

SOB AS INFLUÊNCIAS DO CONSTITUCIONALISMO TERMIDORIANO: A POSTURA DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL ACERCA DO DIREITO À SAÚDE

UNDER THE INFLUENCES OF TERMIDORIAN CONSTITUTIONALISM: THE BEHAVIOR OF THE JUDICIARY IN BRAZIL ABOUT THE RIGHT TO HEALTH

Beatriz Casagrande Fortunato¹

Marcos César Botelho²

RESUMO

Este trabalho investiga o Constitucionalismo Termidoriano, um movimento constitucionalista moderno, no qual verificou-se a necessidade da Constituição para garantir direitos e limitar o poder do governante. Logo, considerando a soberania da Constituição numa sociedade pluralista e aberta, e os juízes como garantes da complexidade estrutural jurídica, são realizados apontamentos sobre o direito constitucional à saúde, que demanda ações positivas por parte do Poder Público para sua efetivação. A não realização dessas ações gera a judicialização da saúde no Brasil, e, conseqüentemente, a interferência do Judiciário em outras esferas que não as que lhe competem. Ademais, a atuação judicial atua na delimitação do direito à saúde, a exemplo da decisão no Recurso Especial nº 1.657.156. Enfim, objetivo é, a partir do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, demonstrar que o Judiciário exerce um poder

¹ Mestranda em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), de Jacarezinho, Paraná, Brasil. Bolsista CAPES/Fundação Araucária. Graduada em Direito pela Univem - Centro Universitário Eurípedes de Marília. E-mail: bia_fortunato@hotmail.com.

² Doutor em Direito Constitucional no programa da Instituição Toledo de Ensino/Bauru-SP (2011). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (2008). Atualmente é advogado da união - Advocacia-Geral da União, lotado na Procuradoria Seccional da União em Campinas/SP. Atuou na Coordenação de Propositura de Ações Não Pró-ativas e de Acompanhamento de Ações Penais, Coordenação de Patrimônio Público e Coordenação Trabalhista na Procuradoria-Regional da União da 3ª Região SP/MS e na Procuradoria-Seccional da União em Marília/SP. Foi Coordenador-Geral de Atos Normativos, Coordenador-Geral de Contencioso Judicial e Coordenador-Geral de Exame de Procedimentos Administrativos, todos na Consultoria Jurídica do Ministério da Defesa. Foi consultor jurídico da delegação brasileira que participou da Convenção sobre Responsabilidade por atos criminosos por pessoal em missões de manutenção de paz - Report about sexual exploitation and abuse in United Nations peacekeeping operations, ocorrida em abril de 2007 nas Nações Unidas, em Nova Iorque. Foi delegado do Ministério da Defesa na 11ª Conferência Nacional dos Direitos Humanos. Foi membro-suplente do Ministério da Defesa no Grupo de Trabalho formado pelos membros da Câmara de Relações Exteriores e Defesa Nacional (CREDEN) e pela Advocacia-Geral da União instituído para elaborar proposta de tópicos que deverão constar de um Projeto de Lei para a Defesa da Soberania e do Estado Democrático de Direito. É professor adjunto vinculado ao programa de mestrado em ciências jurídicas na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), de Jacarezinho, Paraná, Brasil. E-mail: mc_botelho@yahoo.com.br.

tampão acerca da concretização de direitos no Brasil, principalmente quanto ao direito à saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde; Judicialização; Maleabilidade; Poder Judiciário.

ABSTRACT

This article investigates the Thermidorian Constitutionalism, a modern constitutionalist movement in which the need of the Constitution was highlighted to ensure rights and limit the ruler's power. Thus, considering the Constitution sovereignty in a pluralistic and open society, and judges as legal structural guarantors, notes are made on the constitutional right to health, which demands positive actions by the government for its effectiveness. These actions failure cause the judicialization of health in Brazil, and, consequently, the interference of the Judiciary in other spheres that aren't its responsibility. Moreover, judicial action also implies delimitation of the right to health, as has been decided on the Special Appeal 1,657,156. Finally, the objective of this research, based on the deductive method, and the bibliographical and jurisprudential research, is to demonstrate that judiciary exercises a buffer power in regard to the implementation of rights in Brazil, mainly on the right to health.

KEYWORDS: Right to health; Judicialization; Flexibility; Judiciary.

INTRODUÇÃO

A Constituição simboliza um documento formal compilado com os princípios, valores e principais normas de organização de um Estado, preferencialmente democrático, e, dada a presença de vários grupos sociais, uma sociedade plural.

Agradar e satisfazer todos esses grupos exige muito esforço político, dado que as suas reivindicações são variadas e precisam ser adequadas a realidade econômica, política e social de cada Estado.

Por outro lado, existem direitos que qualificam o ser humano enquanto tal, razão pela qual devem ser assegurados a todos, missão, cuja atribuição é do Estado, igualmente, devem habitar a Constituição, dada a dificuldade de modificá-la, o fato dela se impor como o documento mais importante e aplicável a todos os grupos sociais. Nem sempre foi assim, aliás, para se atingir esse cenário foram muitas Constituições e lutas por direitos e poder.

FORTUNATO, Beatriz Casagrande; BOTELHO, Marcos César. Sob as influências do Constitucionalismo termidoriano: a postura do poder judiciário no Brasil acerca do direito à saúde. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.14, n.3, 3º quadrimestre de 2019. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Por conseguinte, a importância da Constituição escapa a posituação normativa, ao texto fechado, ela é aberta aos valores e princípios que carrega e emite, motivo pelo qual eles devem ser efetivados por toda a estrutura estatal, isto é, pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, com o intuito de não haver acúmulo de trabalho entre os poderes, e sim uma harmonização.

Nota-se na realidade contemporânea que o judiciário vem sofrendo um acúmulo de poder no tocante a efetivação dos direitos fundamentais, em especial, do direito à saúde, por isso, procura-se verificar o papel constitucional e do judiciário na sociedade a fim de encontrar as razões do acúmulo e prováveis soluções, partindo de uma análise a partir do método dedutivo, e das técnicas de coleta de dados bibliográficos, documentais, jurisprudenciais e via internet.

1 O CONSTITUCIONALISM *WHIG* OU TERMIDORIANO

Na Idade Moderna, a primeira ideia de Constituição foi a partir da Constituição das Treze Colônias Americanas e da Constituição Francesa, pouco antes delas, instaurou-se um período chamado de Constitucionalismo *Whig* ou Termidoriano.

