casos, um magistrado deve partir das premissas de que o direito fundamental deve ser tutelado pelo Estado; de que não há como fazer um juízo *prima facie* de um direito fundamental perante o outro, visto que são dotados de um mesmo peso axiológico; de que os métodos hermenêuticos clássicos não são aplicáveis a estas normas.

---

<sup>181</sup> Assim, em determinadas situações fáticas, estes direitos entram em colisão uns com os outros, ou com outros valores constitucionais, surgindo, desta forma, a problemática da colisão entre direitos fundamentais.

<sup>182</sup> RODRIGUES, Arthur Martins Ramos. **A colisão entre direitos fundamentais**. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/arthur\\_martins\\_ramos\\_rodrigues.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/arthur_martins_ramos_rodrigues.pdf)>. Acessado em: 06/03/2014.

Percebe-se dessa maneira que, relativamente aos embates de direitos fundamentais, é impossível sua solução através dos métodos hermenêuticos tradicionais, haja vista a impossibilidade de uma pré-valorização desses princípios, devendo o magistrado se ater, inicialmente, ao caso concreto e tentar solucionar a colisão através de outro meio mais adequado de ponderação<sup>183</sup>. Para Canotilho<sup>184</sup>:

Determinar quais os bens jurídicos protegidos e a extensão dessa proteção – âmbito de proteção da norma – e verificar se os bens jurídicos protegidos por uma norma constitucional consagradora de um direito, liberdade e garantia, sofrem de qualquer restrição imediatamente estabelecida pela própria Constituição – restrição constitucional expressa – ou se a Constituição autoriza a lei a restringir esse âmbito de proteção – reserva de lei restritiva.

Para solução do presente lavor, faz-se necessário a utilização do princípio da ponderação, adotada por grande parte da doutrina, tendo como grande contribuinte Alexy<sup>185</sup>. Nesse sentido, explica que:

O conflito de princípios, diferentemente das regras, ocorre no plano do peso, e não da validade. Os princípios, em nível abstrato, são válidos e hierarquicamente iguais. A colisão de princípios somente ocorre nos casos concretos, quando um princípio limita a possibilidade jurídica de outro. Ocorrendo colisão, utiliza-se a ponderação. A ponderação é composta por três máximas parciais: a adequação, a necessidade (postulado do meio mais benigno) e a proporcionalidade em sentido estrito (que é o postulado da ponderação em sentido estrito). As máximas da adequação e da necessidade consideram as possibilidades fáticas do caso concreto, e a máxima da proporcionalidade, em sentido estrito, considera as possibilidades jurídicas. É importante destacar que as três máximas de ponderação são sempre aplicadas na ponderação, pois elas são como regras. A ponderação atribui a cada princípio um peso. É possível atribuir-se peso aos princípios, pois estes são exigências de otimização, diferentemente das regras que têm caráter definitivo. Assim, um princípio pode ter diferentes graus de concretização, o que depende das circunstâncias específicas do caso específico a ser resolvido (possibilidades fáticas) e dos demais princípios (possibilidades jurídicas). O grau de realização de um princípio num determinado caso depende do peso que lhe é atribuído em face dos demais pesos dos outros princípios.

<sup>183</sup> SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p.32

<sup>184</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1522

<sup>185</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p.112.

O princípio com maior peso é o que prepondera no caso específico, instituindo uma relação de preferência e eliminando a colisão. Assim, a solução de colisão implica o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios. O resultado da ponderação é a lei de colisão.

Além do princípio da ponderação há pouco dissertado, utiliza-se também o princípio da teoria imutável do núcleo do direito fundamental. Nesse sentido, pondera Machado que: “Cumprir advertir, entretanto, que toda e qualquer restrição a direito social deve respeitar o limite dos limites ou o núcleo essencial, que, *in casu*, relaciona-se com o direito mínimo à sobrevivência do indivíduo com dignidade<sup>186</sup>”.

Ressalte-se ainda, que na visão de Alexy, o núcleo fundamental do princípio não é passível de ponderação<sup>187</sup>.

Interessante reflexão de Otto y Pardo<sup>188</sup>, para quem o núcleo fundamental é “La garantía del contenido esencial es límite de los límites, porque limita la posibilidad de limitar, porque señala un límite más allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales y las libertades públicas.”

Apesar da existência do núcleo fundamental, o leitor há de perceber que as decisões aqui estudadas foram irresolutas, pois ora as decisões convergem no sentido do deferimento, ora do indeferimento. Desta forma, em que momento houve a preservação do núcleo essencial do direito fundamental à saúde, tanto do postulante ao tratamento, quanto da sociedade que concorre no uso das verbas do SUS?

Essa humilde estudante chegou a duas conclusões para melhor solucionar os casos até então analisados. Dizem-se duas soluções, devido à possibilidade de variação do contexto em que litígio está inserido.

A primeira solução é a mais inteligível e a mais adequada na nossa visão, embora grande parte dos magistrados, *data venia*, não venha adotando tal posição.

<sup>186</sup> MACHADO, Clara Cardoso. **Controle jurisdicional de constitucionalidade e abstrato de Lei Orçamentária:** análise da ADI 4.048-1/DF. Disponível em: <[http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/controle\\_de\\_lei\\_orcamentaria\\_clara\\_cardoso.pdf](http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/controle_de_lei_orcamentaria_clara_cardoso.pdf)>. Acessado em: 06/05/2014.

<sup>187</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 112.

<sup>188</sup> BAQUER, Lorenzo Martín- Retortillo; PARDO, Ignacio de Otto y. **Derechos fundamentales y Constitución**. Madrid: Editorial Civitas, 1992, p. 126.

Assim, o primeiro recursos para este entrave jurídico, sobre o qual se debruça o presente rascunho, parte da premissa maior de que existem efetivamente gastos desnecessários, desproporcionais e até inconstitucionais no governo.

Evidencia-se, ainda, que este trabalho não pretende solucionar o problema dessas espécies desnecessárias de gastos públicos, o fato é que o mesmo é patente<sup>189</sup> e continua existindo. Nesse sentido, Nunes<sup>190</sup> assevera que:

Em abril deste ano, a Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República atualizou o seu site com os dados gerais de gastos de publicidade estatal federal nas emissoras de televisão até o ano de 2012. Conforme tabela anexa é possível constatar quão dispendioso é, e vale lembrar que outros meios são utilizados com esse fim, como jornais, revistas, rádio, sites e blogs. Para exemplificar, a TV Globo, tão somente, recebeu R\$ 5,9 bilhões para veicular publicidade estatal federal entre os anos de 2000 e 2012 – tanto da administração direta como indireta, e a Caixa Econômica Federal, empresa pública, é a terceira empresa que mais gasta com propaganda no Brasil, a estatal gastou R\$ 676,5 milhões em propaganda no ano 2012.

