

O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE SOB A PERSPECTIVA DAS TEORIAS DO ATIVISMO E DA AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL

THE ROLE OF JUDICIARY IN THE EFFECTIVENESS HEALTHCARE RIGHT FROM THE PERSPECTIVE OF THEORIES OF ACTIVISM AND JUDICIAL SELF-RESTRAINT

Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini¹

Carlos Eduardo Montes Neto²

Gustavo Henrique Schneider Nunes³

RESUMO

Verifica-se, hodiernamente, um intenso debate sobre o papel que deve exercido pelo Poder Judiciário na efetivação do direito constitucional à saúde. Neste trabalho são analisadas as relações entre os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, abordando as teorias do ativismo e da autocontenção judicial. Discorre-se sobre a postura da justiça estatal em questões que envolvem o direito fundamental à saúde e a necessidade de definir os limites do controle judicial. O método adotado foi o hipotético-dedutivo. Foram utilizados dados do portal da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, trabalhos acadêmicos, doutrina, artigos científicos, jurisprudência dos Tribunais Superiores e legislação. Conclui-se que a atuação do Poder Judiciário deve ser pautada em parâmetros claros e racionais e sempre com base na Constituição Federal.

Palavras-chave: Ativismo. Autocontenção. Políticas públicas. Saúde.

ABSTRACT

There is an intense debate regarding the role of the Judiciary in effectiveness of the constitutional healthcare right. In this paper, the relationship between the Judiciary, Executive and Legislative branches is analyzed, addressing the theories of activism and judicial self-

¹ Graduada em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (1991), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2007). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Atualmente é professora do curso de Graduação e do Mestrado em Direito ministrado pela Universidade de Ribeirão Preto. Juíza de Direito Titular da 4ª Vara Cível de São Carlos-SP e Presidente do Colégio Recursal da 12ª Circunscrição Judiciária - São Carlos/SP. E-mail: fzanferdini@hotmail.com

² Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. Professor de cursos de graduação da UNAERP e UNIP. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Jaboticabal-SP. E-mail: carlosmontes3@hotmail.com

³ Doutorando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Professor de Direito Processual Civil do Instituto Municipal de Ensino Superior de Bebedouro - IMESB. Professor convidado dos cursos de pós-graduação da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP, Escola Brasileira de Estudos Jurídicos - EBJUR e do Centro Universitário UIFAFIBE. Advogado militante. E-mail: ghsnunes@assp.org.br

restraint. It discusses the posture of state justice in matters involving the fundamental health care right and the need to define the limits of judicial control. The method adopted was hypothetical-deductive. Data from the portal of the National Health Surveillance Agency - ANVISA, academic papers, doctrine, scientific articles, jurisprudence of the Superior Courts and legislation were used. It is concluded that the performance of the Judiciary must be based on clear and rational parameters and always based on the Federal Constitution.

Keywords: Activism. Self-restraint. Public policies. Healthcare.

1. INTRODUÇÃO

A consagração do direito fundamental à saúde ocorreu com a superação do modelo de Estado Liberal, cujos direitos fundamentais eram traduzidos apenas em abstenções por parte dos governantes, para o Estado Social, no qual há uma intervenção estatal a fim de alcançar o *welfare state*, a partir do combate da injustiça social, da contenção do poder abusivo do capital e da prestação de serviços públicos para a população.

No Brasil, o direito à saúde somente ganhou efetivo status constitucional com a promulgação da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que as Constituições anteriores apenas estabeleceram disposições vagas sobre o assunto, a exemplo da garantia de “socorros públicos” prevista no art. 179, XXXI, da Constituição de 1824, ou a da inviolabilidade do direito à subsistência estipulado no art. 113, *caput*, da Constituição de 1934.

Nessa perspectiva, a pesquisa em tela aborda tema atual e de grande repercussão prática e jurídica, tanto doutrinária como jurisprudencial, discorrendo sobre o papel do Poder Judiciário no relacionamento com os Poderes Executivo e Legislativo, na concretização do direito fundamental à saúde.

O estudo objetiva, a partir da utilização do método hipotético-dedutivo, investigar o âmbito constitucional de proteção do direito da saúde e fixar os parâmetros de atuação do Judiciário para efetivação desse direito fundamental, analisando os limites que devem ser observados no exercício desse controle judicial, com a abordagem das teorias da separação dos poderes ou funções, do ativismo judicial e da autocontenção judicial e será desenvolvido de forma descritiva a partir de pesquisas bibliográficas na área de Direito Constitucional, valendo-se de pesquisas no portal da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, de trabalhos acadêmicos, livros, artigos científicos, da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, bem como da legislação.

Tem como objetivo geral abordar a intervenção judicial em políticas públicas e no

processo decisório em matéria de direito à saúde, a partir da análise da teoria da tripartição de poderes ou funções, e como objetivos específicos, delimitar de que forma deve ocorrer o controle judicial e os seus limites, sob a ótica das teorias do ativismo e da autocontenção judicial.

2. A TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES OU FUNÇÕES

Inicialmente, adverte-se que aquilo que se costuma designar como separação de poderes constitui, em verdade, uma distribuição de funções a diferentes órgãos estatais, devendo o termo “poderes” ser entendido de maneira meramente figurativa⁴.