O termo Constitucionalismo Termidoriano tem suas origens na Revolução Francesa, a partir do Golpe do 9 Termidor, no qual foi determinada a execução de líderes jacobinos como *Robespierre* e *Saint Just*. Nesse movimento, grupos conservadores assumiram o poder, adotando uma linha política pouco revolucionária, e mais ligada a propostas pré-revolucionárias, encerrando um período revolucionário denominado "Terror" da Revolução Francesa³.

Por sua vez, a acepção Constitucionalismo *Whig* remonta ao partido *whig* na Inglaterra do século XVIII, formado pela burguesia liberal e urbana que defendia o poder do Parlamento. Na verdade, os *whigs* não eram propriamente um partido político tal qual na conotação moderna do termo, eles eram grupos de amigos que

³ ASSIS, CHRISTIANE COSTA. O Constitucionalismo Whig e os Limites do Estado de Direito. **Direito Público**, [S.l.], v. 9, n. 49, dez. 2013. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2201>. Acesso em: 11 setembro 2018, p. 201.

se reuniam por laços de amizade e patrocínio pela defesa da origem contratual do governo, no qual o consentimento dos cidadãos proporcionava o Estatuto do Pacto Social, em oposição aos *tories*⁴.

O Constitucionalismo *Whig* possuía duas premissas: primeiro, que a função essencial do governo era proteger os direitos dos indivíduos e, segundo que a função essencial da Constituição era limitar ou controlar o poder governamental, o qual, paradoxalmente, detinha uma tendência inevitável de ameaçar os direitos individuais os quais o governo foi instituído para proteger⁵.

Logo, o constitucionalismo *whig* ou termidoriano serve de base para o movimento constitucionalista da idade moderna, em especial, a Constituição das colônias americanas e a francesa, pois além de, nesses casos, ter-se estabelecido uma Constituição como um documento compilado escrito, a função deste documento era garantir direitos e delimitar o poder do Estado.

Outrossim, até então, a concepção de soberania que se tinha era relacionada à fonte de governo e poder, ou seja, o Estado, a qual foi deslocada, com as Constituições escritas, para o povo, sendo este um dos ideais revolucionários das Constituições americanas⁶.

Pondera Zagrebelsky⁷ que a noção básica de direito do Estado seja no seu âmbito interno (o direito público interno), ou externo (direito internacional) era a soberania da pessoa estatal. Hoje, no entanto, essa noção já não pode ser reconhecida com aquela clareza e como realidade política operante. Desde o fim do século passado, atuam vigorosamente forças corrosivas, tanto interna quanto externamente: o pluralismo político e social interno, que se opõe a ideia de soberania e sujeição, a formação de centros de poder alternativos e concorrentes

⁴ ASSIS, CHRISTIANE COSTA. O Constitucionalismo Whig e os Limites do Estado de Direito. p. 201-202.

⁵ MAYER, David N.. **The English Radical Whig Origins of American Constitutionalism. 70 Washington University Law Quarterly.** 131 (1992). Disponível em: https://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol70/iss1/5. Acesso em: 10 agosto 2018, p. 174. Traduzido por Beatriz Casagrande Fortunato.

⁶ MAYER, David N.. The English Radical Whig Origins of American Constitutionalism. Washington University Law Quarterly. p. 206.

⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.** 3ª Ed. Madrid: Trotta, 1999, p. 11-12.

ao Estado, que operam no campo político, econômico, social e religioso, com frequência, em dimensões totalmente independentes do território estatal, a progressiva institucionalização promovida às vezes pelo próprio Estado, de contextos que integram seus poderes em dimensões supra-estatais, subtraindo, assim, a disponibilidade dos Estados particulares e, inclusive, a atribuição de direitos aos indivíduos que podem fazer valer as jurisdições internacionais frente aos Estados que pertencem.

Observa-se que não houve apenas uma mudança na conceituação ou no trato de soberania, e sim na sua representação e importância, visto que considerar a soberania como poder do Estado remete a poderes arbitrários e desmedidos, de modo que a partir do momento que o povo é o detentor do poder, ele é soberano, tem-se uma ideia de comunidade, uma ideia de sociedade e nação, a partir da qual as escolhas e vontades de todos, externadas na aquisição e validação de direitos fundamentais devem ser realizadas. E deveria haver um documento maior do que todos os existentes que declarasse e se fizesse cumprir ressaltando a soberania do povo, uma composição de seus direitos e da limitação ao poder do Estado, isto é, uma Constituição.

No tocante ao consentimento, este era entendido pelos americanos na era revolucionária, como uma condição necessária e suficiente de poder governamental. Isso porque, ele era utilizado para medir a legitimidade, ou seja, o grau em que o governo se mantinha fiel aos seus fins essenciais, a partir do poder governamental sobre o direito dos indivíduos. A Declaração da Independência estabeleceu de forma explícita e eloquente que todas as pessoas possuem certos direitos inalienáveis, e o governo foi instituído para garanti-los. Consequentemente, todo poder governamental, mesmo que sancionado pela maioria da comunidade política, torna-se ilegítimo quando usado para subverter esses fins essenciais para os quais o governo foi estabelecido, como a preservação do direito à vida, à liberdade e a busca pela felicidade, sendo uma das lições profundas deixadas pelos *whigs* e que não podem ser ignoradas⁸.

⁸ MAYER, David N.. The English Radical Whig Origins of American Constitutionalism. Washington University Law Quarterly. p. 208. Traduzido por Beatriz Casagrande Fortunato.

O Constitucionalismo *whig* e a disseminação das constituições escritas demonstram a necessidade de se manter em um documento compilado os maiores valores de uma nação e a organização do poder, estes valores se expressam a partir da soberania do povo em delegar o poder e a organização da nação a um governante, mas de forma limitada, e, desde que e para que ele possa garantir-lhes seus direitos, inalienáveis e imprescindíveis.

Desta feita, a principal característica das Declarações americanas é a fundamentação dos direitos que precede aos direitos que possa estabelecer o legislador. Os direitos eram um patrimônio subjetivo existente por si, os quais deveriam se manter inalteráveis e protegidos de todas as possíveis ameaças, em especial as externas provenientes do Parlamento inglês e depois as internas que pudessem nascer de um legislador onipotente⁹.

A concepção das Constituições americanas era de que os direitos antecederiam o homem, antes mesmo que eles pudessem ser previstos pelo legislador, por isso, os direitos como o maior patrimônio que o homem possui deveriam ser mantidos e protegidos das ameaças internas e externas.

