

O DIREITO À SAÚDE E A CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS EXPERIMENTAIS: ANÁLISE DA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA Nº 828 E DA LEI Nº 12.269/2016

THE RIGHT TO HEALTH AND THE CONCESSION OF EXPERIMENTAL MEDICATION: ON THE SUSPENSION OF ADVANCE CLAIM RIGHTS' N. 828 AND THE LAW N. 12.269/2016*

LUCAS MATOS DA SILVA**
TAINAH SIMÕES SALES***
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA, BRASIL

Resumo: O presente trabalho versará sobre o direito à saúde na Constituição Federal de 1988, abordando sua dupla fundamentalidade, material e formal, a partir da análise da sistematização dos direitos fundamentais no texto constitucional. Além disso, destacar-se-á a necessidade de se delimitar o conteúdo de tal direito, afim de concretizá-lo. Tecer-se-ão comentários sobre a atuação do Poder Judiciário na área da saúde: papel do juiz, separação dos poderes e legitimidade democrática. Por fim, irá se analisar a Suspensão de Tutela Antecipada 828 de São Paulo conjugada com a Lei 13.269/2016.

Palavras-chave: Direito à saúde; Direitos Fundamentais; Poder Judiciário; Suspensão de Tutela Antecipada 828; Lei 13.269/2016.

Abstract: This article aims at analyzing the right to health under the Brazil's 1988 Federal Constitution by exposing its dual fundamentality, material and formal, and also analyzing the sistematization of the fundamental rights in the constitution. Furthermore, the need of set out the content of this right to materialize it. Here, will have comments on the actions by the Judicial Power in the health's sector such as the judge's role, the separation of powers and democratic legitimacy. Finally, will have an analysis of the São Paulo's suspension of advance claim rights' n.828 which is conjugated with the law n.12.269/2016.

Keywords: Right to health; Fundamental rights; Judicial Power; Suspension of advance claim rights' n. 828; Law nº 13.269/2016.

* Artigo recebido em 07/07/2016 e aprovado para publicação pelo Conselho Editorial em 20/07/2016.

** Graduando de Direito da Universidade de Fortaleza. E-mail: lucasmatos1223@gmail.com.

*** Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). E-mail: tainahsales@gmail.com .
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/5007416477494880>

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 deu um novo tratamento a saúde, rompendo com a seletividade que havia anteriormente nos outros textos. Isso ocorreu em razão do constituinte de 87/88 perceber a importância da proteção e promoção da saúde para outros direitos fundamentais de igual valor para o indivíduo, por exemplo, o direito à vida, à liberdade etc. Além disso, pela relação íntima entre o direito à saúde e o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que, caso não se tenha a concretização de uma vida com um mínimo de saúde adequada, não há que se falar em dignidade humana.

Diante de tal constatação, é que se realça a importância de afastar qualquer óbice à disciplina conferida aos direitos sociais, vale dizer, estes têm os mesmos efeitos dos direitos individuais: aplicabilidade e eficácia imediata. No entanto, possuem eventuais diferenças, *v. g.*, modo de concretização.

O que torna a efetividade do direito à saúde, assim como outros direitos sociais, peculiar é o fato de possuir uma dimensão programática, dando a concluir equivocadamente que está submetida ao bel-prazer do legislador e do administrador público. Contudo, o direito em comento possui uma dimensão individual, haja vista que é necessário garantir-se um mínimo fisiológico- uma das dimensões do mínimo existencial- para o indivíduo, de tal sorte, que surge um direito público subjetivo, quando em xeque tal garantia fundamental.

A assertiva feita no parágrafo anterior parece óbvia e pode até ser, todavia a problematização de resguardar-se o núcleo essencial do direito à saúde é saber quais são as prestações mínimas que compõe esse mínimo.

Justamente, nessa situação de falta de delimitação e necessidade de garantia do direito à saúde, é que se faz oportuna a atuação do Poder Judiciário, porém este quase sempre irá agir interferindo nas políticas públicas que, regra geral, são de competência dos Poderes eleitos. Pergunta-se: *O Judiciário não carece de legitimidade democrática para execução de tal tarefa? Democracia resume-se ao princípio majoritário? E a separação dos poderes?* Tais indagações já deixam clarificado que se trata de assunto complexo, que necessita de equilíbrio e ponderação para se evitar o endeusamento da figura do juiz, violação aos direitos fundamentais e o distanciamento do povo da atividade política.

Por fim, será analisada a Suspensão de Tutela Antecipada 828 conjugada com a Lei 13.269 de 2016, com o intuito de se apontar os pontos positivos e negativos.

A metodologia utilizada foi a bibliográfica, em específico em artigos científicos, livros e jurisprudência.

2. Direito à saúde à luz da Constituição Federal de 1988

É oportuno, antes de adentrar no exame acerca do tratamento conferido ao direito à saúde pela Constituição Federal de 1988, tecer algumas reflexões doutrinárias sobre a posição dos direitos fundamentais na sistemática constitucional atual.