Apesar de todos os gastos previstos em orçamento e de maneira desnecessária, muitos magistrados ao deferirem pedidos de medicamentos/tratamentos, ordenam que sejam descontadas verbas do governo na área de saúde. Assim, segundo Barroso<sup>191</sup>:

<sup>189</sup> Sobre o tema é notória a abundância de inúmeros exemplos: VEJA. **Copa: atuação do TCU já impede desperdício de R\$ 600 mil.** Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/esporte/copa-atuacao-do-tcu-ja-evita-desperdicio-de-r-600-mi>>. Acessado em: 06/03/2014.

JUSBRASIL. **Promotor apura possíveis gastos desnecessários pela Agecom.** Disponível em: <<http://mp-go.jusbrasil.com.br/noticias/3141802/promotor-apura-possiveis-gastos-desnecessarios-pela-agecom>>. Acessado em: 06/03/2014.

JUSBRASIL. **Ságuas terá que explicar gastos de R\$ 7,7 milhões com buffet de luxo em educação entre as piores do Brasil.** Disponível em: <<http://24-horas-news.jusbrasil.com.br/noticias/100643064/saguas-tera-que-explicar-gastos-de-r-7-7-milhoes-com-buffet-de-luxo-em-educacao-entre-as-piores-do-brasil>>. Acessado em: 06/03/2014.

JUSBRASIL. **Pau dos Ferros: MP recomenda Município se abster de gastos com FINECAP** Disponível em: <<http://mp-rn.jusbrasil.com.br/noticias/100670020/pau-dos-ferros-mp-recomenda-municipio-se-abster-de-gastos-com-finecap>>. Acessado em: 06/03/2014.

JUSBRASIL. **MP recomenda ao Município de Itabuna que cancele o “Carnaval Antecipado.”** Disponível em: <<http://mp-ba.jusbrasil.com.br/noticias/112354425/itabuna-cancela-carnaval-antecipado>> Acessado em: 06/03/2014.

<sup>190</sup> NUNES, Thâmylla da Cruz. **A propaganda governamental como empecilho para a utilização do princípio da reserva do possível e do mínimo existencial como tese de defesa no âmbito do poder judiciário e do chamado “ativismo judicial”.** Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/923/629>>. Acessado em: 06/03/2014.

<sup>191</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** In: Temas de direito constitucional, tomo IV, 2009, no prelo.

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 auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui.

Em palestra realizada pela Secretária de Saúde do Estado de Sergipe para discutir e analisar os tratamentos/medicamentos obtidos através das decisões judiciais, cujo o tema foi a “Judicialização da Saúde: um debate sobre o SUS e a Integralidade”, a secretária de Estado da Saúde, Joelia Silva Santos, falou sobre o impacto da judicialização no financeiro e no planejamento da Secretaria, e de que forma isso compromete a política de saúde<sup>192</sup>.

Reforçando essa ideia, assevera Borges e Ugá<sup>193</sup> ao dizer que:

O crescente número de ações judiciais impetradas por usuários do Sistema Único de Saúde (SUS) para garantir o fornecimento de medicamentos tem sido motivo de aflição para gestores de saúde de todos os entes federativos, devido às decisões que comprometem seriamente o orçamento para a saúde.

Questiona-se, pois, essa prática corriqueira que vem adotando o Poder Judiciário, no sentido de suprimir verbas da saúde, conquanto existam verbas que podem ser perfeitamente suspensa, e até suprimidas, sem prejuízo das verbas da saúde.

Desta maneira, em nosso sentir, tal atitude não condiz com o melhor interesse social, *data maxima venia*, haja vista que melhor seria que o magistrado fizesse uma análise rigorosa nas contas públicas para o caso de verificação de eventual gasto excessivamente desnecessário e que ultrapassasse a razoabilidade.

---

<sup>192</sup> SERGIPE. **Judicialização da Saúde será discutida nesta segunda-feira, 13.** Disponível em: <<http://aquiacontece.com.br/noticia/2013/05/11/judicializacao-da-saude-sera-discutida-nesta-segundafeira-13>>. Acessado em: 06/03/2014.

<sup>193</sup> BORGES, Danielle da Costa Leite; UGÁ, Maria Alicia Dominguez. **Conflitos e impasses da judicialização na obtenção de medicamentos:** as decisões de 1ª instância nas ações individuais contra o Estado do Rio de Janeiro, Brasil, em 2005. Caderno de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 26, n. 1, p.59-69, jan. 2010.

Em caso de existência desse tipo de verba, provam-se duas coisas: primeiro, a existência de verba, logicamente; segundo, o fato de existirem verbas que podem ser facilmente descartadas em prol de algo mais necessário que, neste caso, seriam para custear tratamentos de elevados custos, como os apresentados neste trabalho científico.

Desta forma, em caso de observância de gastos supérfluos<sup>194</sup>, previstos em orçamentos, deveria o magistrado remanejar, necessariamente, o valor solicitado na ação dessa fonte específica, o que, conseqüentemente, pouparia a verba destinada para a saúde pública.

Após a efetiva comprovação de que o ente demandado não possua verbas supérfluas, entendemos que, para que haja efetiva justiça na resolução do caso, deve o demandado (no caso o ente federativo) ou mesmo o magistrado, de ofício, efetuar o chamamento ao processo dos outros entes, nos termos do art. 77, III do CPC, que diz:

Art. 77. É admissível o chamamento ao processo:  
III - de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum<sup>195</sup>.

Isso ocorre porque, como foi visto no início deste trabalho, os entes são responsáveis solidários por força do art. 23, inc. II, bem como da Lei nº 9.313/96 que atribui à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o dever de fornecer medicamentos/tratamentos as suas expensas.

<sup>194</sup> Quanto ao conceito de “verbas supérfluas” apesar de vago, deve ser entendido como algo razoável, perceptível pelo homem médio. Vale dizer, que tais conceitos vêm sendo adotados pelo Poder Judiciário quase que costumeiramente, pois se trata da conceituação vaga do princípio da razoabilidade, veja-se: Conceituação vaga quanto ao princípio da razoabilidade e quando for algo manifestamente contrário a algo ou alguma coisa, exemplo: “Foi com uma dessas situações que se defrontou o então Procurador da República, Gilmar Ferreira Mendes, que, ao se manifestar, no exercício das funções da Advocacia-Geral da União, nos autos da ADI 242, protestou contra o dever de ofício estabelecido no art. 103, § 3º, da CF/88, fundamentando que seria contraditório o mesmo órgão responsável pela representação judicial da União e assessoramento jurídico do Poder Executivo ser obrigado a defender a norma atacada, ainda quando manifestamente inconstitucional, como entendia ser o caso dos autos”. (ARAUJO, Fabiola Souza. **A atuação do Advogado-Geral da União na ação direta de inconstitucionalidade**: compreensão inicial do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo.a-atuacao-do-advogado-geral-da-uniao-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-compreensao-inicial-do-supremo-tr,43795.html>>. Acessado em: 03/03/2014.