Com relação ao seu surgimento, costuma-se atribuir a Montesquieu a teoria da separação de poderes (ou funções) do Estado, mas um século antes da Revolução Francesa, em 1689, na Inglaterra, o *Bill of Rights* colocou fim, pela primeira vez, na Europa renascentista, ao regime da monarquia absoluta, deslocando do monarca para o parlamento a competência de legislar e cobrar tributos⁵, tendo Montesquieu se referido elogiosamente ao *Bill of Rights* meio século depois da sua edição⁶.

Nesse sentido, Michel Temer assenta que coube ao Barão de Montesquieu a sistematização final da repartição do poder⁷, com a proposta de criação de órgãos distintos e independentes uns dos outros para o exercício de atribuições certas e determinadas⁸.

No entanto, sustenta-se que a origem da teoria da tripartição é mais remota⁹. Canotilho afirma que John Locke pode ser apontado como um dos autores que traçou algumas

⁴TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos "Poderes do Estado". *Revista dos Tribunais*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, SÃO PAULO, v. 29, n.1, 1999, p. 66-71. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000172cca088b97933579d&docguid=I362f2170f25311dfab6f010000000000&hitguid=I362f2170f25311dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=97&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 19 jun. 2020.

⁵COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 105.

⁶COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, op. cit., p. 105.

⁷TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 120.

⁸TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, op. cit., p. 120.

⁹De acordo com Angela Cristina Pelicioli, Aristóteles já afirmava que todo governo é exercido por um poder supremo do Estado, possuindo todo governo três Poderes (PELICIOLI, Angela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 169, n. 43, p. 21-30, 2006. Jan./mar.. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/169/ril_v43_n169_p21.pdf. Acesso em: 18 jun. 2020).

das premissas básicas da organização do poder político de acordo com o princípio da separação de poderes¹⁰.

André Ramos Tavares sustenta que foi Montesquieu quem estabeleceu de forma efetiva a tripartição como doutrina política, sendo de John Locke a sua idealização, com a constatação de que o Poder tende a corromper quando não encontra limites¹¹.

Deve ser destacado, entretanto, que apesar da separação proposta por Montesquieu ter apresentado ares de completude científica, à função jurisdicional era reservada apenas uma atuação mecanicista de pronunciar as palavras da lei, não podendo moderar nem a sua força e nem o seu rigor¹²⁻¹³.

Durante a vigência do Estado de Direito de legalidade, estabelecido durante o iluminismo, o princípio da separação de poderes teve por finalidade garantir o primado da lei, centrado no Poder Legislativo, sem qualquer pretensão de atingir um equilíbrio entre os “poderes”¹⁴.

Atualmente, entretanto, não cogita a tripartição de poderes ou funções como uma divisão orgânica funcional que proíbe a interferência total de um Poder sobre o outro ou que haja um perfeito equilíbrio entre eles, sendo possível a limitação do poder em nome das garantias fundamentais, assegurando-se o pluralismo dos centros de poder, de modo que uns sirvam de controle aos demais¹⁵.

Tendo em vista que a separação absoluta de poderes ou funções não é possível, viável ou desejável, deve ser assegurada a liberdade de cada um deles dentro da sua esfera de atuação, evitando-se o seu isolamento¹⁶, preservando-se a almejada harmonia por intermédio do sistema de freios e contrapesos.

Na lição de Eduardo Cambi, com o fim da Segunda Grande Guerra e o surgimento do pós-positivismo, a soberania do legislador sucumbiu à supremacia da Constituição, demandando a observação dos chamados direitos fundamentais, que também representam um

¹⁰CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 580.

¹¹TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 166.

¹²TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos "Poderes do Estado", op. cit.

¹³“A redução da posição do Juiz a ser la bouche qui prononce les paroles de la loi implicava em que apenas poderia limitar-se a buscar na lei a particularização requerida para a solução do caso concreto” (ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. *O Processo Civil no Terceiro Milênio e os principais obstáculos ao alcance de sua efetividade*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 50)

¹⁴TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*, op. cit., p. 168.

¹⁵ TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos "Poderes do Estado", op. cit.

¹⁶TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*, op. cit., p. 169.

resgate existencialista-jusnaturalista dos direitos naturais, agora denominados direitos humanos¹⁷.

Nessa perspectiva, a implementação de políticas públicas pelo Judiciário é legitimada pelo descumprimento do encargo constitucional atribuído aos Poderes Legislativo e Executivo, quando houver o comprometimento da eficácia e da integridade dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

3. ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O entendimento de que texto e norma são coincidentes ficou no passado, sobretudo a partir do término da Segunda Guerra Mundial, quando se passou a enfatizar que a norma é o resultado da interpretação do texto, sempre na perspectiva das peculiaridades contidas no caso concreto. O texto é antecedente e a norma é consequente.

Segundo Friedrich Müller, “‘normas’ não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado.”¹⁸

O texto (enunciado) não se completa com o sentido que lhe imprime o legislador. Ao contrário. Somente se completa quando o sentido que ele expressa é produzido pelo intérprete, como uma nova forma de expressão, de tal modo que o sentido expressado pelo texto já consiste em algo novo, diferente do texto. Esse “algo novo”, diferente do texto, é a norma, que sempre é resultante da interpretação. Enquanto os textos (enunciados) configuram um conjunto de normas potenciais, que engloba várias possibilidades, as normas (significados) são caracterizadas pelo resultado da tarefa interpretativa.¹⁹

¹⁷ CAMBI, Eduardo. Expansão da jurisdição constitucional e separação de poderes: uma análise sistêmica à luz da cidadania. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 916, 2012, p. 249-263. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000172cdc11029dd5963b0&docguid=Iedd2f730418511e5b17b01000000000&hitguid=Iedd2f730418511e5b17b01000000000&spos=2&epos=2&td=109&context=23&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 19 jun. 2020.