A Lei Maior de 1988 inovou em relação à posição topográfica estabelecida aos direitos fundamentais, porquanto foram positivados logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, por conseguinte, isso implica que tais direitos obtiveram atenção privilegiada do constituinte originário e, ademais, servem como vetores interpretativos ao hermenauta. Em outras palavras, traduz-se em “maior rigor lógico, na medida em que os direitos fundamentais constituem parâmetros hermenêuticos e valores superiores de toda ordem constitucional e jurídica”¹.

Outro ponto interessante foi a positivação dos direitos sociais no Título II- Dos Direitos e Garantias Fundamentais- o que possibilita aferir que estes direitos devem ser observados de igual maneira em relação aos direitos individuais, uma vez que nas Constituições anteriores eram positivados no capítulo da ordem econômica e social e, muitas vezes, apenas eram considerados normas programáticas², contudo deve-se levar em consideração eventuais diferenças, por exemplo, o modo de concretização.

Todavia, destaca-se que não se está fazendo a tradicional e criticada dicotomia, a saber: direitos individuais demandam apenas a abstenção do Estado para poderem ter efetividade e os direitos sociais necessitam de prestações materiais do Estado para possuir efetividade. Não obstante alguns direitos sociais, de fato, precisarem de prestações positivas por parte do Poder Público, isso não significa que outros direitos sociais necessitem. À título de exemplo, as liberdades sociais têm um conteúdo negativo, ou seja, demandam que o Estado

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. p. 66.

² Idem, *ibidem*.

se abstenha para que o indivíduo possa gozar de tais liberdades. Assim, pode-se elencar os direitos de greve, de sindicalização. Além das liberdades sociais, há ainda os direitos conferidos aos trabalhadores, por exemplo, o direito de férias, ao repouso semanal remunerado etc.

O art. 5º, § 1º da Carta da República de 1988 é mais uma inovação importante para a sistemática dos direitos fundamentais, pois aduz que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Esse dispositivo demonstra que o constituinte originário pretendeu deixar evidenciado que os direitos fundamentais devem ser aplicados em sua máxima eficácia possível (mandado de otimização), isto é, o mandamento insculpido no artigo em tela tem natureza principiológica³.

Mais uma vez avulta-se a distinção entre os direitos individuais e os direitos sociais, haja vista que se tomar a posição do art. 5º, § 1º irá perceber-se que este está no Capítulo I- Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos- desse modo, o intérprete pode ser levado a arrematar que os direitos sociais não são abarcados por tal norma, todavia, essa conclusão parece ser equivocada, porquanto utilizando-se de uma interpretação literal- sabe-se que não é a melhor interpretação, mas nessa explanação será útil- observa-se que o art. 5º, § 1º não aduz que somente as normas que definem os direitos fundamentais individuais irão ter aplicação imediata, pelo contrário, assevera que serão as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, ou seja, o constituinte originário não realizara nenhuma restrição. Uma outra justificativa para tal posicionamento é o fato da técnica legislativa utilizada na elaboração da Constituição de 1988 ter sido considerada um de seus pontos problemáticos⁴.

Outro dispositivo que merece ser mencionado e analisado em virtude dos desdobramentos que acarreta é o art. 5º, § 2º. Esta norma trata-se de uma cláusula de abertura expressa que aduz que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”⁵.

³Idem, p. 270.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 42.

⁵ No sentido de evidenciar a importância de tal cláusula para a proteção dos direitos fundamentais, observe-se as palavras de Cristina Queiroz : “como inexiste um elenco exaustivo de possibilidades de tutela, também não existe um rol fechado dos riscos para a pessoa humana e os direitos que lhe são inerentes”. Em outros termos, como não há um rol *numerus clausus* de riscos para os direitos fundamentais, de igual modo, não se pode ter um rol fechado para as hipóteses de tutela. Apud SARLET, op. cit. p. 84.

Assim, a primeira ilação que se pode realizar é que o rol de direitos fundamentais do art. 5º da CF/88 não é taxativo, de tal sorte, faz-se pertinente a sistematização proposta por Sarlet⁶ em face desse preceito, a saber: no primeiro grupo estarão os direitos fundamentais que estão no rol do art. 5º e os que estão espalhados pelo texto constitucional, bem como os oriundos dos tratados internacionais expressamente positivados; no segundo grupo estarão os direitos fundamentais implícitos e os decorrentes do regime e dos princípios. Ressalta-se, que para este trabalho só interessará o primeiro, pois é o lugar que o direito à saúde pertence.

Analisando, destarte, o primeiro grupo de direitos fundamentais da classificação proposta, infere-se que ele resguarda tanto os direitos individuais como os direitos sociais, pelas mesmas razões já esgrimidas acerca do art. 5º, § 1º da Carta da República de 1988.

Há dois critérios que servem de instrumentos para conferir a determinado direito a fundamentalidade material dos direitos fundamentais, quais sejam, o critério da importância e o critério do conteúdo. Aquele significa que determinado direito é tido como fundamental não em razão necessariamente do bem jurídico que esteja sendo salvaguardado, porém em virtude da importância que lhe é outorgada pelo constituinte em determinado tempo e espaço⁷. Em outros termos, o bem jurídico protegido pode até ter um valor considerável, mas isso não é, por si só, suficiente para que o direito que o resguarda seja elevado à categoria de direito fundamental. Exemplo disso é o direito à saúde. Porém procurar-se-á demonstrar que o constituinte brasileiro em relação a este direito atendeu ao critério da importância mais à frente.