<sup>195</sup> BRASIL. Código de processo civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm)>. Acessado em: 23/06/2014.

Assim sendo, não havendo verbas supérfluas do ente chamado ao processo, passa-se, pois, à segunda fase da interpretação deste trabalho, a fim de obter a mais justa solução para o caso concreto.

Na primeira fase, percebe-se que o princípio da limitação orçamentária sequer fora usado, eis que existiam verbas que poderiam ter sido facilmente utilizadas para custear medicamentos e tratamentos sem necessariamente terem sido retiradas verbas da saúde.

Assim, entendemos que o magistrado deve, necessariamente, tentar solucionar as demandas sobre saúde em geral, verificando, inicialmente, a existência de verbas excessivas, o que, na visão deste trabalho, não se configura como invasão de competência ou mesmo uma judicialização.

Com efeito, não havendo verbas supérfluas nos entes federativos, entra em cena, para confrontar o princípio da dignidade humana do postulante, o princípio da limitação das verbas estatais. Como falado alhures, foi observado nas ações que se deferia ou não se deferia o tratamento<sup>196</sup>.

Percebe-se que por terem existido esses dois extremos, a teoria da proporcionalidade mostrada aqui nas palavras de Alexy, e sobretudo, a teoria do núcleo fundamental foram desrespeitados.

Entendemos, pois que o ideal seria encontrar um ponto de equilíbrio, tornando as decisões judiciais mais justas, garantindo segurança jurídica aos jurisdicionados, e que por fim, atendesse a toda a construção doutrinária do princípio da proporcionalidade e do núcleo fundamental.

Vale dizer que tais criações jurídicas, frutos de longos lapsos temporais, tanto para seu surgimento, quanto para seu aprimoramento tecnológico, não podem simplesmente ser descartadas na construção jurisprudencial dos casos apresentados e de outros a ele assemelhados, que porventura enfrente o magistrado.

Desta maneira, em não havendo realmente orçamento supérfluo dos entes federativos, para que seja respeitado as duas teorias aqui levantadas entendemos que deve, inicialmente, o

---

<sup>196</sup> No caso da Retinose Pigmentar, apesar de não ter existido decisão diferente, houve divergência entre os ministros, quanto à possibilidade ou não de tratamento, inclusive com o voto do relator vencido. Nas decisões dos ministros, houve o mesmo comportamento, ou se deferia ou não se deferia sem que houvesse um meio termo.

magistrado, oferecer o valor do tratamento alternativo<sup>197</sup> para o requerente, na condição que esse deva complementar o valor para o tratamento principal pleiteado.

Por exemplo, se o tratamento em Cuba custa em torno de R\$ 38.000,00 (trinta e oito mil), (pedido principal), e o tratamento realizado no Brasil (pedido alternativo), custa em torno de R\$ 12.000,00 (doze mil), diante dessa situação deveria o magistrado disponibilizar a verba de R\$ 12.000,00 para o autor, caso o mesmo prefira o tratamento mais dispendioso, isto é, o realizado em Cuba. Sendo assim, o autor poderia realizar tal tratamento, financiando-o, parte com seus próprios recursos e parte com o valor disponibilizado pelo ente federativo. Tal raciocínio poderia também ser aplicado ao financiamento do tratamento de retinose pigmentar.

Ainda no segundo estágio, deveria ainda existir um cálculo-matemático elaborado e fixado através de lei ou resolução, ou na inexistência desses, o Poder Judiciário poderia criar seu próprio cálculo-matemático, aplicável somente em casos de medicamentos/tratamentos muito caros, retirando uma ínfima quantia de cada usuário do SUS, para que complementasse o valor do tratamento<sup>198</sup>.

Esses cálculos, porém, só deveriam ser utilizados caso o valor do tratamento alternativo fosse menor que o seu resultado. Além disso, entende o presente trabalho que o Estado não poderia custear 100% dos tratamentos/medicamentos pleiteados, haja vista o próprio princípio do direito à saúde da população estar alicerçado sobre o princípio da supremacia do interesse coletivo. Devendo, portanto, existir um limite percentual para o tratamento.

Aliás, em caso de deferimento de 100% do pedido pleiteado, entende este trabalho científico que estaria o Judiciário invadindo a competência do Poder Executivo, em evidente inconstitucionalidade, havendo nesse caso, um ativismo prejudicial para sociedade.

---

<sup>197</sup> Resolveu-se chamar de “tratamento principal” aquele pleiteado pelo autor e “tratamento alternativo” o segundo tratamento, que apesar de não ter sido solicitado pelo autor também é viável.

<sup>198</sup> Vale dizer que os cálculos específicos vêm sendo usado maciçamente nas ações judiciais, sobretudo nas ações de indenização. Veja-se, por exemplo, o julgado seguinte: Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IDADE DE EXPECTATIVA DE VIDA DO RECLAMANTE. DANOS MATERIAIS. INDENIZAÇÃO. PAGAMENTO EM PARCELA ÚNICA. OMISSÃO. ACOLHIMENTO. Silente a decisão embargada sobre a idade do reclamante a ser considerada como sua expectativa de vida, de modo a permitir o cálculo da indenização por danos materiais, a ser paga em parcela única, cumpre acolher os embargos de declaração, para sanar a omissão, registrando a idade de 73,6 anos como sua expectativa de vida, consoante informações colhidas em sítio do IBGE. Embargos de declaração acolhidos. (TST - EMBARGOS DECLARATÓRIOS. RECURSO DE REVISTA: ED-RR 9954800472006509 9954800-47.2006.5.09.0021).

Neste caso, deve o requerente optar por um dos valores encontrados, preferindo, possivelmente, pelo de menor valor. Esse valor, por sua vez, só poderia ser liberado em caso de efetiva comprovação, por parte do requerente, da disposição da parcela restante para que fosse integralizado.

Fica, por fim, nosso alerta sob a concepção da abrangência do direito à saúde. Não pode o magistrado, no segundo estágio, simplesmente custear todo tratamento vultoso, sabendo que o valor disponibilizado para o mesmo fará falta para grande maioria da população. Não pode ainda o magistrado ter tal decisão sob o manto do direito à saúde.

O discurso aparentemente emocionante a respeito do direito à saúde, igualdade, etc., encobre-se sob falsos conceitos e acaba pondo em cheque o próprio direito à saúde da sociedade.