No contexto atual, os direitos fundamentais, independente da concepção adotada de sua origem, podem ser tidos como um patrimônio subjetivo do ser humano, e que ainda sim, carecem de manutenção e proteção interna e internacional. Sua manutenção se relaciona com a melhor forma de efetivá-los, considerando as necessidades e possibilidades, enquanto que sua proteção implica em sua garantia no território brasileiro e internacional, com vistas também, ao seu cumprimento e realização, de modo que os direitos não podem ser tolhidos ou cassados.

Vigora, atualmente, o chamado neoconstitucionalismo, a fim de efetivar os princípios insculpidos na Constituição, visto que sua efetivação consiste na aplicação prática e na vida cotidiana de cada pessoa, não se apegando apenas ao documento formal escrito, mas sim, aos valores que ele institui.

O neoconstitucionalismo está voltado à realização do Estado Democrático de Direito, por intermédio da realização dos direitos fundamentais. Aposta no Caráter transformador das

⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. p. 54.

Constituições modernas, pois, como utopias de direito positivo, servem como norte capaz de orientar as necessárias mudanças sociais¹⁰.

Por conseguinte, a representação da Constituição como um documento limitador do poder estatal e garantidor de direitos humanos é válida, mas sua conotação nos dias de hoje é ainda maior, a Constituição tem força e amplitude, de tal maneira que funciona como um documento base para as relações sociais e seu aprimoramento a partir dos direitos fundamentais, os quais, enquanto tal, transformam a realidade para melhor, independente de estarem ou não positivados, a Constituição emite valores para além do seu texto, e esses valores também devem ser protegidos, garantidos e efetivados.

2 APONTAMENTOS SOBRE A DUCTIBILIDADE DO DIREITO SEGUNDO GUSTAVO ZAGREBELSKY

Zagrebelsky¹¹ parte do pressuposto de que as sociedades atuais são pluralistas, ou seja, marcadas por vários grupos sociais com diferentes ideologias e interesses governamentais, nenhum deles tem força para colocar como exclusivo ou dominante a ponto de se retornar a concepção de soberania do passado. Por isso, há certo grau de relativismo na sociedade, sendo a função da Constituição realizar as condições de possibilidade da vida em comum, porém sem determinar um projeto específico para tanto.

Logo, o pluralismo em uma Constituição democrática implica em uma proposta de soluções e coexistências possíveis, ou seja, o compromisso das possibilidades e não um projeto rigidamente ordenador que possa se assumir como uma política de força própria *a priori* de cima para baixo. Dessa forma, as Constituições precisam ser abertas a espontaneidade da vida social e da competição para se assumir a direção política, ainda que dentro dos próprios limites constitucionais,

¹⁰ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016, p. 28.

¹¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. p. 13.

sendo estas as condições de sobrevivência de uma sociedade pluralista e democrática¹².

Desta feita, o texto constitucional como fruto do poder soberano do povo, embora delegado, implica da criação de um documento maior que todos, o qual compactue com os diversos grupos que compõe a sociedade, sem que haja sobreposição de poderes entre eles. Por essa razão, a Constituição é soberana, pois envolve possibilidades e soluções para a vida em comum, pluralista e democrática, seu texto deve estar de acordo com a realidade e não ser fechado e padronizado em situações e comportamentos para a vida social.

Nesse sentido,

A coexistência de valores e princípios sobre os quais devem basear necessariamente uma Constituição para não renunciar a suas tarefas de unidade e integração, e ao mesmo tempo, não se fazer incompatível com sua base material pluralista, então, exige-se que cada um desses valores e princípios não assumam um caráter absoluto, e sim compatível com aqueles outros com os quais deve conviver. Somente assume caráter absoluto o meta-valor que se expressa no duplo imperativo do pluralismo de valores (no tocante ao aspecto substancial), e a lealdade de seu enfrentamento (no tocante ao aspecto procedimental). Estas são as verdadeiras supremacias e exigências constitucionais de toda sociedade pluralista que queira ser e se preservar como tal¹³.

Pois bem, os valores e princípios que compõe uma Constituição devem coexistir, com a finalidade de unir e integrar a sociedade, sem se tornarem incompatíveis com ela. Isso ocorre quando eles não são colocados e tratados como absolutos. Por outro lado, somente será absoluto o meta-valor que abranja o aspecto substancial do pluralismo e seja procedimentalmente leal no seu trato.

Então, a maleabilidade ou ductibilidade constitucional compreende coexistência e compromisso, de sorte que a imagem política não é da exclusão e imposição pela força, pelo contrário, é a inclusiva de integração através da rede de valores e

¹² ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. p. 14.

¹³ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. p. 14-15. Traduzido por Beatriz Casagrande Fortunato.

procedimentos comunicativos, que é, ademais, a única visão não catastrófica da política possível em nosso tempo, defende Zagrebelsky¹⁴.

Isso porque,

A contemporaneidade aspira à convivência de valores e princípios, de modo que uma espécie de pluralismo conforma a convivência coletiva através de valores como: a livre iniciativa, mas também as reformas sociais; a igualdade perante a lei, mas também as ações afirmativas; os direitos individuais e por outro lado os direitos coletivos, etc¹⁵.

Por conseguinte, não existem apenas direitos positivados na Constituição, uma vez que tais direitos também implicam em deveres correlatos, os quais demandam um procedimento para efetivação das garantias, valores e direitos constitucionais. A convivência de valores e princípios que existem nos dias atuais e em virtude de uma sociedade cada vez mais pluralista exige a convivência de alguns valores que talvez possam parecer paradoxos como a livre iniciativa e as políticas sociais, todavia ambos são de extrema importância para a manutenção do pluralismo e do convívio social em si, pois eles compõem a sua base.

Além disso, interessante observar que o Zagrebelsky se importa muito com a não imposição de valores sobre outros e com nenhum tratamento absoluto de um valor, desde que ele não se trate de um meta-valor, como é possível considerar a dignidade humana, por exemplo, posto que ela congrega qualquer ser humano enquanto tal e deve ser tratada, garantida e respeitada por todos.

No tocante a atividade jurisdicional, Zagrebelsky¹⁶ argumenta em favor da razoabilidade como o exercício de verificação das muitas razões, trata-se de um requisito objetivo do direito, o qual ocorre na aplicação judicial em dois momentos: na categorização dos casos a luz dos princípios e na busca da regra aplicável ao

¹⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. p. 15.

¹⁵ ALVES, Fernando de Brito; BREGA FILHO, Vladimir. Termidorizar a deliberação: o papel das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas / Finishing the deliberation: the role of constitutional courts in contemporary democracies. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 11, n. 1, p. 124-134, ago. 2015. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/948>. Acesso em: 30 agosto 2018. p. 126.