O critério do conteúdo, por sua vez, é mais complexo, porquanto “a decisão de se ter determinada posição jurídica tida como equiparada à dos direitos fundamentais do catálogo pressupõe um mínimo de clareza no concernente ao paradigma escolhido”⁸. Ressalte-se, que tal paradigma deve ser escolhido conforme o direito constitucional positivo vigente.

Defronte ao que foi esposado, mesmo que sucintamente, buscar-se-á enquadrar o direito à saúde na sistemática descrita acima.

⁶ SARLET, op. cit. p. 87.

⁷ Idem, p. 92.

⁸ Idem, p. 93.

A *Lex Mater* de 1988 foi a primeira a atribuir ao direito à saúde a característica de direito fundamental, conquanto isso não significa dizer que as Cartas anteriores não tenham positivado normas que versassem sobre a saúde⁹.

Na verdade, nas sistemáticas anteriores o direito à saúde era tratado com seletividade, visto que só quem era atendido pelo sistema público era o indivíduo que contribuísse para a Previdência Social, por conseguinte, o trabalhador informal estava excluído¹⁰, mas com o advento da atual Constituição expungiu-se essa seletividade—é o que se pode depreender do art. 196 da CF/88— logo, todos os indivíduos têm direito à saúde.

Ademais, destaca-se que o conceito de saúde empregado pela Lei Fundamental de 1988 não é o negativo, isto é, não é apenas a ausência de doença, conseqüentemente, pode-se intuir que a real intenção do constituinte foi resguardar a saúde por meio de variados aspectos, quais sejam, ambientais e sociais¹¹. Esse entendimento pode ser auferido da leitura do art. 200 da CF/88 que irá dizer as atribuições de forma exemplificativa do Sistema Único de Saúde—SUS¹² e do art. 3º da Lei 8.080/1990¹³. Dessa forma, é correto afirmar que as políticas públicas que irão buscar dar efetividade ao direito à saúde serão complexas¹⁴.

Em razão do que já foi esposto, evidencia-se que o constituinte de 87/88 atribuiu grande importância a saúde no atual texto constitucional, pois garantiu-a a todos os indivíduos

⁹ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUSA, André Evangelista de; *A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamento e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências*. p. 5.

¹⁰ RUBIM, Thiago Freitas. *Delimitação do sentido normativo dos princípios da universalidade, integralidade equidade do direito à saúde como parâmetro mitigador da judicialização excessiva*. Monografia (graduação). Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. p. 29.

¹¹ Idem, p.31.

¹² Art. 200 da CF/88: “ 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. ”

¹³ Art. 8º da Lei 8.080/90: “ Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.”

¹⁴ FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Supino. Direito à saúde, Recursos Escassos e Equidade: Os Riscos da Interpretação Judicial Dominante. *Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 52, nº1, 2009*. p. 225.

(art. 196 da CF/88), afirmou que é de relevância pública as ações e serviços de saúde, devendo o Estado regulamentar, fiscalizar e controlar nos termos da lei (art. 197 da CF/88), institui o SUS (art. 198 da CF/88), ademais, positivou a saúde como direito social (art. 6º da CF/88), entre várias outras normas que poderiam ser citadas.

Destarte, não há dúvidas que houve uma ruptura com o esboço anterior (seletivo). Assim, conforme a classificação preteritamente explicada, especificamente quanto ao critério da importância, parece que este foi atendido, uma vez que houve uma mudança substancial no tratamento outorgado ao direito à saúde na sistemática constitucional atual.

Quanto ao critério do conteúdo, irá adotar-se como paradigma o princípio da dignidade da pessoa humana, todavia não se nega a possibilidade de se adotar outros princípios como paradigma.

O princípio da dignidade da pessoa humana foi positivado na Constituição de 1988 como fundamento da República Federativa do Brasil, logo, servindo como vetor interpretativo para todo o ordenamento jurídico e constitucional e revestido como valor superior. Assim, o valor dignidade da pessoa humana deve ser preservado e, além disso, ser considerado como limite intransponível para as ingerências estatal e dos particulares¹⁵.

A doutrina majoritária, segundo Ingo Sarlet, aduz que o elemento nuclear da dignidade da pessoa humana reside na sua autonomia e direito de autodeterminação de cada pessoa¹⁶. Diante de tal constatação, avulta-se, dessa forma, a importância do bem jurídico saúde, porquanto o indivíduo que não possui as condições fisiológicas básicas- não obstante a Constituição de 1988 adotar o conceito positivo, entende-se que essas condições são, num primeiro momento, essenciais para que o indivíduo não tenha a própria dignidade renunciada- não terá autonomia, tampouco, poderá autodeterminar-se.