Não se poderá, também, simplesmente, adotar o extremo oposto na negativa do direito ao requerente, deixando de lado seus direitos mais caros, compilados no ordenamento jurídico. Seguir o extremo oposto é negar o direito à saúde e à vida dos indivíduos, fechando, assim os olhos para as normas constitucionais.

Chega-se, pois, ao final deste trabalho, e mais um caminho desconhecido fora desvendado para os próximos que quieram passar pelo caminho trilhado ou simplesmente utilizar parte dele para se chegar a outro.

Desejamos fervorosamente, que a solução encontrada possa ser utilizada também para solução de todos os casos assemelhados, qual sejam, os casos de tratamentos e medicamentos de altíssimos custos para os cofres públicos, em que haja uma saída viável, resguardando-se tanto o direito da sociedade, sem deixar de lado o interesse individual havendo, portanto, uma proporcionalidade entre ambos.

## REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Victor V. Carneiro de. **O princípio da separação dos poderes e o exercício da função normativa pelo Executivo: paralelo entre o direito norte-americano e o brasileiro.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19878>>. Acessado em: 17/02/2014.
- ADEODATO, João Maurício. **Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites.** Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, vol. 1, n. 2, 2004. p. 178.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales.** Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p.112.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2008, p. 473.
- ALMEIDA FILHO, Agassiz. **Controle de inconstitucionalidade em Portugal.** Revista de informação legislativa, Brasília, v.38, p. 115-133, Out./dez. 2001.
- AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. **Há direitos acima dos orçamentos? Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 99 – 100.
- ANDRADE, Zenaida Tatiana Monteiro. **Da efetivação do direito à saúde no Brasil.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9037](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9037)>. Acessado em 12/02/2014.
- ANDRÉ, Alencar. **Entenda a aplicabilidade das normas constitucionais.** Disponível em: <<http://www.vestcon.com.br/artigo/entenda-aplicabilidade-dasnormasconstitucionais.aspx>>. Acessado em 27/02/2014.
- ANTIGA JR., José Luiz. **Hermenêutica Jurídica.** Disponível em: <[http://www.antigaadvogados.com.br/professor/pro\\_1314194788.pdf](http://www.antigaadvogados.com.br/professor/pro_1314194788.pdf)>. Acessado em: 10/02/2013.
- ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa. **A limitação da responsabilidade estatal pelo princípio da reserva do possível.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12762](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12762)>. Acessado em 14/02/2014.
- ARAUJO, Fabiola Souza. **A atuação do Advogado-Geral da União na ação direta de inconstitucionalidade: compreensão inicial do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-atuacao-do-advogado-geral-da-uniao-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-compreensao-inicial-do-supremo-tr,43795.html>>. Acessado em: 03/03/2014.
- ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Ações judiciais em defesa dos direitos fundamentais: em busca de solução para casos concretos.** In. DIAS, Jean Carlos; KLATAU FILHO, Paulo. (org.) **Direitos Fundamentais, Teoria do Direito e Sustentabilidade.** ed. 1. Editora método. Centro de Ensino Superior do Pará. Cap. 5. p. 97-105

ATIVISMO, in **Dicionário Michaelis da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portuguesportugues&palavra=ativismo>>. Consultado em: 19/02/2014.

ATIVISMO, in **Dicionário Priberam da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/ativismo>>. Consultado em: 19/02/2014.

ÁVILA, André Cambuy. **O ativismo judicial e a separação dos poderes em Montesquieu: uma releitura necessária no Brasil**. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/701/479>> > Acessado em: 20/02/2014.

BAQUER, Lorenzo Martín- Retortillo; PARDO, Ignacio de Otto y. **Derechos fundamentales y Constitución**. Madrid: Editorial Civitas, 1992, p. 126.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 126.

BARRETO, Débora Regina. **O princípio da supremacia do interesse público sobre o particular**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1893](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1893)>. Acessado em: 11/02/2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica?pagina=2](http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=2)>. Acessado em: 16/02/2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. In: Temas de direito constitucional, tomo IV, 2009, no prelo.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Revista de Direito Social, 34/11, abr- jun 2009. p. 09 .

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível no endereço eletrônico: <[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf)> Acessado em [02/11/2012](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf).

BARROSO, Luís Roberto; BARCELOS, Ana Paula. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Disponível em: <[http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti\\_histdirbras.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf)> Acessado em: 28/03/2012. p. 36.

BASTOS, João Felipe Bezerra; CARVALHO, Felipe Bruno Santabaya de. **O ativismo judicial e a nova hermenêutica constitucional**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12025](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12025)>. Acessado em 17/02/2014.

BATISTELLA, Carlos. **Saúde, doença e cuidado: complexidade teórica e necessidade histórica.** Disponível em: [http://www.epsjv.fiocruz.br/pdtsp/index.php?livro\\_id=6&area\\_id=4&autor\\_id=&capitulo\\_id=13&arquivo=ver\\_conteudo\\_2](http://www.epsjv.fiocruz.br/pdtsp/index.php?livro_id=6&area_id=4&autor_id=&capitulo_id=13&arquivo=ver_conteudo_2)>. Acessado em 10/02/2014. p. 03.

BERNARDI, Mariana Rocha. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13452](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13452)>. Acessado em: 12/02/2014.

BORGES, Danielle da Costa Leite; UGÁ, Maria Alicia Dominguez. **Conflitos e impasses da judicialização na obtenção de medicamentos:** as decisões de 1ª instância nas ações individuais contra o Estado do Rio de Janeiro, Brasil, em 2005. Caderno de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 26, n. 1, p.59-69, jan. 2010.

BRAGA JÚNIOR. José Mário. **Neoconstitucionalismo e a Constituição brasileira de 1988.** Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2708&idAreaSel=16&seeArt=yes>>. Acessado em 22/10/2013.

BRASIL. **Código Civil brasileiro.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acessado em: 18/02/2014.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acessado em: 18/02/2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acessado em: 20/04/2014.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (De 25 De Março De 1824).** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acessado em 18/02/2014.

BRASIL. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão.** Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acessado em: 17/02/2014.

BRASIL. **Código de processo civil.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm)>. Acessado em: 23/06/2014.

BRASIL. **Lei nº 1.060 estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/11060.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11060.htm)>. Acessado em: 23/06/2014.

BRASIL, **Lei nº 8.080** de 19 de setembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm)>. Acessado em: 19/03/2014.