¹⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. p. 147-148.

caso. É razoável a categorização dos fatos que considera todos os princípios que nele interferem, bem como é razoável a regra individualizada no marco das condições limitadoras do direito como ordenamento, em resposta as exigências do caso. Na busca desta razoabilidade do conjunto, consiste o trabalho de unificação do direito cuja atribuição é da jurisprudência.

Nota-se, dessa maneira, que a razoabilidade se trata da verificação das razões que compõem o caso concreto numa análise a partir dos princípios pertinentes a ele e na busca das regras a serem aplicadas, tal atribuição e atividade serão realizadas pela jurisprudência, que buscará integrar as regras e princípios no caso concreto.

A unidade do direito a partir do Estado Constitucional gerou o reconhecimento da importância da atividade jurisdicional, a ponto dos juízes serem considerados senhores do direito por participarem de todas as suas dimensões: a lei, a justiça e os direitos¹⁷.

Ademais,

O Constitucionalismo envolve completamente a legislação em uma rede de vínculos jurídicos que deve ser reconhecida pelos juízes, principalmente os juízes constitucionais. De outro lado, o legalismo se preocupa com a autonomia do legislador e por isso exige que o controle da jurisdição pelo legislador ocorra dentro dos limites compatíveis com a sua autonomia¹⁸.

Portanto, os juízes detêm um papel de suma importância no Estado Constitucional por trabalharem diretamente com a lei, com os direitos e os princípios, sobretudo na rede de vínculos jurídicos constitucionais que deve ser reconhecida e utilizada, considerando-se a Constituição como soberana em uma sociedade pluralista. Por outro lado, no legalismo a autonomia e soberania pertenciam ao legislador.

Enfim, conclui Zagrebelsky que apesar da importância e responsabilidade que os juízes possuem no Estado Constitucional, eles não podem ser cunhados como senhores do direito, e sim como os garantes da complexidade estrutural do direito no Estado Constitucional, uma vez que atuam para a garantia da necessária e

¹⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. p. 150.

¹⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, p. 151. Traduzido por Beatriz Cadagrande Fortunato.

maleável convivência entre a lei, os princípios e os direitos. Assim, o Estado Constitucional não se compatibiliza com qualquer alcunha de senhor do direito, porquanto o direito não é propriedade de um, e sim objeto de cuidado de todos¹⁹.

Destarte, o Estado Constitucional é complexo, pois abrange os princípios, os direitos e as leis, de tal maneira que seu grande desafio é justamente conseguir equilibrá-los de forma razoável, garantindo sua coexistência e maleabilidade. Ao invés de uma Constituição dura e engessada, Zagrebelsky defende uma Constituição aberta e maleável, respeitados os limites constitucionais, porque o tratamento do direito não envolve propriedade, e sim proteção.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

O direito à saúde está positivado na Constituição de 1988 como um direito social, da seguinte forma: “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”, consoante o disposto no artigo 196²⁰ (BRASIL, online).

A saúde como um direito fundamental coletivo ou de segunda dimensão significa que:

Os direitos fundamentais de segunda geração podem ser traduzidos como aqueles que, na órbita de proteção do ser humano, irradiam a noção de igualdade. Sua feição deita raízes no objetivo de conceder alforrias sociais ao ser humano, preservando-o das vicissitudes do modelo econômico e da segregação social. Devido a isso, aponta-se que, nesta seara, a expectativa que se tem da conduta estatal obedece a parâmetros distintos. Ao invés da abstenção, espera-se prestação²¹.

¹⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. p. 153

²⁰ BRASIL. *Constituição (1988)*. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 19 abril 2019.

²¹ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 46.

Não obstante, os direitos sociais, por serem direitos fundamentais, não podem ser renunciados se seu objetivo for garantir uma vida humana digna, uma vez que são destinados a todo e qualquer ser humano sem restrição²².

Ademais, a saúde é definida, segundo a Constituição da Organização Mundial da Saúde de 1946, como "é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade"²³.

Com efeito, o direito à saúde é fruto de uma conquista humana relacionada à manutenção da vida e de uma existência digna, a saúde não se trata apenas da inexistência de patologias, mas sim, do completo bem-estar humano, ou seja, a garantia a todo ser humano de boas, adequadas e dignas condições de vida, tanto no tocante ao seu organismo, como fisicamente.

Assim, o que se espera por parte do Poder Público é a realização de ações para a garantia e efetivação deste direito e não apenas quanto ao tratamento de patologias, bem como sua prevenção (por tratamentos e vacinas), como também um ambiente favorável a não disseminação de doenças, ou seja, saneamento básico, preservação ao meio ambiente, diminuição da poluição, dentre outros.

A saúde, juridicamente, deve ser entendida como: "o bem fundamental que por meio da integração dinâmica de aspectos individuais, coletivos e de desenvolvimento visa assegurar ao indivíduo o estado de completo bem-estar físico, psíquico e social"²⁴.

Dessa maneira, a saúde implica no equilíbrio de bem-estar que compõem o indivíduo e a coletividade, e serve também para assegurar o desenvolvimento do bem-estar físico, psíquico e social, dependendo de um agir do ente estatal, mas também de condutas sociais e individuais que possibilitem o agir estatal e contribuam para ele, tal qual: a separação do lixo, a preservação do meio ambiente

²² SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O sistema único de saúde e suas diretrizes constitucionais**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012, p. 49.

²³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 04 abril 2018.

²⁴ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Direito Sanitário. p. 13.

a partir da reciclagem, resíduos serem jogados no lixo (adequado), da participação em programas de vacinação e tratamento, e etc.

Como um direito fundamental, o direito à saúde se relaciona e contribui para a efetivação da dignidade humana, a qual:

a dignidade pessoa humana constitui um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões, e, como a democracia é o único regime político capaz de propiciar a efetividade desses direitos, o que significa dignificar o homem, é ela que se revela como o seu valor supremo, o valor que a dimensiona e humaniza²⁵.

Logo, é impossível tratar do ser humano hoje sem lhe atribuir dignidade e direitos fundamentais, pois essas características que o qualificam como tal e possibilitam a construção de uma ordem social, política e econômica, organizadas e instituídas pelo Direito. A dignidade consiste em um meta-valor fundamental, por ser a condição para se poder viver e se desenvolver como pessoa e espécie humana.

Além disso, o direito à saúde é entendido como um direito de defesa, uma vez que impede intervenções irregulares pelo Estado e/ou terceiros na vida do seu titular, mas também determina que o Estado realize políticas públicas para sua efetivação em favor da população, no tocante “a toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde”²⁶.