Em face de tais premissas, pode-se arrematar que o direito à saúde goza da fundamentalidade material dos direitos fundamentais, pois demonstrou-se que há o atendimento aos requisitos da importância e conteúdo supramencionados anteriormente.

Quanto à fundamentalidade formal, também o direito à saúde possui em razão do art. 5º, § 2º, que abarca não só os direitos individuais, mas de igual maneira os direitos sociais, pelas razões já demonstradas anteriormente, assim, não irá se tecer mais nenhum comentário.

¹⁵ SARLET, op. cit. p. 108.

¹⁶ Idem, p. 100-101.

Demonstrado que o direito à saúde tem tanto a fundamentalidade material como a fundamentalidade formal, vale debruçar-se acerca do seu conteúdo.

Conforme o texto constitucional, é dever do Estado mediante políticas públicas garantir o direito à saúde (art. 196 da CF/88), ademais, instituiu o SUS (art. 198 da CF/88) e atribuiu a este competências de forma exemplificativa (art. 200 da CF/88), contudo, não aduziu os meios pelos quais o Poder Público irá atingir tais objetivos. Em razão disso é que se classifica o direito à saúde como uma norma programática, porém, mesmo possuindo essa característica isso não significa que essa norma não possua juridicidade¹⁷.

Na mesma senda, Luís Roberto Barroso arremata que “a elas (**normas programáticas**) é reconhecido um valor jurídico idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição, como cláusulas vinculativas, contribuindo para o sistema através dos princípios, dos fins e dos valores que incorporam”¹⁸

Desse modo, faz-se necessário buscar delimitar-se tal conteúdo para que seja possível concretizá-lo, caso não se tenha esse entendimento, irá se emergir um cenário de insegurança jurídica, com a perda de sua força normativa, afinal “fazer simples referência ao instituto sem identificar os seus elementos poderá redundar em uma banalização deste direito”¹⁹. Nesse mesmo sentido, também aduz Roberto Barroso “como cláusulas gerais que são [**dignidade da pessoa humana, vida e saúde**], comportam uma multiplicidade de sentidos possíveis e podem ser realizados por meio de diferentes atos de concretização”²⁰.

No entanto, o direito à saúde não se resume a dimensão programática, na verdade, abarca também uma dimensão individual²¹. Assim, o indivíduo tanto poderá ter o direito subjetivo público de exigir do Estado uma abstenção para que sua saúde não seja prejudicada como também poderá exigir uma prestação em face do Estado (direito originário), além disso, tal direito poderá ser exigido coletivamente.

¹⁷ DA SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 81.

¹⁸ BARROSO, op. cit. p. 115.

¹⁹ SALES, Tainah Simões; CORTEZ, Maysa Cortez. O mínimo existencial à luz da jurisprudência do STF. In: CONPEDI/UFPB. (Org.). *Acesso à Justiça II*. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2015, v. 1, p. 315.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado, Porto Alegre, v.31, jul/dez. 2007*. p. 103.

²¹ SARLET, op. cit. p. 294-295.

Aqui, é mister esclarecer um ponto. Malgrado o direito à saúde ser um direito social, isso não implica que só poderá ser exigido de forma coletiva, pois os direitos sociais levam em consideração a pessoa individualmente considerada, ou seja, o indivíduo na sua relação com a sociedade. No mesmo sentido aduz Ingo Sarlet “ [...] os direitos humanos e fundamentais (civis, políticos e sociais), são sempre direitos referidos, em primeira linha, à pessoa individualmente considerada [...]”²².

Nessas situações, realça-se a importância do instituto do mínimo existencial, uma vez que tal mínimo deve ser garantido pelo Estado, sob pena de se inobservar a dignidade da pessoa humana, porém é necessário definir quais são as prestações mínimas que são indispensáveis para que se possa salvaguardar um mínimo fisiológico. Nesse mesmo diapasão, buscando recursos para se definir as prestações mínimas para uma vida condigna em relação à saúde, Ana Paula de Barcellos faz referência ao consenso social²³, que seria, em suma, um consenso comunitário acerca de quais situações estaria evidenciada a violação a dignidade da pessoa humana.

Ainda nessa mesma problematização, vale ressaltar, que o conteúdo do mínimo existencial, especificamente, no caso, o mínimo fisiológico é variável conforme as circunstâncias socioeconômicas, expectativas e necessidades do momento²⁴.

Diante de tudo que foi exposto alhures, demonstrou-se que o direito à saúde abarca tanto a fundamentalidade formal como a fundamentalidade material, ainda ressaltou-se que tal direito possui dupla titularidade, o que evidencia a complexidade de seu manejo.

3. Atuação do judiciário na área da saúde

²² SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n°10, jan/mar, 2010. p. 216.

²³ “Entretanto, se a sociedade não for capaz de reconhecer a partir de que ponto as pessoas se encontram em uma situação indigna, isto é, se não houver consenso a respeito do conteúdo mínimo da dignidade, estar-se-á diante de uma crise ética e moral de tais proporções que o princípio da dignidade da pessoa humana terá se transformado em uma fórmula totalmente vazia, um signo sem significado correspondente”. BARCELLOS, Ana Paula. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletivas e abstratas. *Revista da Defensoria Pública*, ano 1, n°1, jul/dez, 2008. p. 139.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas sobre a dogmática do mínimo existencial no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de Vitória*, v.16, n°1, jan/jun, 2015. p. 221.