¹⁸ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 247; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 50.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 18.

Para o intérprete, o texto é a possibilidade de construção concreta de conteúdos normativos por ele desenvolvidos, de maneira que não existem normas sem a concretização do trabalho interpretativo, extraível do ordenamento jurídico e da realidade social.²⁰

Entretanto, essa característica da interpretação judicial não pode significar a ausência de limites em tal mister, a ponto de o direito positivo ser substituído pela subjetividade do intérprete.²¹

“Interpretar é reconstruir a partir de algo”, não há um grau zero, um espaço totalmente vazio, e isso acontece: “a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados ‘núcleos de sentidos’, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual”.²²

A discricionariedade interpretativa deve ser contextualizada com a necessidade de tomar decisões que guardem correspondência aos padrões previamente estabelecidos,²³ porque, do contrário, a discricionariedade cede espaço para o arbítrio.

O intérprete não está autorizado a ultrapassar a integridade do direito (Constituição Federal, leis, tratados internacionais e precedentes judiciais) para adotar um critério de ordem pessoal, com vertentes morais, religiosas, políticas ou de qualquer outra espécie. A integridade do direito exige o respeito ao passado, não podendo ensejar o surgimento de pluralidade de decisões distintas sobre para semelhantes.²⁴

Portanto, por ser um problema de ordem eminentemente hermenêutica, o ativismo judicial acarreta a ausência de legitimidade democrática e revela “uma faceta messiânica

²⁰ NUNES, Gustavo Henrique Schneider. Precedentes judiciais vinculantes no novo Código de Processo Civil. *Revista dos Tribunais*, vol. 970, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 77-108; NUNES CARVALHAES, Andréia Schneider. *Decisão judicial e políticas públicas: limites, controle e medidas judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 41.

²¹ ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 709.

²² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, op. cit., p. 53-54. “Em suma: a interpretação do direito envolve não apenas a declaração do sentido veiculado pelo texto normativo, mas a constituição da norma a partir do texto e da realidade. É a atividade ‘constitutiva’, não meramente ‘declaratória’. Um autor, infelizmente pouco frequentado, Nicos Poulantzas (1965:225), assinalava – a seu tempo, inovadoramente – a importância da atividade desempenhada pelo juiz em termos de objetivação necessária à existência do direito. Daí seu papel ‘criador’. Mas ele ‘cria’ (= produz) a norma não a partir do nada, e sim, inicialmente, dos textos” (GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 26).

²³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 50-51.

²⁴ DWORKIN, Ronald. *Império do direito*. Trad: Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 203-204. Ver também: DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 250-253.

como intérprete do futuro da sociedade, o ‘escolhido (vanguarda iluminista)’ para guiar a sociedade na direção do caminho correto”.²⁵

Como destacado por Dworkin, “o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico”, porque o julgador ignora o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões judiciais anteriores e as tradições da cultura política, para impor aos outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista.²⁶

À luz dessas considerações, importa registrar que o ativismo judicial e a judicialização da política são coisas distintas. Enquanto esta se manifesta como a expressão de algo contingencial, decorrente de uma Constituição analítica, da falta de efetiva concretização de políticas públicas e por meio de amplo acesso à justiça, a primeira ocorre quando o julgador substitui a integridade do direito com a adoção de alta carga de subjetividade, impulsionada por um extenso rol de princípios, cláusulas abertas ou regras de conteúdo indeterminado.²⁷

Thamy Pogrebinski²⁸ assenta que o ativismo está relacionado a três opções, que não necessitam ser atendidas de forma simultânea para a sua configuração, sendo elas: (a) a utilização do poder judicial para revisão e contestação de atos dos demais poderes; (b) a promoção de políticas públicas, por meio de decisões judiciais; (c) a ignorância de princípios como a “coerência do direito” e a “segurança jurídica” como limites à atuação judicial.

Com efeito, com a vênua de quem segue linha doutrinária distinta,²⁹ sustenta-se que todo ativismo judicial é pernicioso, porque inviabiliza o processo de tomada de decisões pela via democrática e falseia a impressão de que o direito pode sofrer medidas corretivas por meio da sustentação de argumentações pautadas no subjetivo senso de justiça do julgador, que faz tábula rasa do direito objeto, sendo a lei deixada de lado, como se um obstáculo fosse, sem que a sua incidência seja afastada do caso concreto por meio do controle de constitucionalidade difuso ou concreto.³⁰

²⁵ NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 597.

²⁶ DWORKIN, Ronald. *Império do direito*, op.cit, p. 452.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz. O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns? *Revista Consultor Jurídico*, 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 18 dez. 2019.

²⁸ POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo Judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. *Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro*, PUC, v. 9, n. 17, p. 121-143, ago./dez. 2000, p. 122.

²⁹ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista de Direito GV*. São Paulo, 8 (1) jan-jun 2012, p 37-58.

³⁰ Nesse sentido: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 606.

A defesa que ora se faz é a de que os argumentos decorrentes de princípios e atrelados à integridade do direito são mais vantajosos do que os argumentos consequencialistas.³¹

É ilegítimo considerar que toda conduta seja considerada boa quando se mostrar apta a proporcionar bons resultados para a maioria das pessoas, segundo o critério pessoal do julgador, em que pese a existência do conjunto de regras e princípios contidos no ordenamento jurídico sinalizarem a adoção de um posicionamento em sentido contrário.