Destarte, o direito à saúde se relaciona a valores e direitos basilares, que constituem o ser humano como tal, de maneira a ensejar uma atuação positiva e proativa do Poder Público para sua concretização. Nesta esteira:

Os valores de preservação da vida humana, a garantia de níveis progressivamente mais altos de saúde, a salvaguarda

²⁵ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr. 1998. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169>. Acesso em: 01 agosto 2018., p. 94.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do Direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/ingo-wolfgang-sarlet/algumas-consideracoes-em-torno-do-conteudo-eficacia-e-efetividade-do-direito-a-saude-na-constituicao-de-1988>. Acesso em: 24 abril 2018, p. 8.

do patrimônio genético próprio, a proteção da integridade física, mental e emocional, entre outros conduzem a atuação dos particulares e dos Poderes Públicos na efetivação do direito à saúde. Com efeito, impõem a abstenção de comportamentos lesivos à saúde, no mais amplo sentido, assim como a promoção e a consecução de medidas tendentes a efetivar esse direito fundamental social, inclusive mediante prestações materiais específicas²⁷.

A saúde envolve a integridade física, mental e emocional, o patrimônio genético e a manutenção da vida humana, razão pela qual o que se espera do titular de sua efetivação (Estado) são ações positivas e prestacionais, e não lesivas a este direito.

As normas que tratam de direitos fundamentais, inclusive, os direitos sociais são normas cuja eficácia, aplicabilidade e exigibilidade são imediatas, segundo a própria Constituição Federal, que as consagrou como normas geradoras de direitos subjetivos²⁸.

Por isso, o Sistema Único de Saúde (SUS) foi concebido como a instituição que detém a atribuição constitucional de zelar e fornecer instrumentos garantidores do direito à saúde, de acordo com o artigo 200 da Constituição Cidadã²⁹, consistindo em:

um sistema público e nacional, baseado no princípio da universalidade, a indicar que à assistência à saúde deve atender a toda a população. Tem como diretrizes organizativas a descentralização, como comando único em cada esfera governamental; a integralidade do atendimento e a participação da comunidade. A Lei nº 8080/90, dispôs sobre as condições, a organização das ações e o funcionamento dos

²⁷ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 95.

²⁸ SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. O sistema único de saúde e suas diretrizes constitucionais. p. 58.

²⁹ "Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho" (BRASIL, online).

serviços de saúde, tendentes à realização da promoção, proteção e recuperação da saúde. Este diploma prescreve normas sobre: (a) organização, direção e gestão do SUS; (b) competências e atribuições de cada uma das três esferas federativas; (c) funcionamento e participação complementar dos serviços privados de assistência à saúde; (d) política de recursos humanos a ser adotada pelo SUS; (e) recursos financeiros, incluindo a respectiva gestão, planejamento e orçamento desses³⁰.

A Lei nº 8080/90 é chamada de Lei do SUS, porque foi ela que instituiu esse sistema, completo e complexo no ordenamento jurídico brasileiro, dentre as atribuições do Sistema Único de Saúde estão: a promoção, proteção e recuperação da saúde, dividido em competências a cada uma das três esferas de poder, a participação particular complementar e a gestão dos recursos financeiros de saúde. Além do que, o SUS detém como princípios a universalidade e a descentralização, ou seja, a assistência à saúde deverá ser proporcionada/ofertada a todos e cada ente federativo detém sua participação na concretização da saúde.

Desta feita, existem políticas públicas delineadas pelo Estado, no âmbito do SUS (Sistema Único de Saúde), contendo uma lista de medicamentos denominada Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), a qual serve de base para o tratamento das principais enfermidades que acometem a população, enquanto no tocante as doenças mais raras a lista de medicamentos é relacionada ao Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional³¹.

A averiguação de um medicamento para inclusão em uma lista de fornecimento ou então ser fornecido pelas políticas públicas do SUS, passa por alguns critérios.

Quando um medicamento é incorporado ao SUS, o que acontece imediatamente é a massificação de seu uso; os seus potenciais usuários são milhões de brasileiros. Nessa perspectiva, a responsabilidade do Poder Público se amplifica. É preciso sob os desígnios da Constituição Federal e das diretrizes do sistema ofertar à população os medicamentos

³⁰ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. p. 97.

³¹ VIEIRA, Fabiola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 42, n. 2, p. 365-369, abr. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102008000200025&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 26 abril 2018, p. 366.

mais seguros (que sabidamente não provocam danos), eficazes (fazem o que se propõem a fazer), efetivos (fazem o que se propõem a fazer quando utilizados pelas pessoas em condições reais e não em grupos homogêneos que constituem os grupos de pessoas dos ensaios clínicos) e custo-efetivos (entre as alternativas disponíveis, faz o que se propõe a fazer para as pessoas em condições reais, ao menor custo)³².

Nota-se que o SUS possui políticas públicas abrangentes dispostas a satisfazer as necessidades das pessoas em seu tratamento medicamentoso. Para tanto, a análise feita sob o medicamento é por seu custo-benefício, a partir da verificação de segurança, eficácia, efetividade e custo. Teoricamente, estas ideias são boas, todavia, a grande questão da saúde é a demanda e a implementação e execução dessas políticas.

Impende salientar que o Sistema Único de Saúde não é uma instituição perfeita e cujo funcionamento atende todas as necessidades nacionais, na verdade, consiste em uma política pública fundada para a efetivação de um direito, no entanto que depende de maior organização, delimitação e atenção por parte dos gestores públicos, bem como da adesão de suas políticas implementadas pela sociedade (pessoas que dela necessitam e dos médicos em seus receituários).

A saúde como um direito fundamental tem acepção tanto de direito individual e como de social, voltada a garantir o desenvolvimento do bem-estar social, físico e psíquico individual e coletivo, ao passo que sua efetivação implica também na concretização da dignidade humana, meta-valor jurídico e fundamento do Estado democrático de direito brasileiro.

A realidade brasileira hodierna de má organização das políticas públicas, escassos recursos públicos e necessidades humanas ilimitadas, inclusive no tocante a saúde, faz com que muitos sejam os pleitos direcionados ao Judiciário para a concretização do direito à saúde, formando um ciclo de condenações do Poder Público, ineficácia e inefetividade na prestação de serviços públicos e baixo

³² VIEIRA, Fabiola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. p. 368.

orçamento. Alguns casos atingem as Cortes Superiores para delimitação e deliberação, afinal, nenhum direito é ilimitado e absoluto.