BRASIL, **Lei nº 9.313**: dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19313.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19313.htm)> Acessado em: 17/06/2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº: 858899. Relator: José Delgado. **Diário da Justiça**. Brasília. 30 agosto 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 3852. Relator (a): Ministro Gilmar Mendes. Origem: Nº 2009.0001.001596-1 do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº: 325.337. Relator (a): Ministro José Delgado. **Diário da Justiça**, Brasília, 21 novembro 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no agravo de instrumento nº: 553712. Relator (a): Ministro Ricardo Lewandowski. **Diário da Justiça**. Brasília, 19 maio 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 403806. Relator (a): Ministro Cezar Peluso. **Diária da Justiça**. Brasília, 20 julho 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso especial nº: 161.243. Relator (a): Ministro Carlos Velloso. **Diário da justiça**. Brasília, 19 fev. 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso especial nº: 215.267. Relator (a): Ministra Ellen Gracie. **Diário da justiça**. Brasília, 24 maio 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº: 607381 SC. Relator (a): Ministro Luiz Fux. **Diário da Justiça**, Brasília, 16 junho 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF limita fornecimento de medicamentos excepcionais e de alto custo pelo estado de Alagoas**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69197>>. Acessado em: 13/02/2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.397.076. Relator (a): Ministra Eliana Calmon. **Diário da justiça**. Brasília, 03 dezembro 2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 421402 DF. Relator (a): Ministro Dias Toffoli, **Diário Oficial**. Brasília, 28 maio 2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 368564. Relator (a): Ministro Menezes Direito. **Diário da justiça**. Brasília, 10 agosto 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de segurança nº 8.895. Relator (a): Ministra Eliana Calmon. **Diário da justiça**. Brasília, 07 de junho de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 650085. Relator (a): Ministra Cármen Lúcia. **Diário da justiça**. Brasília, 19 setembro 2011.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Embargos declaratórios: nº 9954800472006509. Relator (a): Hugo Carlos Scheuermann. Brasília. **Diário eletrônico da Justiça do Trabalho**. 04 out. 2013.

BRASIL, Tribunal Regional Federal 1ª região. Apelação Cível nº 25348. Relator: Desembargador Federal João Batista Moreira. **Diário da Justiça**: 09 nov. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1522.

CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. **Ativismo judicial em crise**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12781>>. Acessado em: 17/02/2014.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem**. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010444782004000200011](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010444782004000200011)>. Acessado em: 20/02/2014.

CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia**. Disponível em: <[http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu\\_n9\\_cittadino.pdf](http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf)>. Acessado em: 20/02/2014, p. 105.

CORRÊA, Carlos Romeu Salles. **Evolução da doutrina da dignidade da pessoa humana**. p. 01 Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23950>>. Acesso em: 11/02/2014.

CORREIA, Carlos Eduardo Moreira. **Em favor da jurisdição constitucional e do ativismo judicial**. Disponível em: <[http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/Em\\_favor\\_da\\_jurisdi%C3%A7%C3%A3o\\_constitucional\\_e\\_do\\_ativismo\\_judicial](http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/Em_favor_da_jurisdi%C3%A7%C3%A3o_constitucional_e_do_ativismo_judicial)>. Acessado em: 26/02/2014.

COUCEIRO, Julio Cezar. **Princípio da separação de poderes em corrente tripartite**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo\\_id=10678&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10678&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acessado em 18/02/2014.

COULANGES, Fustel Numa-Denys. **A cidade antiga**. Ed.4. São Paulo: Editora das Américas S.A. 1961.. Tradução de Frederico Ozanan Pessoa Barros. Título original: La Cité Antique-Étude sur le Culte, le Droit, les Institutions de la Grèce, et de Rome. p. 11.

CRUZ, Gabriel Soares. **A (não) interrupção dos serviços públicos em caso de inadimplemento**. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2305&idAreaSel=1&seeArt=yes>>. Acessado em: 12/02/2014.

DIAS, Antônio José. **A saúde pública no Brasil colonial**. Disponível em: <<http://profjaborritmo.blogspot.com.br/2012/08/a-saude-publica-no-brasil-colonial.html>>. Acessado em 10/02/2014. p. 01.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais?** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11750](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750)> Acessado em: 22/10/2013, página 01.

DOBARRO, Sergio Leandro Carmo. **A correlação entre dignidade da pessoa humana e fraternidade.** Disponível em: <<http://www.univem.edu.br/jornal/materia.php?id=391>>. Acessado em: 11/02/2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/Dworkin\\_DireitosSerio.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Dworkin_DireitosSerio.pdf)> Acessado em: 21/04/2014. p. 215.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins fontes, 1999. p. 451-452.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS. **Eliana Calmon defende ativismo judicial em favor dos direitos das crianças.** Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/2013/08/eliana-calmon-defende-ativismo-judicial-em-favor-dos-direitos-das-criancas/>>. Acessado em: 26/02/2014.

FERREIRA, Hugo Barbosa Torquato. **Controle externo da administração pública: hipóteses de determinação judicial de cumprimento de norma programática.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21429>>. Acessado em: 25/02/2014.

FGV. **Diretrizes do Estado Novo (1937 - 1945) Constituição de 1937.** Disponível em: <<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos37-45/PoliticaAdministracao/Constituicao1937>>. Acessado em: 18/02/2014.

GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos direitos humanos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 188.

GARCIA, Emerson. **O direito à educação e suas perspectivas de efetividade.** Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5847>>. Acessado em: 25/07/2009.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12921>>. Acessado em: 16/02/2014.

GOULART, Elias; BERGAMINI, Ricardo; ARRUDA, José J. de. **Movimentos políticos-culturais: O Iluminismo.** Disponível em: <[http://www.passeiweb.com/estudos/sala\\_de\\_aula/historia/hist\\_cont\\_iluminismo\\_despotismo\\_esclarecido](http://www.passeiweb.com/estudos/sala_de_aula/historia/hist_cont_iluminismo_despotismo_esclarecido)>. Acessado em: 11/02/2014.

GOUVÊA. Carlos Portugal. **Judicialização da saúde.** Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/judicializacao-da-saude/11957>>. Acessado em: 05/03/2014.

HISTÓRIA BRASILEIRA. **Poder Moderador.** Disponível em: <<http://www.historiabrasileira.com/brasil-imperio/poder-moderador/>>. Acessado em: 18/02/2014.

**IG. Medicamentos reduzem em 96% o risco de transmissão de HIV.** Disponível em: <<http://saude.ig.com.br/minhasaude/medicamentos+reduzem+em+96+o+risco+de+transmissao+de+hiv/n1596949084311.html>> Acessado em: 16/02/2014.

**JSADMIN. Assistência Médica Universal.** Disponível em: <<http://josesarney.org/o-politico/presidente/politicas-do-governo/assistencia-medica-universal/>>. Acessado em: 22/10/2013.

**JUSBRASIL. MP recomenda ao Município de Itabuna que cancele o “Carnaval Antecipado.”** Disponível em: <<http://mp-ba.jusbrasil.com.br/noticias/112354425/itabuna-cancela-carnaval-antecipado>> Acessado em: 06/03/2014.