No ponto, dá para fazer uma análise comparativa com o que se passou com um dos “deuses do futebol”, Diego Maradona, ao fazer um gol com o auxílio da mão – “*La Mano de Dios*” –, em jogo contra a Inglaterra, pelas quartas de final da Copa do Mundo do México, em 1986. Assim como para Maradona o que importou foi a vitória da seleção argentina, ainda que sem a observância das regras do jogo previamente definidas, o juiz ativista pauta a sua conduta pelo resultado, desprezando os limites previstos na Constituição Federal, na legislação infraconstitucional, nos tratados internacionais e nos precedentes judiciais.

A verificação da validade da conduta não pode ser reduzida ao acerto do resultado no momento em que é alcançado, pouco importando possíveis reflexos negativos no futuro. A resolução de algo no presente, numa perspectiva micro, deixa em aberto o que pode acontecer no futuro numa perspectiva macro, à luz de um jogo de incertezas, em que o arbítrio se mostra previsível em cores bastante intensas.

4. AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL

Na análise do relacionamento entre Poder Judiciário e os Poderes Executivo e Legislativo, duas teorias de origem norte-americana se destacam, são elas: o ativismo judicial (tratado no tópico anterior) e a autocontenção. Nesse sentido, destaca-se que a discussão sobre

³¹ Para Dworkin, a decisão judicial deve ser fundamentada com argumentos de princípio e não com argumentos de política. A conferir: “Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação política, econômica ou social considerável desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 36.

as teorias do ativismo e da autocontenção judicial constituem uma tentativa de compreensão do papel adequado do Poder Judiciário dentro do sistema político³².

Na lição de Luis Roberto Barroso³³, a autocontenção é o oposto do ativismo judicial, correspondendo à conduta pela qual o Judiciário reduz a sua interferência nas ações dos outros poderes, evitando aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, à espera de pronunciamento do legislador ordinário, utilizando-se de critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos e abstando-se de interferir na definição de políticas públicas.

Em reforço, Eduardo Ribeiro Moreira³⁴, aponta que a teoria da autocontenção, ao contrário do ativismo, entende que se o Legislativo não atuou, não cabe ao Judiciário completar lacunas criando direitos, nem pretender consertar políticas, tratando apenas de demandas estritamente jurídicas, sem entrar em assuntos que envolvam políticas sociais ou questões tipicamente de governo.

João Bosco de Barros Wanderley Neto³⁵, por seu turno, afirma que a autocontenção constitui uma visão mais conservadora do ativismo, com a atribuição de uma ponderação exclusivamente negativista, por intermédio de uma metodologia de contenção (*sefl-restraint*), que se vale de uma “política conservadora” de “suposta deferência aos poderes políticos”, com o objetivo de fixa a “melhor interpretação”, distinta da interpretação que deveria ter sido adotada no caso concreto.

De acordo com Luis Roberto Barroso³⁶, até a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o Judiciário brasileiro seguiu a inequívoca linha da autocontenção, com a

³²LIMA, Flávia Danielle Santiago. *Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate*. 2013. 300f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013, p. 136. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10958>. Acesso em: 24 jun. 2020.

³³BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (*Syn*)*Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012, p. 26. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 20 abr. 2020.

³⁴MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Judicialização e justificação na concretização dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. [S.I], v. 103, 2017, p. 121-137. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000172e226603f2052079b&docguid=I3976ed709dbb11e791b001000000000&hitguid=I3976ed709dbb11e791b001000000000&spos=2&epos=2&td=123&context=6&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 19 jun. 2020.

³⁵WANDERLEY NETO, João Bosco de Barros. *Ativismo judicial: entre a efetividade e a autocontenção*. 2016. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/18872#preview-link0>. Acesso em: 24 jun. 2020.

³⁶BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, op. cit., p. 26.

restrição do espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas, mas isso foi verificado na prática, sem discussão sobre a incidência das teorias do ativismo e da autocontenção judicial.

Sobre o assunto, ao contrário do que se verifica no Brasil, onde a discussão sobre o tema é relativamente recente, nos Estados Unidos o debate ocorre há décadas, tendo a doutrina da deferência administrativa, também conhecida como *Chevron deference*, sido sistematizada pela Suprema Corte americana no julgamento do caso *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, em 1984, no qual se decidiu que não cabe ao Poder Judiciário o exercício do controle jurisdicional quando uma Agência estatal, com base no seu estatuto legal, estabelece uma solução devidamente fundamentada e com lastro em interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição³⁷.

Para os adeptos da teoria da autocontenção judicial, a fiscalização da constitucionalidade representa uma atividade política e, nesse sentido, deve ser exercida com comedimento³⁸, com o “reconhecimento de que a Corte tem um objeto político que deve estar restrito a política”, identificando-se com as teorias da “modéstia judicial”, que constitui uma aproximação da “Judicial Politics”³⁹.

Deve ser consignado, no entanto, que o binômio ativismo-autocontenção judicial inevitavelmente se faz presente na maioria dos países que adotaram o modelo de Supremas Cortes ou Tribunais Constitucionais com competência para exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público, apresentando uma movimentação pendular que varia de acordo com o grau de prestígio dos outros poderes⁴⁰.