O presente tópico visa a analisar o papel do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde, no entanto, para que esse objetivo seja satisfatoriamente alcançado é pertinente traçar alguns comentários, de forma sucinta, sobre a evolução do papel do juiz em um contexto geral e em um contexto nacional. Ademais, deve-se compreender algumas discussões que necessariamente surgem diante dessa questão, quais sejam: separação dos poderes e legitimidade democrática- vale dizer, que esse rol catalogado é exemplificativo, uma vez que não será analisada a teoria da reserva do possível em razão do espaço do presente trabalho.

O papel do juiz perante a sociedade, o administrador e o legislador alterou-se de acordo com a evolução do Estado Liberal para o Estado Social. Naquele o magistrado não tinha liberdade para realizar uma interpretação criativa do Direito, devendo, desse modo, diante de lacunas legais abster-se de criar qualquer solução para o caso concreto em conformidade com o ordenamento jurídico vigente. Assim, a única forma de interpretação cabível diante das demandas que se apresentavam era a subsunção, que era o encaixe do fato à norma jurídica. Tratava-se, portanto, de uma concepção cujo Direito regulava uma sociedade unificada e pacífica²⁵, ou seja, pensava-se que apenas as normas expressas no ordenamento eram capazes de solucionar os problemas da comunidade.

Porém, posteriormente, deduziu-se que a regulação conforme preceituada pelo Estado Liberal era falha, porquanto não existiam controles jurídicos sobre a autonomia da vontade, sobre os problemas sociais e isso era oriundo da principal característica dessa forma estatal, qual seja, a abstenção. Assim, a clássica lei formal- aplicada mediante subsunção- começou a sofrer críticas dando ensejo à reivindicação de sua materialização²⁶. Em outras palavras, exigia-se uma igualdade baseada nas diferenças de cada indivíduo ou grupo de indivíduos, a intitulada igualdade material.

Essa crise do Estado Liberal é impulsionada, sobretudo, pelos movimentos sociais, pela classe operária que requeriam uma mudança na estrutura política liberal, assim, salta aos olhos a mutação do papel do juiz. Como o Estado Social tem como característica a intervenção, com o escopo de combater as desigualdades sociais, mediante, muitas vezes, por prestações materiais, criou-se a expectativa- inevitável, segundo Valentin Thury Cornejo²⁷- dos

²⁵ CORNEJO, Valentin Thury. *Juez y División de poderes hoy*. Ciudad Argentina: Buenos Aires, 2002. p. 234.

²⁶ Idem, p. 243.

²⁷ Id. p. 240.

indivíduos em relação ao Estado de que nesse momento os problemas sociais seriam resolvidos, por conseguinte, o juiz deixa de ser apenas a boca que pronuncia a lei, como aduzia Montesquieu, passando a ser mais ativo em face das demandas apresentadas, isto é, ele passa a dar soluções à lacunas legais e não mais abster-se²⁸.

Em suma, os juízes passaram a buscar/dar concreção aos objetivos oriundos do Estado Social²⁹ e isso só foi possível pela mudança da hermenêutica empregada, antes utilizava-se demasiadamente a técnica do formalismo jurídico- subsunção³⁰ -passando-se, posteriormente, ao uso da interpretação criativa do Direito³¹.

Sendo assim, de plano, é lícito inferir que a doutrina clássica da separação dos poderes começou a sofrer relativizações, conforme a evolução histórica sucintamente apresentada acima.

Abordado o papel do juiz no contexto geral, agora, tratar-se-á do papel dele no contexto nacional.

A expansão da atuação do Poder Judiciário não se deu apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, na verdade, esta consolidou-a³². Para demonstrar o que se está afirmando analisar-se-ão os institutos do mandado de segurança e da ação popular.

Com o advento da Constituição de 1891 foi consagrado o instituto do *habeas corpus*, que visava salvaguardar o direito de ir, vir e permanecer do indivíduo, dessa maneira, não havia outro instrumento que resguardasse os demais direitos. Diante de tal situação, a Constituição de 1934 trouxe o instituto do mandado de segurança, que objetivava tutelar direito líquido e certo, ainda que não constitucional e nem fundamental. Percebe-se, desse modo, que o juiz tinha outra possibilidade, além do *habeas corpus*, para se dirigir a uma autoridade e ordenar o cumprimento de determinada conduta³³. Logo, o juiz já começava a ter maior espaço de atuação.

²⁸ Id. p. 241.

²⁹ FURTADO, Emmanuel Teófilo; CAVALCANTE, Carlos Henrique de Aragão. O fenômeno da judicialização da política: tensão entre democracia e constitucionalismo. p. 1749-1750.

³⁰ Idem. p. 1750.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Pensar*, v.18, n.3, set/dez, 2013. p. 892.

³² FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. O Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 198, out/dez, 1994. p. 4.

³³ Idem. p. 5

Ainda sob a égide da Constituição Federal de 1934, foi positivada a ação popular. Esta poderia ser movida por qualquer cidadão, quando o administrador público praticasse algum ato lesivo. Assim sendo, infere-se que este tem um conceito mais abrangente que legalidade, por conseguinte, essa ação deu início a apreciação do Judiciário sobre atos de governo³⁴. Ademais, houve uma extensão do conceito de patrimônio público, que antes referia-se aos bens de valor monetário, passando a abarcar bens artísticos, culturais, históricos, o meio ambiente etc³⁵. Dessa maneira, evidencia-se que a partir dessas análises resumidamente supracitadas, o juiz passou a ter uma maior liberdade para determinar o conteúdo, a abrangência de tais conceitos- lesividade, bens culturais, históricos etc.

Essa expansão consolida-se com a Constituição Federal de 1988, que além de manter os institutos do mandado de segurança, do *habeas corpus* e da ação popular, tem ainda em seu texto o sistema híbrido de controle de constitucionalidade das leis, variados conceitos indeterminados, por exemplo, dignidade da pessoa humana, vida, saúde, entre outros.

Quanto ao controle de constitucionalidade, o Brasil adota tanto o difuso como o concentrado, vale dizer, o Judiciário pode exercer esse controle de forma incidental (diretamente sobre os casos concretos) ou pode exercê-lo abstratamente (lei em abstrato), neste caso, mediante as variadas ações de controle de constitucionalidade. Some-se a isso, o extenso rol de legitimados do art. 103 da C/88 para propor ação direta de inconstitucionalidade. Em razão disso, é que Luís Roberto Barroso³⁶, Oscar Vilhena³⁷, entre outros doutrinadores, aduzem que o sistema de constitucionalidade brasileiro insculpido pela Carta Política de 1988 é um dos fatores que ensejam a chamada judicialização.

Ainda, vale ressaltar, como fatores da dilatação da atuação do Judiciário brasileiro, as características da Constituição vigente. Esta, afirmam os doutrinadores, é analítica, abrangente, compromissória, desconfiada do legislador³⁸ e ambiciosa³⁹. Tentando sintetizar tais caracteres pode-se aduzir que a Lei Fundamental de 1988 trouxe para seu texto assuntos que anteriormente não regulava e em razão disso evidencia sua desconfiança em face do legislador;

³⁴ Id. p. 5

³⁵ Idem. p.6

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. p. 2.

³⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV, São Paulo, jul-dez 2008*. p. 447.

³⁸ FILHO, op. cit. p. 15; BARROSO, op. cit. p. 4.

³⁹ VIEIRA, op. cit. p. 446.

además, o texto constitucional buscou harmonizar valores, muitas vezes, conflitantes de várias ideologias, por isso que se diz que a Carta atual é compromissória⁴⁰.

Diante dos fatores que foram colacionados e outros que serão apresentados quando se for discorrer de cada questão em espécie- separação dos poderes, legitimidade democrática e reserva do possível- fazem com que doutrinadores, por exemplo, Roberto Barroso⁴¹ e Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴² aduzam que o esboço traçado pela Constituição Federal de 1988 proporciona a denominada judicialização da vida.

Antes de debruçar-se, de fato, acerca das problemáticas de forma individual, é pertinente fazer uma breve menção ao fenômeno do neoconstitucionalismo, visto que este teve significativa influência na expansão do Judiciário.

O neoconstitucionalismo surgiu após o segundo pós-guerra como reação as barbaridades perpetradas pelo nazismo e fascismo⁴³. Isso ocorreu de tal modo que o ser humano transformou-se em meio para se atingir interesses escusos.

O que causou mais espécie a esse fato histórico foi a permissão legal para tais atrocidades, pois nessa época predominava uma “cultura jurídica legicêntrica”⁴⁴, isto é, demasiadamente apegada a letra da lei; conjuga-se a isso a circunstância das constituições não serem dotadas de normatividade, vale dizer, eram consideradas textos que traziam em seu bojo promessas políticas, todavia não vinculavam o Poder Público.

Desse modo, o fenômeno *sub examine* vem com o intuito de romper com esse paradigma e, conseqüentemente, buscar atribuir força jurídica, centralidade e superioridade as constituições⁴⁵. Estas, imbuídas por esse movimento, passaram a positivar em seus textos valores, princípios e aumentaram a expansão de conflitos específicos e gerais em relação às normas que tratam de visões filosóficas diversas⁴⁶.

⁴⁰ GARCIA, Emerson. Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. *Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais- DE JURE*. p. 57.

⁴¹ BARROSO, op. cit. p. 2.

⁴² FILHO, op. cit. p. 13.

⁴³ v. BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. *Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 240, abr/jun, 2005*. p. 86; SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*.

⁴⁴ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*.

⁴⁵ BARCELLOS, op. cit. 84.