**JUSBRASIL. Pau dos Ferros: MP recomenda Município se abster de gastos com FINECAP.** Disponível em: <<http://mp-rn.jusbrasil.com.br/noticias/100670020/pau-dos-ferros-mp-recomenda-municipio-se-abster-de-gastos-com-finecap>>. Acessado em: 06/03/2014.

**JUSBRASIL. Portadora de doença degenerativa não devolverá valor recebido da União para tratar doença no exterior.** De acordo com o relator do STJ, deve ser vedada a cobrança do dinheiro recebido de boa-fé. Disponível em: <<http://oab-rs.jusbrasil.com.br/noticias/170316/portadora-de-doenca-degenerativa-nao-devolvera-valor-recebido-da-uniao-para-tratar-doenca-no-exterior-de-acordo-com-o-relator-do-stj-deve-ser-vedada-a-cobranca-do-dinheiro-recebido-de-boa-fe>>. Acessado em: 25/02/2014. Acessado em: 03/03/2014.

**JUSBRASIL. Promotor apura possíveis gastos desnecessários pela Agecom.** Disponível em: <<http://mp-go.jusbrasil.com.br/noticias/3141802/promotor-apura-possiveis-gastos-desnecessarios-pela-agecom>>. Acessado em: 06/03/2014.

**JUSBRASIL. Ságua terá que explicar gastos de R\$ 7,7 milhões com buffet de luxo em educação entre as piores do Brasil.** Disponível em: <<http://24-horas-news.jusbrasil.com.br/noticias/100643064/saguas-tera-que-explicar-gastos-de-r-7-7-milhoes-com-buffet-de-luxo-em-educacao-entre-as-piores-do-brasil>>. Acessado em: 06/03/2014.

**JUSBRASIL. STF limita fornecimento de medicamentos excepcionais e de alto custo pelo estado de Alagoas.** Disponível em: <<http://inst-rui-barbosa.jusbrasil.com.br/noticias/3657/stf-limita-fornecimento-de-medicamentos-excepcionais-e-de-alto-custo-pelo-estado-de-alagoas-05-03-2007>> Acessado em: 05/03/2014.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha:** os descaminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002, pp. 108-109.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 16. ed. São Paulo. Saraiva, 2012. p. 481.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo.** Coleção *Os pensadores*, Vol. XVII. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 93.

LOTTENBERG, Claudio Luiz; YASAKI, Erika Sayuri. **Retinose pigmentar: Chip de retina e terapia gênica são algumas esperanças para o tratamento dessa doença degenerativa.** Disponível em: <<http://www.einstein.br/einstein-saude/pagina-einstein/Paginas/retinose-pigmentar.aspx>> Acessado em: 18/11/2013.

MACHADO, Clara Cardoso. **Controle jurisdicional de constitucionalidade e abstrato de Lei Orçamentária:** análise da ADI 4.048-1/DF. Disponível em: <[http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/controle\\_de\\_lei\\_orcamentaria\\_clara\\_cardoso.pdf](http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/controle_de_lei_orcamentaria_clara_cardoso.pdf)>. Acessado em: 06/05/2014.

MARQUES. Lucimara dos Santos. **A saúde pública e o direito Constitucional brasileiro.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4643](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4643)>. Acessado em: 22/10/2013.

MARREIRO, Cecília Lôbo. **A interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana no atual contexto da Constituição brasileira.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23382>>. Acesso em: 10/02/2014.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade:** o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. Novos Estudos CEBRAP, no. 58. Novembro de 2000, p. 186-187.

MÉDICOS SEM FRONTEIRA. **Medicamento para HIV ficam mais baratos, mas patentes mantêm novos remédios inacessíveis.** Disponível em: <<http://www.msf.org.br/noticias/1689/medicamentos-para-hiv-ficam-mais-baratos-mas-patentes-mantem-novos-remedios-inacessiveis/>>. Acessado em: 16/02/2014.

MELLO FILHO, Rogério Machado. **A Aplicação do Direito sob a ótica das escolas de interpretação das normas jurídicas.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/rev\\_50/artigos/art\\_rogerio.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_50/artigos/art_rogerio.htm)>. Acessado em: 10/02/2013.

MELLO, Celso de. **Discurso proferido pelo ministro Celso de Mello, em nome do supremo tribunal federal, na solenidade de posse do ministro Carlos Ayres Britto na presidência da suprema corte do Brasil, em 19/04/2012.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>>. Acessado em: 26/02/2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 96.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 171.

MENDES, Gilmar. **Discurso por ocasião de sua posse na presidência do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <[https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&ved=0CDAQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.gilmarmendes.org.br%2Findex.php%3Foption%3Dcom\\_phocadownload%26view%3Dcategory%26download%3D143%3Adiscurso-por-](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&ved=0CDAQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.gilmarmendes.org.br%2Findex.php%3Foption%3Dcom_phocadownload%26view%3Dcategory%26download%3D143%3Adiscurso-por-)>

[ocasio-de-sua-poses-na-presidencia-do-supremo-tribunal-federal%26id%3D39%3Aatos%26itemid%3D78%26start%3D40&ei=ad0NU\\_qMB4HjsASFsoLIDg&usg=AFQjCNEKkJsAr0TNif2ZFuunOGzVcDw7nw](http://casas-de-sua-poses-na-presidencia-do-supremo-tribunal-federal%26id%3D39%3Aatos%26itemid%3D78%26start%3D40&ei=ad0NU_qMB4HjsASFsoLIDg&usg=AFQjCNEKkJsAr0TNif2ZFuunOGzVcDw7nw)>. Acessado em: 26/02/2014.

MENDONÇA, Helena Karoline; BERTUOL, Mayara Karoline. **Direitos de segunda geração**: o problema da efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2045/2125>>. Acessado em 22/10/2013.

MERCADANTE, Otávio Azevedo. **Evolução das políticas e do sistema de saúde no Brasil**. Disponível em: <<http://www.fiocruz.br/editora/media/04-CSPB03.pdf>>. Acessado em: 22/10/2013. p. 01.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional Federal 1ª região. Apelação cível nº: 200238000344262. Relator (a): Juiz federal Grigório Carlos Dos Santos. **Diário da justiça**, 30 julho 2013.

MINISTÉRIO PÚBLICO DA BAHIA. **O princípio da dignidade da pessoa humana a partir da constituição federal de 1988**. Disponível em: <<http://www.mpba.mp.br/atuacao/cidadania/nudh/publicacoes/oprincipiodadignidadehumana.pdf>>. Acessado em: 11/02/2014.