4 O RESP nº 1.657.156 E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

Pois bem, como o direito a saúde vem ocupando grande parte dos processos judiciais no Brasil, uma vez que por meio deles espera-se sua concretização, o que se tem, na verdade, é o Poder Judiciário determinando as ações dos órgãos estatais e a utilização de valores orçamentários públicos para a compra de medicamentos, realização de cirurgias, tratamentos, exames, dentre outros, de certa forma, intervindo na agenda política.

Interessante observar, de início, a modificação da concepção e da importância do Poder Judiciário na América Latina no século XX:

Na maior parte do século XX, nos países latino-americanos, o judiciário não figurou como tema importante da agenda política, cabendo ao juiz a figura inanimada de aplicador da letra da lei emprestada do modelo europeu. A construção do estado-latino americano ocupou-se mais com o crescimento do executivo e da sua burocracia, procurando converter o judiciário numa parte do aparato burocrático do Estado – um órgão para o poder político controlar – de fato, uma instituição sem poderes para deter a expansão do Estado e seus mecanismos reguladores³³.

Com efeito, nas Constituições da América Latina, os juízes eram meros aplicadores da norma aos casos concretos que lhes eram apresentados, não detinham participação política, isso porque o projeto constitucional da época era de atribuir o protagonismo ao Poder Executivo e suas atividades burocráticas, ao passo que o Judiciário era visto como um órgão burocrático a ser controlado pelo Executivo, e que não possuía poderes para frear a expansão do Estado e sua regulamentação.

Ao final da década de 1980, o Poder Judiciário enfim assumiu seu protagonismo na África, na Europa, e na América Latina e na Ásia, não porque apoiava agendas

³³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 11.

progressistas ou conservadoras, e sim devido ao seu conhecimento mais amplo e profundo de controle de legalidade, e até mesmo em favor da “constitucionalização do direito ordinário, como estratégia hermenêutica de um garantismo mais ousado do direito dos cidadãos”. E, embora pouquíssimos processos judiciais possuam notoriedade pública, ela é suficiente para este trabalho não ser tido como excepcional e demonstrar um novo tipo de intervencionismo judiciário, razão pela qual o Judiciário se assume como um poder político e em confronto com os outros³⁴.

Além disso, este protagonismo dos tribunais tem também causas a serem consideradas em conformidade com as características de cada país, relacionadas ao desmantelamento do Estado-intervencionista, do Estado-providência, do Estado desenvolvimentista, semidesenvolvimentista de periferia e semiperiferia do sistema mundial, e ainda do Estado de bem-estar mais avançado que vigora em alguns países europeus³⁵.

A posição ocupada pelo Poder Judiciário, por conseguinte, deixou de ser a de um órgão burocrático de difícil e técnico acesso, para um órgão atuante politicamente, vez que intervia nas agendas do Estado devido a sua análise de legalidade, inclusive porque a maior parte dos direitos e motivos das lides se relacionava a questões constitucionalizadas em favor da proteção das pessoas. E ainda, com o enfraquecimento de alguns tipos de Estado, inclusive em países desenvolvidos, houve essa transferência de atribuição e “poder” para o Judiciário.

O Brasil não tem um Estado-providência denso, embora consolide algumas políticas sociais (umas fortes, outras débeis). Por sua vez, a Constituição de 1988 é o símbolo da redemocratização, a qual trouxe direitos não só de primeira e segunda dimensões, como também de terceira dimensão. Assim, a construção jurídico-institucional que é muito exaltada, aumenta a percepção dos cidadãos para o cumprimento de seus direitos e garantias insculpidos na Constituição. Todavia, como existe uma “debilidade crônica dos mecanismos de implementação”

³⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma Revolução Democrática da Justiça. p. 12.

³⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma Revolução Democrática da Justiça. p. 13.

e/ou a “execução deficiente ou inexistente de muitas políticas sociais”, podem ser esses os motivos para a busca por respostas nos tribunais³⁶.

Conseqüentemente,

As pessoas, tendo consciência de seus direitos, ao verem colocadas em causas as políticas sociais ou de desenvolvimento do Estado, recorrem aos tribunais para as protegerem ou garantirem a sua efetiva execução. Como me referiu um magistrado brasileiro, uma boa parte do seu trabalho é dar medicamentos. As pessoas vão ao tribunal exatamente para poderem ter acesso a medicamentos ou tratamentos médicos que de outra maneira não teriam. Essa informação é facilmente corroborada em qualquer breve análise que se faça dos noticiários jurídicos no Brasil, onde, cada vez mais, são publicitadas vitórias de cidadãos que, através do poder judiciário, obtêm acesso a tratamentos especializados e a exames médicos gratuitos. Temos, assim, o sistema judicial a substituir-se ao sistema da administração pública, que deveria ter realizado espontaneamente essa prestação social³⁷.

Assim, o caso brasileiro demonstra que a Constituição Federal de 1988, trouxe muitos direitos e deveres a serem efetivados, especialmente pelo Poder Público, de sorte que, a medida que os cidadãos tomaram consciência de tais direitos e garantias e da possibilidade de exigí-los em um regime democrático, eles passaram a fazê-lo perante o Poder Judiciário, muito embora a realidade é que os meios de implementação desses direitos são débeis ou sua execução se mostra ora ineficiente, ora inexistente.

A vista disso, um dos grandes pleitos é por saúde, por meio da busca de medicamentos e tratamentos médicos, que não seriam concedidos por políticas sociais, mas que são deferidas, dada a coercibilidade de uma decisão judicial. Posto isso, ao se imiscuir nas suas funções ou não prestá-las adequadamente de forma espontânea, a administração pública acaba delegando suas funções ao Judiciário, o qual não possui o conhecimento técnico e sistemático para tanto.

³⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma Revolução Democrática da Justiça. p. 14.

³⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma Revolução Democrática da Justiça. p. 15.

Eis que a busca pela resolução de conflitos ou garantia de direitos que não se realizam ou são concretizados originou dois fenômenos: a judicialização e o ativismo judicial.

Nesta esteira,

Talvez o grande problema esteja na distinção entre judicialização e ativismo. A primeira acontece porque decorre de (in) competências de poderes e instituições, abrindo caminho-espaco para demandas das mais variadas junto ao Judiciário; a segunda é, digamos assim, *behaviorista*, dependendo da visão individual de cada julgador. A judicialização pode ser inexorável, o ativismo não. O ativismo não faz bem à democracia³⁸.