Mesmo no recente contexto brasileiro, conforme será demonstrado no tópico seguinte deste estudo, é possível verificar a existência de decisões que indicam a adoção de cada uma das teorias, especialmente em casos de grande repercussão decididos pelos nossos órgãos judiciais de cúpula (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça).

Destarte, a teoria da autocontenção representa uma contraposição aos exageros verificados com a adoção sem critérios constitucionais ou legais do ativismo judicial, sendo possível constatar, já nesse ponto da pesquisa, que as duas teorias aplicadas de forma isolada

³⁷STF, ADI 4874/DF, Rel. Rosa Weber, j. 01.02.2018, DJE 01.02.2019.

³⁸ LIMA, Flávia Danielle Santiago. Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate, op. cit., p. 136.

³⁹LIMA, Flávia Danielle Santiago. *Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal*: uma proposta de delimitação do debate, op. cit., p. 137.

⁴⁰BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, op. cit., p. 27.

não são suficientes para a construção de um controle judicial desejável em qualquer sociedade, diante da complexidade das relações jurídicas que coexistem.

5. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

O ativismo judicial colocou em evidência a atuação do Judiciário em questões envolvendo políticas públicas e o processo político decisório, anteriormente reservados aos Poderes Legislativo e Executivo, especialmente a esse último, que possui a atribuição de gerir as políticas públicas na área da saúde.

Não raras vezes, o ativismo judicial supera os limites impostos por uma visão mais clássica do papel do Judiciário⁴¹ em situações que revelam a atuação deficitária dos demais poderes, especialmente na promoção da proteção de grupos minoritários ou vulneráveis⁴².

Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto⁴³ fazem distinção entre o ativismo do Supremo Tribunal Federal com o do restante do Judiciário, cabendo ao Pretório Excelso adotar uma postura menos deferente por ser a Constituição uma ordem fundamental, representando tarefa do Judiciário a defesa de direitos fundamentais e princípios fundamentais.

Nessa perspectiva, na apreciação da possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132⁴⁴, por exemplo, o Pretório Excelso assumiu uma postura ativista ao se valer de uma técnica de interpretação conforme a constituição, para a proteção de um grupo minoritário.

⁴¹Angela Araujo da Silveira Espindola e Amanda de Moraes Weidlich criticam esse tipo de atuação do Judiciário sob a afirmação de que atualmente são proferidas decisões cada vez mais arbitrárias e afastadas da realidade (ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; WEIDLICH, Amanda de Moraes. Judicialização e ativismo: as distorções decorrentes da excessiva concretização judicial da assistência terapêutica. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto, a. XX, v. 24, n. 1, p. 121-150, 2015, jan./jun, p. 131. Disponível em: <http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/591/540>. Acesso em: 24 jul. 2020).

⁴²CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. CONSTITUIÇÃO, GOVERNO DEMOCRÁTICO E NÍVEIS DE INTENSIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, [s.i], v. 7, p. 155-204, 2015. Ago/2015. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000001719347835f0810bcc3&docguid=If07fc7b0418511e5b17b010000000000&hitguid=If07fc7b0418511e5b17b01000000000&spos=2&epos=2&td=36&context=43&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 19 abr. 2020.

⁴³CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. CONSTITUIÇÃO, GOVERNO DEMOCRÁTICO E NÍVEIS DE INTENSIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL, op.cit.

⁴⁴ STF, ADPF 132, Rel. Min. Carlos Britto, j. 050.05.2011, DJE 14.10.2011.

Como contraponto ao ativismo e seus exageros surgiu a teoria da Autocontenção Judicial, que sustenta a redução da interferência do Judiciário com relação ao que compete originariamente aos demais Poderes, com uma intervenção judicial mínima e excepcional na implementação de políticas públicas, apenas quando imprescindível para a tutela do mínimo existencial, tendo o Supremo Tribunal Federal em várias situações optado pela autocontenção em detrimento do ativismo judicial, inclusive diante dos denominados *hard cases*, que na lição de Ronald Dworkin representam os casos concretos de difícil solução⁴⁵.

No caso Raposa Serra do Sol⁴⁶, sobre a demarcação de terras indígenas, o Pretório Excelso prestou deferência ao Poder Executivo ao determinar que somente ao Poder Executivo compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas. Observou-se a postura semelhante com relação à Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/2005), tendo o STF prestado deferência ao processo legislativo, declarando a constitucionalidade da Lei na ADI 3510⁴⁷.

A teoria da autocontenção também é reconhecida e aplicada pelo STJ. Em ação envolvendo discussão sobre regras de resgate de previdência privada, o tribunal prestou deferência ao órgão regulador, considerando suas regras válidas⁴⁸. Em outro julgamento sobre o aumento real de aposentadoria complementar sem o devido custeio foi reconhecido o “descabimento da excepcional intervenção do Poder Judiciário na relação contratual”⁴⁹. No REsp 1.171.688/DF⁵⁰ o tribunal decidiu que em matéria eminentemente técnica, que envolve aspectos multidisciplinares, convém que o Judiciário atue com a maior cautela possível.

Conforme destaca Rachel Nunes de Carvalho Farias o debate em torno do ativismo judicial é antigo⁵¹. Desde 1921 Édouard Lambert manifestava preocupação com os

⁴⁵DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 129-202.

⁴⁶STF, PET 3388/RR, Rel. Carlos Britto, j. 19.03.2009, DJE 25.09.2009.

⁴⁷ STF, ADI 3510/DF, Rel. Min. Carlos Britto, j. 29.05.2008, DJE 28.05.2010.