MOLIÈRE, Jean. Disponível em: <<http://frases.globo.com/jean-moliere/10239>>. Acessado em 11/02/2014.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das leis**. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2000. p. 181.

MORAES, Daniela Pinto Holtz. **Efetividade dos direitos sociais**: reserva do possível, mínimo existencial e ativismo judicial. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7701](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7701)>. Acessado em: 12/02/2014.

NASCIMENTO, Suélen Pereira Coutinho do. **Mínimo existencial versus reserva do possível**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/antoniopires/2013/04/14/minimo-existencial-x-reserva-do-possivel/>>. Acessado em 12/02/2014. p. 01.

NOTÍCIAS SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Celso Mello defende ativismo judicial do Supremo e pesquisas científicas**. Disponível em: <<http://m.stf.jus.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=87586>> Acessado em: 18/06/2014.

NUNES, Thâmylla da Cruz. **A propaganda governamental como empecilho para a utilização do princípio da reserva do possível e do mínimo existencial como tese de defesa no âmbito do poder judiciário e do chamado “ativismo judicial”**. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/923/629>. Acessado em: 06/03/2014.

OLIVEIRA, Alexandre Machado de. **Princípios do direito tributário**. Disponível em: <<http://www.ambito->

[juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7866](http://juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7866)>. Acessado em: 06/05/2014.

OLIVEIRA, Marcelo Henrique Matos. **Ações coletivas no direito brasileiro**. Disponível em: < [http://www.oabuberaba.org.br/db/artigos/artigo\\_marcelohenrique.pdf](http://www.oabuberaba.org.br/db/artigos/artigo_marcelohenrique.pdf)>. Acessado em: 27/02/2014.

**ORIGEM DA PALAVRA**. Disponível em: <<http://origemdapalavra.com.br/site/>>. Acessado em 19/02/2014.

PADURARU, Carmem. **Contribuições da Roma antiga**. Disponível em: < [http://www.ehow.com.br/contribuicoes-roma-antiga-info\\_5583/](http://www.ehow.com.br/contribuicoes-roma-antiga-info_5583/)>. Acessado em 10/02/2014. p. 01.

PARANÁ. Tribunal de justiça. Mandado de segurança n ° 0160648-0. Relator: Espedito Reis do Amaral. **Diário da justiça**. 03 março 2006.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº: 2399097. Relator (a): Ricardo de Oliveira Paes Barreto. **Diário Oficial**. 09 junho 2013.

PESSOA, Eudes André. **A Constituição Federal e os direitos sociais básicos ao cidadão brasileiro**. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9623](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9623)>.

PREVIDÊNCIA SOCIAL. **Histórico**. Disponível em: < <http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/historico/>>. Acessado em 06/03/2014.

RADUSEWSKI, Ian Carvalho. **Vantagens e Desvantagens do Ativismo Constitucional**. Disponível em: <[http://academico.direitorio.fgv.br/wiki/Vantagens\\_e\\_desvantagens\\_do\\_ativismo\\_judicial](http://academico.direitorio.fgv.br/wiki/Vantagens_e_desvantagens_do_ativismo_judicial)>. Acessado em: 26/02/2014.

RAMIM, Áurea. **Curso de Direito Administrativo**. Disponível em: < [https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&ved=0CE0QFjAG&url=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Frepositorio%2Fcms%2FportalTvJustica%2FportalTvJusticaNoticia%2Fanexo%2FCurso\\_de\\_Direito\\_Administrativo\\_Aurea\\_Ramim.doc&ei=11T7Up\\_8MdT5kQfX8IDQBA&usq=AFQjCNHg91IzCAsKKgNjEHq0-9kkMli2ig&bvm=bv.61190604,d.eW0](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&ved=0CE0QFjAG&url=http%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Frepositorio%2Fcms%2FportalTvJustica%2FportalTvJusticaNoticia%2Fanexo%2FCurso_de_Direito_Administrativo_Aurea_Ramim.doc&ei=11T7Up_8MdT5kQfX8IDQBA&usq=AFQjCNHg91IzCAsKKgNjEHq0-9kkMli2ig&bvm=bv.61190604,d.eW0)>. Acessado em: 12/02/2014.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 308.

RESENDE, Lucas Franco. **O fenômeno do ativismo judicial**. Disponível em: < [http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id\\_dh=9419](http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=9419)>. Acessado em: 16/02/2014.

REVISTA ÉPOCA. **O paciente de 800 mil**. Disponível em: < <http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>> Acessado em: 14/05/2014.

RIBEIRO, Helena. **Saúde pública e meio ambiente: evolução do conhecimento e da prática, alguns aspectos éticos.** Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010412902004000100008&script=sci\\_arttext#back1](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010412902004000100008&script=sci_arttext#back1)>. Acessado em 10/02/2014. p. 01.

RIO GRANDE DO NORTE. **TJRN.** Processo digital nº 0023694-17.2010.8.20.0001.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº: 2008.012612-6. Desembargador Aderson Silvino, j. **Diário Oficial.** Natal, 28 de abril de 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº: 70043907955. Relator (a): Luiz Felipe Brasil Santos. **Diário da Justiça.** Porto Alegre, 09 set. 2011.

RIOS, Thiago Meneses. **O conflito entre o princípio da separação dos poderes e a judicialização da saúde.** Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13687](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13687)>. Acessado em 18/02/2014.

RODRIGUES, Arthur Martins Ramos. **A colisão entre direitos fundamentais.** Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/arthur\\_martins\\_ramos\\_rodrigues.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/arthur_martins_ramos_rodrigues.pdf)>. Acessado em: 06/03/2014.

SAMPAIO, Marcos. **O constitucionalismo brasileiro e conteúdo essencial dos direitos fundamentais.** Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8904](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8904)>. Acessado em 16/02/2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº: 599707. Relator (a): Desembargador Ricardo Roesler. **Diário Oficial,** Florianópolis, 29 de junho de 2009.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 20100637619 SC 2010.063761-9. Relator (a): Desembargador Luiz César Medeiros. **Diário Oficial.** São Miguel do Oeste, 29 junho 201.

SANTOS, Mayara Araújo dos. **Direito Fundamental à saúde e a responsabilidade solidária entre os entes federativos.** Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12431](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12431)>. Acessado em 12/02/2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 8. Ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2010, p. 32.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)>. Acessado em: 12/02/2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 30.

SARMENTO, Daniel (Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas.** Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007. p. 144.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de interesses na Constituição Federal.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p.32.

SERGIPE. **Judicialização da Saúde será discutida nesta segunda-feira, 13.** Disponível em: <<http://aquiacontece.com.br/noticia/2013/05/11/judicializacao-da-saude-sera-discutida-nesta-segundafeira-13>>. Acessado em: 06/03/2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 808.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. **Reserva do possível e o mínimo existencial: embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias.** Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13621&revista\\_caderno=4](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13621&revista_caderno=4)>. Acessado em: 05/03/2014.