Então, a judicialização é consequência da omissão dos poderes responsáveis em resolver, gerir ou normatizar determinadas situações e direitos, os quais, via reflexa, são levados ao Judiciário com a finalidade de serem assegurados, o que pode levar a interferência em políticas públicas e ações governamentais e/ou legislativas. Por sua vez, o ativismo judicial é a visão singular e individual do juiz colocada em prática no processo.

Some-se que quando o Judiciário passa a implementar as políticas públicas, são beneficiados os que detêm acesso à justiça por conhecerem os seus direitos e arcar com os custos de processos judiciais, motivo pelo qual a concessão de medicamentos e tratamentos via processual favorece mais a classe média e alta, do que a baixa, funcionando como um fator de exclusão. Além disso, os juízes não possuem conhecimento técnico, específico e necessário para instituir políticas de saúde³⁹.

Dessa maneira, diante de uma realidade de efetivação de direitos e necessidades humanas ilimitadas, no entanto de recursos escassos, os tribunais, como

³⁸ STRECK, Lenio Luiz. Os dilemas do Estado Constitucional: entre a democracia e o presidencialismo de coalizão. LAZARI, Rafael; BERNARDI, Renato. **Crise Constitucional: espécies, perspectivas e mecanismos de superação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 8.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, n. 13, p. 17-32. 2009, p. 46.

garantidores desses direitos e da razoabilidade do ordenamento devem traçar alguns limites. Até porque, o meio processual se mostra desigual, visto que detêm mais facilidade de acesso apenas aqueles que têm conhecimento dele.

O Poder Judiciário possui um importante papel na concretização dos direitos humanos, uma vez que a jurisdição constitucional deve servir como um instrumento garantidor do Estado Democrático de Direito. Por isso, a interpretação judicial das promessas constitucionais deve ocorrer segundo critérios interpretativos, perante uma análise de “constitucionalidade das decisões ou omissões políticas que possam vir a obstaculizar a implementação dos meios indispensáveis à máxima efetivação dos direitos humanos fundamentais”⁴⁰.

No que diz respeito à saúde, dadas as características do Brasil como um país multicultural, que foi uma colônia de exploração e no começo de sua história republicana apenas garantia direitos aos detentores de posses (terras, mandioca, e depois os “empresários”, investidores da Bolsa de Valores), a ideia de saúde se relacionava ao trabalho, quem tinha acesso era o trabalhador, de forma que a CRFB de 1988 que expandiu e efetivou definitivamente a saúde como um direito de todos.

Direito este que precisou passar por delimitações acerca da análise de suas solicitações perante os tribunais, nesse sentido, o STJ decidiu que:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO. 1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde - SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos

⁴⁰ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. p. 510.

medicamentos. 2. Alegações da recorrente: Destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos. Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados. 3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas. 4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015 A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento. 5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015 (STJ, REsp nº 1.657.156 – RJ, Relator MINISTRO BENEDITO GONÇALVES, Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 25 de abril de 2018).⁴¹

Logo, este recurso repetitivo é um precedente a ser aplicado nos processos de saúde a partir de 04 de maio de 2018, no qual se estabeleceu quanto à obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos não padronizados pelo SUS pelo Poder Público que: é necessária a comprovação por laudo médico (do profissional que acompanha o paciente) da demonstração da necessidade ou imprescindibilidade de medicamento, sendo que o fornecido pelo SUS é ineficaz no

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência**. REsp nº 1657156 / RJ. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequeencial=82869018&num_registro=201700256297&data=20180504&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 04 maio 2018.

tratamento da patologia; a prova da incapacidade financeira do enfermo em custear o medicamento; e, que o fármaco seja registrado na ANVISA.

Outrossim, no julgamento dos embargos de declaração no recurso especial, consignou-se que:

- a) O laudo médico apresentado pela parte não vincula o julgador, isto é, cabe ao juiz avaliar o laudo e verificar se as informações constantes nele são suficientes para a formação de seu convencimento quanto à imprescindibilidade do medicamento
- b) Cabe ao juiz avaliar, a partir dos elementos de prova juntados pelas partes, a alegada ineficácia do medicamento fornecido pelo SUS decidindo se, com a utilização do medicamento pedido, poderá haver ou não um relevante acréscimo na resposta terapêutica⁴².

O caso concreto que deu ensejo aos autos foi de uma paciente portadora de glaucoma que necessitava de dois colírios diferentes dos oferecidos pelo SUS para o tratamento da enfermidade, de modo que seu atendimento foi realizado pelo Sistema Único de Saúde, sendo verificada, a partir do receituário médico, a necessidade dos medicamentos, bem como restou demonstrada, segundo os julgadores, a ausência de condições financeiras da recorrida para a aquisição dos fármacos.

As ponderações realizadas após a provocação dos embargos de declaração denotam que a simples existência do laudo médico não implica no preenchimento das condições cumulativas para o custeio e fornecimento de medicamentos não padronizados pelo Poder Público, de modo que o julgador detém autonomia para formar seu livre convencimento, pois o que importa no receituário é seu conteúdo.

Igualmente, o magistrado avaliará, consoante as provas constantes dos autos, a eficácia ou ineficácia do medicamento fornecido pelo SUS, deliberando se o fármaco pleiteado terá ou não eficácia no tratamento da patologia do requerente.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência**. EDcl no REsp nº 1657156 / RJ. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1750502&num_registro=201700256297&data=20180921&formato=PDF. Acesso em: 25 setembro 2018.

É possível perceber que o magistrado possui o poder de avaliar o caso concreto e o sistema normativo nacional, especialmente a Constituição Federal, elaborando a melhor decisão no tocante a razoabilidade. Bem por isso, ele pode analisar as provas, os laudos médicos, bem como as necessidades e possibilidades das partes. Porém, determinados juízos a respeito do conteúdo do laudo médico, eficácia do medicamento, devem ser feitos por profissionais habilitados para tanto, pois exigem conhecimento técnico.

A jurisprudência nos casos de saúde era majoritariamente favorável a parte requerente, independente das características do medicamento ou tratamento que se pleiteava, motivo pelo qual é de extrema relevância traçar parâmetros, que não suprimam direitos, mas na verdade, demonstram que o Estado não pode ser provedor de todas as necessidades humanas, além de evidenciar que as interferências do Judiciário na gestão pública se dão devido à má gestão ou organização dos outros poderes, isto é, o Executivo e o Legislativo.