⁴⁸STJ, REsp 1.518.525/SE, Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 19.05.2015, DJe 29.05.2015.

⁴⁹STJ, REsp 1.414.672/MG, Rel. Luis Felipe Salomão, j. 26.11.2013, DJe 03.02.2014.

⁵⁰STJ, REsp 1.171.688/DF, Rel. Mauro Campbell Marques, j. 01.06.2010, DJe 23.06.2010.

⁵¹ FARIAS, Rachel Nunes de Carvalho. O ATIVISMO JUDICIAL E A INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA ESCOLHA DE POLÍTICAS PÚBLICAS. *Revista dos Tribunais do Nordeste*, [s.i.], p. 127-150, 2014. Set./out.. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000171931282035c44ba49&docguid=Ia584e69085b611e4ad6a01000000000&hitguid=Ia584e69085b611e4ad6a010000000000&spos=1&epos=1&td=36&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1#DTR.2014.21269-n2>. Acesso em: 19 abr. 2020.

perigos da atuação judicial sem observância dos limites da sua clássica concepção⁵². Em 1942, Arthur Arthur Schlesinger Jr. usou a expressão ativismo judicial para analisar as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, classificando alguns dos juízes como ativistas, outros como contidos e os demais como moderados, verificando-se que a questão do ativismo e da autocontenção está ligada diretamente à atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos⁵³.

No entanto, esse protagonismo do Poder Judiciário tem provocado o surgimento de situações que sugerem atuações questionáveis ou de caráter político por parte dos magistrados, ensejando a defesa da tese da autocontenção, com a finalidade de equilibrar o poder conferido aos juízes, com a imposição de limitações materiais e processuais, além da fiscalização existente entre os poderes⁵⁴.

Um dos exemplos atuais mais conhecidos da utilização do ativismo como forma de imposição de condutas positivas pelo Estado é a distribuição de medicamentos e determinação de tratamentos médicos por decisão judicial⁵⁵. No Judiciário brasileiro existem milhares de ações buscando a condenação, muitas vezes solidária, dos três entes da federação ao custeio de remédios e tratamentos, alguns deles sem registro no Ministério da Saúde ou até mesmo considerados experimentais.

De acordo com Luís Roberto Barroso, a doutrina constitucional contemporânea destaca duas ideias que devem ser consideradas pelo Poder Judiciário na imposição de condutas positivas pelo Poder Público, como nas determinações de custeio de remédios e tratamentos médicos, quais sejam, as capacidades institucionais e os efeitos sistêmicos⁵⁶.

A capacidade institucional diz respeito a qual Poder está mais preparado para produzir a melhor decisão sobre a matéria, em razão dos aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade que geralmente não são do conhecimento dos profissionais da área jurídica. Em tais situações, segundo Luís Roberto Barroso⁵⁷, os membros do Judiciário deverão agir com deferência, prestigiando as manifestações do Legislativo ou Executivo,

⁵²FARIAS, Rachel Nunes de Carvalho. O ATIVISMO JUDICIAL E A INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA ESCOLHA DE POLÍTICAS PÚBLICAS. *Revista dos Tribunais do Nordeste*, op. cit.

⁵³FARIAS, Rachel Nunes de Carvalho. O ATIVISMO JUDICIAL E A INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA ESCOLHA DE POLÍTICAS PÚBLICAS. *Revista dos Tribunais do Nordeste*, op. cit.

⁵⁴ FARIAS, Rachel Nunes de Carvalho. O ATIVISMO JUDICIAL E A INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA ESCOLHA DE POLÍTICAS PÚBLICAS. *Revista dos Tribunais do Nordeste*, op. cit.

⁵⁵ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, op. cit., p. 27.

⁵⁶ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, op. cit., p. 30.

⁵⁷ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, op. cit., p. 30.

nesse sentido já decidiu o STF com relação à demarcação de terra indígenas no mencionado caso Raposa Serra do Sol⁵⁸.

Nesse contexto, observam-se alguns julgados do Supremo Tribunal Federal⁵⁹ que acolheram a deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente administrativo, desde que a solução seja devidamente fundamentada e tenha lastro em uma interpretação razoável e compatível com a Constituição, aplicando a teoria da deferência administrativa extraída do caso *Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council*⁶⁰.

O risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados, por sua vez, recomenda uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário⁶¹. Luís Roberto Barroso aponta que o juiz, seja por vocação ou treinamento, está acostumado a realizar a justiça do caso concreto (microjustiça)⁶². Desta forma, muitas vezes não possui informações ou conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões que são proferidas em casos individuais, e exemplo do que ocorre na área da saúde que ao lado de intervenções necessárias, tem-se verificado decisões extravagantes ou emocionais que podem colocar em risco a continuidade das políticas públicas de saúde, com a desorganização administrativa do sistema⁶³.

Luís Roberto Barros conclui que:

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.

Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto⁶⁴ apontam que no caso específico do STF, não cabe a adoção do ativismo e nem uma postura apenas de deferência, o que inclusive pode ser inferido nos diferentes arranjos aos quais a Suprema Corte dos Estados Unidos se submeteu.

O ativismo pode representar um instrumento fundamental para a promoção de direitos civis, mas também pode servir para a desconstrução de conquistas alcançadas. A

⁵⁸ STF, PET 3388 – RR, Rel. Carlos Britto, j. 19.03.2009, DJE 25.09.2009.