⁴⁶ O primeiro grupo de características- força jurídica, centralidade e superioridade- traduz-se no sentido de que as constituições são dotadas de juridicidade pelo fato de serem normas jurídicas, por si só; são o centro do ordenamento jurídico, de tal sorte, que servem de fundamento para os demais ramos do Direito e, ainda, como

Em face dessas considerações que foram esposadas acerca do neoconstitucionalismo, outra consequência desponta com o fito de dar concretude as premissas supramencionadas, qual seja, o protagonismo do Poder Judiciário⁴⁷, este, contudo, ponto de severas críticas realizadas pela doutrina, que serão suscitadas mais adiante.

Partir-se-á, agora, para análise das questões específicas, começando pela separação dos poderes.

Em relação a esta já pode-se apontar mudanças em relação a doutrina clássica, como já foi preteritamente desenvolvido no início deste tópico, quando se falava sobre a transição do Estado Liberal para o Estado Social e como isso influenciou na atuação do juiz. Assim, assentou-se que este não poderia mais prestar-se a função da boca que pronuncia a vontade da lei, devendo prestar-se a uma atuação mais positiva, criativa do Direito, em virtude das novas expectativas trazidas pelo Estado de bem-estar. De tal sorte, que é possível asseverar que o juiz se transformou em um ator político deveras importante na busca da concretização dos objetivos do Estado.

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo variadas ideias advindas de ideologias contrapostas com o escopo de harmonizá-las. Desse modo, é que se diz que ela é compromissória. Diante de tal contexto, o intérprete- ressalte-se, os três Poderes- deve analisar, primeiramente, os influxos que incidem sobre a norma, posteriormente, a relação com os demais influxos existentes no texto constitucional, afim de preservar-se as opções fundamentais do constituinte e o princípio da unidade constitucional⁴⁸. De tal sorte, que os influxos liberais não devem anular os sociais e vice-versa⁴⁹; na verdade, tais influxos complementam-se⁵⁰.

consequência deste caractere, gozam do ápice da hierarquia da ordem jurídica. Por seu turno, o segundo grupo-positivação de valores, princípios, opções políticas e, ainda, do aumento de conflitos específicos e gerais- refere-se à elementos normativos que se vincularam diretamente a valores como dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais e/ou a opções políticas, como, *verbia gratia*, combate às desigualdades sociais e regionais. Ainda nesse mesmo grupo, poderão ocorrer conflitos que decorrem de pretensões que, às vezes, podem colidir-se, contudo, devem buscar conviver e se harmonizarem- exemplo disso é a colisão entre determinado direito fundamental com outro ou um princípio constitucional. Por fim, os conflitos gerais representam o embate entre as teses substancialista e procedimentalista que se remetem a discussão de qual o papel que as constituições devem realizar. Idem.p. 85

⁴⁷ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*.

⁴⁸ GARCIA, op. cit. p. 57

⁴⁹ PASSOS, Daniel Silva. *Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade*. Saraiva: São Paulo, 2014 p. 78.

⁵⁰ CORNEJO, op. cit. p. 247.

Assim, a separação de poderes surge como instrumento de proteção dos valores fundamentais escolhidos pelo constituinte⁵¹; em outros termos, se o Judiciário se deparar com uma lesão a determinado direito fundamental em decorrência de determinada política pública ou ato legislativo, irá reparar tal lesão; vale dizer, que esse procedimento vale também para os demais Poderes, Executivo e Legislativo, todavia aventam-se duas perguntas: 1º) *Em questões estritamente políticas, o Judiciário terá legitimidade democrática para invalidá-las?* 2º) *Caso o Judiciário tome uma decisão manifestamente inconstitucional, quem irá fulminar tal decisão?*

As duas perguntas fazem conexão com a democracia; esta é compreendida, genericamente, como governo da maioria momentânea, mas é corrente a afirmação de que seu aspecto formal não é suficiente para sua efetivação⁵², haja vista que se se reduzir a concepção de democracia ao princípio majoritário tão-somente, não se tratará, de fato, de um governo democrático, todavia de um governo tirânico ou ditatorial⁵³. Exemplo disso é a situação esposada por Roberto Barroso em que, se existirem oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, aquele grupo não poderá arremessar este pela janela pelo simples fato de ser maioria⁵⁴.

Destarte, é imperioso salvaguardar-se os direitos da minoria, de tal modo, que esta possa participar do jogo político em igualdade de condições, por conseguinte, podendo assumir o poder. Quando o Poder Judiciário atua nesse sentido- proteção e promoção dos direitos fundamentais- sua atuação é legítima, porquanto age em prol da própria democracia, de tal sorte, que esta não se extingue por causa dos limites, na verdade, tornar-se efetiva⁵⁵.

Aqui, deve-se fazer uma ligeira digressão sobre as teorias constitucionais dirigentes e democráticas-deliberativas, com o escopo de afirmar que o direito à saúde é de suma importância em ambas as teses, logo, legitimando a atuação do Judiciária na área da saúde.

Na esteira do que preleciona Souza Neto⁵⁶, a teoria constitucional dirigente entende a democracia como um instrumento que visa a realização de um projeto social insculpido na constituição, assim, a igualdade material é o objetivo que deve ser perseguido por um regime dito democrático, logo, os direitos fundamentais devem ser concretizados para que se possa

⁵¹ Emerson Garcia. P. 63.