STOCO, Ruy. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudência.** ed. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p.22.

STRECK, Lenio Luiz. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>> Acessado em: 25/04/2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Decisão histórica do Supremo põe fim ao nepotismo no Judiciário.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115820>>. Acessado em: 28 de março de 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **A Constituição e o Supremo.** Disponível Em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201814>>. Acessado em: 23/06/2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Primeira turma garante tratamento em Cuba aos portadores de doença ocular.** <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=177147>>. Acessado em: 22/10/2013. p. 01.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STA nº 91, Relator Ministro Eros Grau, Data de julgamento: 26/02/2007. Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acessado em: 10/01/2009.

TERRA. **Programa da ONU vê Brasil como referência no tratamento da AIDS.** Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/programa-da-onu-ve-brasil->

[comoreferencianotramentodaids.fd0e0970847ea310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html](http://comoreferencianotramentodaids.fd0e0970847ea310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html).  
Acessado em: 16/02/2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA RIO GRANDE DO NORTE. **Justiça nega tratamento milionário contra o Estado.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=visualiza\\_noticia&id\\_caderno=20&id\\_noticia=63547](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=visualiza_noticia&id_caderno=20&id_noticia=63547)>.  
Acessado em 06/03/2014.

UOL. **Estado Novo (1937-1945):** A ditadura de Getúlio Vargas. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/estado-novo-1937-1945-a-ditadura-de-getulio-vargas.htm>>. Acessado em: 18/02/2014.

VEJA. **Copa: atuação do TCU já impede desperdício de R\$ 600 mil.** Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/esporte/copa-atuacao-do-tcu-ja-evita-desperdicio-de-r-600-mi>>. Acessado em: 06/03/2014.

VIAL, Sandra Regina Martini. Democracia, direito e saúde: do direito ao direito à saúde. In. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica:** anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. Cap. 13, p. 187-215.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **O princípio da supremacia do interesse público:** Uma visão crítica da sua devida conformação e aplicação. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9092](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9092)>. Acessado em 11/02/2014.

VITALI, Conrado - Assessoria de Comunicação Grupo Projeção. **Para saber mais: Ativismo Judicial.** Disponível em: <<http://www.faculdadeprojecao.edu.br/br/noticia/NoticiaIntegra.aspx?idn=2514>>. Acessado em: 16/02/2014.

**YABIKU.** Roger Moko. **Direito Constitucional aplicado à profissão.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6913/direito-constitucional-aplicado-a-profissao>>. Acessado em: 22/10/2013. p. 01.

## APÊNDICE

Nas situações em que o autor da ação tenha assegurado liminarmente seu tratamento e, logo após o término do mesmo houver perda da liminar, neste caso deve o requerente repor o dinheiro aos cofres público? Houve vários casos nesse sentido.

A título de conhecimento, selecionou-se um caso específico para exemplificar a questão. Esse foi um caso real que ocorreu com o senhor ANDRÉ GARCIA MORAIS, que ajuizou ação no Estado do Ceará, pleiteando o tratamento da retinose pigmentar em Havana. Inicialmente, o autor foi vitorioso, tendo sido concedida a liminar, onde obteve a verba de R\$ 36.468,60 para fazer o respectivo tratamento.

Os autos da ação não deixam claro se o postulante obteve sucesso no tratamento, conquanto evidenciou-se que já fora realizado o tratamento, e que, após o exaurimento do tratamento terapêutico, perdera a liminar conquistada.

Deste modo, a União solicitou ao Tribunal Regional Federal (CE 2013/0258091-7), o ressarcimento do valor utilizado pelo autor, no entanto, este desconsiderou o pedido.

A União, por outro lado, ainda insatisfeita, interpôs Recurso Especial, para reverter à decisão. No entanto, não foi possível a análise do mérito ante a falta de prequestionamento. Ver-se, então, a ementa do Tribunal *a quo*:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. TRATAMENTO DE SAÚDE NO EXTERIOR. PORTADOR DE RETINOSE PIGMENTAR. VALORES PAGOS POR FORÇA DE LIMINAR EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA POSTERIORMENTE REVOGADA. REPOSIÇÃO AO ERÁRIO. BOA-FÉ. IMPOSSIBILIDADE.

1. Apelação manifestada pela União em face de sentença que indeferiu pretensão autoral no sentido do ressarcimento de valores percebidos (R\$ 36.468,60), para tratamento de saúde no exterior, obtidos por força de liminar em sede de mandado de segurança, posteriormente revogada.

2. Descabido à Administração exigir a devolução de quantias pagas em virtude de decisão judicial, posteriormente modificada, em razão da impossibilidade de se afastar a presunção de que as mesmas foram percebidas de boa-fé, cujo objetivo destinou-se a custear tratamento médico de natureza urgente no exterior (Havana, Capital da República de Cuba), em face de o favorecido ser portador de doença ocular (retinose pigmentar). Precedentes das 1ª e 3ª Turmas desta Corte.

### 3. Apelação improvida<sup>199</sup>.

Vale ressaltar que o entendimento em questão é atual, tendo sido diferente até 2003, quando no ano seguinte (2004), estendeu-se apenas para esses casos excepcionais a não necessidade de pagamento em caso de perda de liminar/antecipação de tutela<sup>200</sup>.

Entendemos, pois que a celeuma deva ser compreendida sob a ótica da justiça gratuita. Assim, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50, *in verbis*:

Art. 12. A parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita<sup>201</sup>.

Assim, o requerente só deverá custear, posteriormente, o tratamento realizado, caso haja a efetiva comprovação que o requerente tem condições de arcar com o valor liberado pelo Estado.

<sup>199</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.397.076. Relator (a): Ministra Eliana Calmon. **Diário da justiça**. Brasília, 03 dezembro 2013.

<sup>200</sup> JUSBRASIL. **Portadora de doença degenerativa não devolverá valor recebido da União para tratar doença no exterior De acordo com o relator do STJ, deve ser vedada a cobrança do dinheiro recebido de boa-fé**. Disponível em: < <http://oab-rs.jusbrasil.com.br/noticias/170316/portadora-de-doenca-degenerativa-nao-devolvera-valor-recebido-da-uniao-para-tratar-doenca-no-exterior-de-acordo-com-o-relator-do-stj-deve-ser-vedada-a-cobranca-do-dinheiro-recebido-de-boa-fe> >. Acessado em: 25/02/2014.

<sup>201</sup> BRASIL. **Lei nº 1.060 estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados**. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l1060.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm). > Acessado em: 23/06/2014.