⁵⁹ STF, ADI 4874/DF, Rel. Rosa Weber, j. 01.02.2018, DJE 01.02.2019; STF, ADC 42/DF, Rel. Luiz Fux, j. 28.02.2018, DJE 13.08.2019; STF, RE 1.083.955 AgR/DF, Rel. Luiz Fux, j. 28.05.2019, DJE 07.06.2019.

⁶⁰ STF, ADI 4874/DF, Rel. Rosa Weber, j. 01.02.2018, DJE 01.02.2019.

⁶¹ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, op. cit., p. 30.

⁶² BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, op. cit., p. 30.

⁶³ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, op. cit., p. 30.

⁶⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. CONSTITUIÇÃO, GOVERNO DEMOCRÁTICO E NÍVEIS DE INTENSIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL, op.cit.

defesa do enfraquecimento do papel do Judiciário, por sua vez, pode configurar uma medida radical⁶⁵.

De acordo com Clèmerson Merlin Clève e Bruno Meneses Lorenzetto, o Judiciário atento às promessas constitucionais não deve ser nem ativista e nem deferente, operando a partir de bases racionais com sustentação na Constituição, às vezes num controle mais forte e por vezes num controle mais débil, devendo atuar entre a autocontenção e a deferência à escolha dos demais Poderes, exercendo, quando necessário, o controle mais forte (ativismo) para a proteção de determinadas situações.

Entretanto, em qualquer situação, o Judiciário deverá se manter vigilante com relação aos fundamentos da democracia, exercendo sendo o controle forte (ativismo) quando estiver diante de situações que envolvam a defesa de minorias contra a discriminação e a proteção do mínimo existencial⁶⁶.

Exercendo o controle moderado (nem ativista e nem deferente), a 1ª Seção do STJ, no julgamento dos EDcl no REsp 1.657.156-RJ⁶⁷ (recurso repetitivo) reconheceu que o Poder Público deve fornecer remédios que não estão previstos na lista do SUS, mas desde que cumpridos três requisitos:

- "i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência."

Em 22 de maio de 2019, o plenário do STF, no julgamento do RE 657.718/MG⁶⁸, com repercussão geral, analisou a possibilidade ou não de fornecimento de medicamentos que ainda não estão registrados na ANVISA. A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) é responsável pelo registro de medicamentos em todo o território nacional. Qualquer produto com alegações terapêuticas deve ser considerado medicamento e demanda registro na ANVISA para ser fabricado e comercializado⁶⁹.

⁶⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. CONSTITUIÇÃO, GOVERNO DEMOCRÁTICO E NÍVEIS DE INTENSIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL, op.cit.

⁶⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. CONSTITUIÇÃO, GOVERNO DEMOCRÁTICO E NÍVEIS DE INTENSIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL, op.cit.

⁶⁷ STJ, EDcl no REsp 1.657.156-RJ, Rel. Benedito Gonçalves, 1ª Seção, j. 12.09.2018, DJe 21.09.2018.

⁶⁸ STF, RE 657.718/MG, Rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, Plenário, j. 22.05.2019, DJe 25.10.19.

⁶⁹ ANVISA. *Registro de novos medicamentos: saiba o que é preciso*. 2018. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/registro-de-novos-medicamentos-saiba-o-que-e-preciso/219201. Acesso em: 21 abr. 2020.

Para que um medicamento seja registrado, a empresa interessada na concessão do registro deverá solicitar a concessão de registro, conforme determina a Lei 6.360/76, para posterior avaliação da ANVISA⁷⁰. Antes da aprovação, o medicamento ainda passará por uma análise criteriosa para atestar a sua qualidade, eficácia e segurança⁷¹, que pode levar anos para ser concluído, sendo possível a sua utilização com eficácia em outros países antes que venha a ser aprovado pela ANVISA.

No RE 657.718/MG, o plenário do STF adotou uma postura de moderação ao fixar a tese em repercussão geral de que o Estado não pode ser obrigado a fornecer por decisão judicial medicamentos não registrados na ANVISA, admitindo-se apenas, excepcionalmente, a concessão judicial do medicamento no caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos:

- (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);
- (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e
- (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

Recentemente, em 11 de março de 2020, no julgamento do RE 566.471, com repercussão geral, por maioria de votos (oito votos) o plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que o Estado somente pode ser obrigado a fornecer medicamentos de alto custo não disponíveis no sistema de saúde, se comprovada a necessidade extrema do medicamento e a incapacidade financeira do paciente e de sua família para sua aquisição, assentando ainda que o Estado não pode ser obrigado a fornecer remédios não registrados na ANVISA.

Destarte, diante da notória atuação deficiente dos Poderes Executivos e Legislativo com relação ao direito à saúde e à seguridade social, que constituem direitos fundamentais, não se deve cogitar uma atuação deferente por parte dos membros do Poder Judiciário. Por outro lado, torna-se necessário evitar a utilização do ativismo judicial, com a produção de decisões extravagantes ou emocionais que possam gerar um clamor pela adoção da tese da autocontenção com deferência cega ao Executivo e ao Legislativo, colocando em risco a efetivação do direito à saúde.

⁷⁰ ANVISA. *Registro de novos medicamentos*: saiba o que é preciso, op. cit.

⁷¹ ANVISA. *Registro de novos medicamentos*: saiba o que é preciso, op. cit.