Logo, existe uma linha muito tênue entre o protagonismo do judiciário e a realização de atribuições que escapam as suas, principalmente quando existem outros poderes e profissionais que podem prestar serviços auxiliares e complementares, também de extrema importância e funcionalidade para o país. Ademais, o magistrado possui um número enorme de processos em sua vara para acompanhar, de modo que não é necessário que ele também passe a realizar atividades outras que fogem da sua seara de competência e interferem de maneira impactante e profunda na gestão administrativa da saúde. É preciso haver uma conscientização nacional de que o Judiciário é apenas um dos poderes que sustentam o Estado, contudo, que ele não está sozinho, os outros também devem ser provocados e exigidos a apresentar soluções dentro dos seus limites de atuação e em conformidade com a Constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Constitucionalismo Termidoriano traçou as bases do movimento constitucionalista moderno ao evidenciar a importância da Constituição como um documento de garantia de direitos fundamentais e limitação ao poder do Estado,

ao passo que houve a idealização, posteriormente, da necessidade que a Constituição fosse um documento escrito, sendo que as predecessoras deste momento e movimento histórico são as Constituições das Treze Colônias Norte Americanas, e a Constituição Francesa fruto da Revolução.

Aliás, em tempos de neoconstitucionalismo não basta dar eficácia plena e aplicabilidade imediata ao texto constitucional, eis que é preciso transformar e realizar seus valores e princípios para aprimorar o Estado Democrático e Constitucional de direito.

Nesse sentido estão as lições de Zagrebelsky acerca do pluralismo da sociedade, a ponto da Constituição ser aberta as possibilidades de realização e soluções na vida em sociedade, razão pela qual a Constituição é soberana, de forma que nenhum de seus valores não sejam tomados como absolutos.

Muito embora Zagrebelsky considere os juízes como senhores do direito, ele reformula seu entendimento demonstrando que em um Estado Constitucional não pode haver um senhor do direito, a importância do magistrado é de atuar como um garante da complexidade estrutural, devido a sua relação de proximidade com os direitos, os princípios e a lei.

O direito à saúde no Brasil foi plenamente assegurado a partir da Constituição de 1988, de tal maneira que ele depende de ações positivas do Estado para sua concretização, razão pela qual foi concebido o Sistema Único de Saúde como o órgão competente para o fornecimento e gestão da saúde pública nacional. Ocorre que, as políticas públicas realizadas pelos SUS por vezes se mostram ineficiente ou ineficazes, o que gera a busca por saúde nos tribunais, ou seja, o fenômeno da judicialização da saúde.

As soluções processuais em grande maioria condenam o Poder Público ao fornecimento de medicamentos e tratamentos, interferindo na gestão e organização administrativa por conta da omissão dos poderes responsáveis: o Executivo e o Legislativo.

O Recurso Especial nº 1.657.156 é uma tentativa de delimitar a atuação do magistrado no tocante ao fornecimento dos medicamentos não padronizados pelo

FORTUNATO, Beatriz Casagrande; BOTELHO, Marcos César. Sob as influências do Constitucionalismo termidoriano: a postura do poder judiciário no Brasil acerca do direito à saúde. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.14, n.3, 3º quadrimestre de 2019. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

SUS, mas ela acaba atribuindo a ele um poder técnico que não lhe cabe, enquanto seria mais interessante contar com atuação de outras áreas técnicas auxiliares e complementares.

Portanto, não é suficiente a mera positivação do direito à saúde e as ações do Estado se os princípios e valores constitucionais não foram realizados e transformados, da mesma forma que se as atribuições dos órgãos públicos e poderes também não forem materializadas em cumprimento aos dispositivos constitucionais. Dessa forma, o Judiciário acaba sendo a resposta mais rápida, confiável e efetiva para o direito à saúde, o qual, devido às necessidades humanas ilimitadas e recursos orçamentários escassos, precisa passar por certas limitações, a serem avaliadas pelo magistrado e também por técnicos habilitados e especializados na área, evitando que o juiz cometa excessos em um campo de conhecimento que não é o que ele detém.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALVES, Fernando de Brito; BREGA FILHO, Vladimir. Termidorizar a deliberação: o papel das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas / Finishing the deliberation: the role of constitutional courts in contemporary democracies.

Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 11, n. 1, p. 124-134, ago. 2015. ISSN 2238-0604. Disponível em:

<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/948>. Acesso em: 30 agosto 2018.

ASSIS, CHRISTIANE COSTA. O Constitucionalismo Whig e os Limites do Estado de Direito. **Direito Público**, [S.l.], v. 9, n. 49, dez. 2013. Disponível em:

<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2201>. Acesso em: 11 setembro 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, n. 13, p. 17-32. 2009.

BRASIL. *Constituição (1988)*. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 04 abril 2019.

FORTUNATO, Beatriz Casagrande; BOTELHO, Marcos César. Sob as influências do Constitucionalismo termidoriano: a postura do poder judiciário no Brasil acerca do direito à saúde. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.14, n.3, 3º quadrimestre de 2019. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência**. REsp nº 1657156 / RJ. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=82869018&num_registro=201700256297&data=20180504&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 04 maio 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência**. EDcl no REsp nº 1657156 / RJ. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1750502&num_registro=201700256297&data=20180921&formato=PDF. Acesso em: 25 setembro 2018.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Almedina, 2016.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

MAYER, David N.. The English Radical Whig Origins of American Constitutionalism. **Washington University Law Quarterly**. 131 (1992). Disponível em: https://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol70/iss1/5. Acesso em: 10 agosto 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946**. Disponível em:

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 04 abril 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. 3 ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do Direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em:

<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/ingo-wolfgang-sarlet/algumas-consideracoes-em-torno-do-conteudo-eficacia-e-efetividade-do-direito-a-saude-na-constituicao-de-1988>. Acesso em: 24 abril 2018.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O sistema único de saúde e suas diretrizes constitucionais**. 2 ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

FORTUNATO, Beatriz Casagrande; BOTELHO, Marcos César. Sob as influências do Constitucionalismo termidoriano: a postura do poder judiciário no Brasil acerca do direito à saúde. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.14, n.3, 3º quadrimestre de 2019. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr. 1998. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169>. Acesso em: 01 agosto 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Os dilemas do Estado Constitucional: entre a democracia e o presidencialismo de coalizão. LAZARI, Rafael; BERNARDI, Renato. **Crise Constitucional: espécies, perspectivas e mecanismos de superação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 3-18.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 42, n. 2, p. 365-369, abr. 2008. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102008000200025&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 26 abril 2018.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. 3 ed. Madrid: Trotta, 1999.

Recebido em: 13/05/2019

Aprovado em: 13/09/2019