Nessa perspectiva, revelam-se acertadas as decisões do Supremo Tribunal Federal nos RE 657.718/MG e RE 566.471 (ambos com repercussão geral) e do Superior Tribunal de Justiça EDcl no REsp 1.657.156-RJ (recurso repetitivo), que não atuaram de modo ativista ou com deferência cega ao Executivo, fixando parâmetros claros e racionais com sustentação na Constituição com relação aos casos envolvendo o fornecimento de medicamentos de alto custo que não estão previstos na lista do SUS ou que não possuam registro na ANVISA.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tratando-se de direito à saúde, muitas vezes o Poder Judiciário assume o protagonismo em razão da inércia dos demais Poderes da República. Limites, contudo, devem existir, evitando-se ademais que a pulverização de ações atribua apenas a alguns direitos que deveriam ser outorgados a todos por políticas públicas. A atuação do Poder Judiciário deve se dar sem excessos, sempre baseada em parâmetros científicos e focada principalmente no controle das políticas públicas. Deve atuar, outrossim, de forma residual, apenas e tão somente quando há inércia dos demais Poderes, preservando o equilíbrio entre as instituições. As decisões judiciais devem partir dos pressupostos do acesso universal e igualitário do direito à saúde, evitando o casuísmo.

Diante das considerações que foram acima apresentadas, conclui-se que se mostram equilibradas as decisões do STF e do STJ sobre o fornecimento de medicamentos de alto custo não previstos na lista do SUS ou que não possuam registro na ANVISA, não podendo, portanto, ser classificadas como ativistas ou autocontenciosas, pura e simplesmente, a partir das concepções tradicionais dos termos.

Em relação a tais decisões o que houve, em realidade, foi a prática de judicialização da saúde, com a fixação de parâmetros razoáveis extraídos de uma Constituição Federal analítica, a fim de solucionar uma questão de ordem contingencial ante a falta de concretização de políticas públicas efetivas no setor.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ANVISA. **Registro de novos medicamentos**: saiba o que é preciso. 2018. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/registro-de-novos-medicamentos-saiba-o-que-e-preciso/219201. Acesso em: 21 abr. 2020.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn)Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 20 abr. 2020.

CAMBI, Eduardo. Expansão da jurisdição constitucional e separação de poderes: uma análise sistêmica à luz da cidadania. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 916, 2012, p. 249-263. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000172cdc11029dd5963b0&docguid=Iedd2f730418511e5b17b010000000000&hitguid=Iedd2f730418511e5b17b010000000000&spos=2&epos=2&td=109&context=23&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 19 jun. 2020.

CANOTILHO, J.J. **Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. CONSTITUIÇÃO, GOVERNO DEMOCRÁTICO E NÍVEIS DE INTENSIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, [s.i], v. 7, p. 155-204, 2015. Ago/2015. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000001719347835f0810bcc3&docguid=If07fc7b0418511e5b17b010000000000&hitguid=If07fc7b0418511e5b17b010000000000&spos=2&epos=2&td=36&context=43&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 19 abr. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Trad: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Império do direito**. Trad: Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad. por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; WEIDLICH, Amanda de Moraes. Judicialização e ativismo: as distorções decorrentes da excessiva concretização judicial da assistência

terapêutica. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, a. XX, v. 24, n. 1, p. 121-150, 2015. jan./jun. Disponível em: <http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/591/540>. Acesso em: 24 jul. 2020.

FARIAS, Rachel Nunes de Carvalho. O ATIVISMO JUDICIAL E A INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA ESCOLHA DE POLÍTICAS PÚBLICAS. **Revista dos Tribunais do Nordeste**, [S.I.], p. 127-150, 2014. Set./out.. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000171931282035c44ba49&docguid=Ia584e69085b611e4ad6a010000000000&hitguid=Ia584e69085b611e4ad6a010000000000&spos=1&epos=1&td=36&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1#DTR.2014.21269-n2>. Acesso em: 19 abr. 2020.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate**. 2013. 300f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10958>. Acesso em: 24 jun. 2020.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Judicialização e justificação na concretização dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. [S.I.], v. 103, 2017, p. 121-137. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000172e226603f2052079b&docguid=I3976ed709dbb11e791b0010000000000&hitguid=I3976ed709dbb11e791b0010000000000&spos=2&epos=2&td=123&context=6&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 19 jun. 2020.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. Precedentes judiciais vinculantes no novo Código de Processo Civil. **Revista dos Tribunais**, vol. 970, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES CARVALHAES, Andréia Schneider. **Decisão judicial e políticas públicas: limites, controle e medidas judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

PELICIOLI, Angela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 169, n. 43, p. 21-30, 2006. Jan./mar.. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/169/ril_v43_n169_p21.pdf. Acesso em: 18 jun. 2020.

POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo Judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, PUC, v. 9, n. 17, p. 121-143, ago./dez. 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?** Revista Consultor Jurídico, 2013. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 18 dez. 2019.

_____. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos "Poderes do Estado". **Revista dos Tribunais**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 29, n.1, 1999, p. 66-71. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000172cca088b97933579d&docguid=I362f2170f25311dfab6f010000000000&hitguid=I362f2170f25311dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=97&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 19 jun. 2020.

_____. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista de Direito GV**. São Paulo, 8 (1) jan-jun 2012.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

WANDERLEY NETO, João Bosco de Barros. **Ativismo judicial: entre a efetividade e a autocontenção**. 2016. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/18872#preview-link0>. Acesso em: 24 jun. 2020.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. **O Processo Civil no Terceiro Milênio e os principais obstáculos ao alcance de sua efetividade**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Submetido em 25.01.2020

Aceito em 20.07.2020