⁵² v. SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.*; BARROSO, op. cit. p. 12.; BARCELLOS, op. cit. p. 88; GARCIA, op. cit. p. 63; PASSOS, op. cit. p. 82.

⁵³ PASSOS, op. cit. p. 82.

⁵⁴ BARROSO, op. cit. p. 12.

⁵⁵ PASSO, op. cit. p. 85. BARROSO, op. cit. p. 12.

⁵⁶ NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria da Constituição, democracia e igualdade.* p. 7 e ss.

atingir tal fim; por outro lado, a teoria constitucional democrática-deliberativa aduz que a igualdade material é condição da democracia, conseqüentemente, os direitos fundamentais que garantem essa igualdade devem ser concretizados, sob pena da democracia nem existir. Ressalte-se, que não são todos os direitos fundamentais, na verdade, são aqueles que proporcionam aos indivíduos participação efetiva no processo político. Em ambas as teorias os direitos sociais prestacionais são reconhecidos como condições materiais mínimas para o exercício democrático.

Desse modo, pode-se asseverar que a concretização do direito à saúde é imprescindível nas duas teorias, porquanto o indivíduo que não possui o mínimo de saúde compatível com a sua dignidade não irá participar efetivamente do jogo político. Portanto, como consequência desse breve raciocínio, deduz-se que a garantia de um mínimo de saúde compatível com a dignidade é pressuposto necessário para o exercício da liberdade no âmbito político.

Por fim, encerrando a questão da legitimidade democrática, deve-se expor as críticas dirigidas a figura do magistrado, em razão da visão que, muitas vezes, considera este semideus e blindado à influência política⁵⁷. Consequência disso é o distanciamento do povo em relação aos Poderes Legislativo e Executivo⁵⁸, ou seja, isolam-se as instâncias políticas para se prestigiar um “governo a moda platônica”⁵⁹. Desse modo, as decisões proferidas pelos juízes ou tribunais, quando em consonância com a opinião pública e a mídia, mesmo que equivocada e futuramente acarrete efeitos indesejados, serão aplaudidas, porquanto são emanadas de indivíduos imparciais, que são escolhidos mediante concurso público e que são imunes a qualquer tipo de influência indesejada; diferentemente, dos parlamentares e do chefe do executivo que são vistos como “ignorantes, corruptos, interesseiros, demagógicos...”⁶⁰

Na verdade, isso engendra a figura nefasta do paternalismo do Estado, pois o povo continua inerte⁶¹, esperando que o Judiciário o socorra, ao invés, de exigir do Legislativo e do

⁵⁷ Vale destacar, que não se está afirmando que o Judiciário é corrupto, na verdade, busca-se tão-somente mostrar que ele sofre influências assim como os demais Poderes, Executivo e Legislativo.

⁵⁸ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*.

⁵⁹ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*.

⁶⁰ FILHO, op. cit. p. 16.

⁶¹ Bem verdade que essa apatia vem melhorando; exemplo disso, hodiernamente, são as manifestações pró e contra o impeachment da atual Presidente da República- deixe-se claro que esse exemplo é apenas para evidenciar a mudança de comportamento do povo brasileiro- que deixa clarificado o movimento dos cidadãos para aduzir seus posicionamentos, suas reivindicações etc.

Executivo; em suma, a cidadania tem que ser exercida perante os três Poderes, os cidadãos devem buscar ter uma vida política mais ativa, sobretudo, em tempos de crise, uma vez que são nesses momentos que mais as instituições precisam do povo.

Além disso, por final, o Poder Judiciário tem a “faculdade de impedir”⁶². Explica-se: A lógica é simples: se o legislador confecciona uma lei que supostamente fere a Constituição Federal, o STF poderá fulminá-la do ordenamento jurídico, mediante o controle de constitucionalidade; se o administrador público realiza algum ato normativo supostamente inconstitucional, novamente, o STF poderá eliminá-lo do ordenamento jurídico; mas, se o STF adotar uma decisão supostamente inconstitucional, quem poderá fulminá-la? Esse problema pode ficar ainda mais temeroso, caso a decisão seja contramajoritária, contudo, adverte-se, que nem toda decisão que vá de encontro com o pensamento da maioria é inconstitucional, na verdade, muitas vezes, deve-se adotar essas decisões afim de preservar os direitos e garantias fundamentais e o Estado Constitucional de Direito, como já foi assinalado acima.

Tecidas as premissas doutrinas linhas atrás, deve-se partir para análise do Judiciário especificamente no âmbito da saúde.

O art. 196 da CF/88 aduz que a saúde é direito de todos e dever do Estado e que será concretizada por meio de políticas públicas, assim, pode-se deduzir que as interferências do Poder Judiciário ocorrerão, sobretudo, em relação àquelas, todavia não significa que não se possa pleitear eventual direito originário a prestação em matéria de saúde.

As políticas públicas são divididas em duas fases: a) formulação, que significa a adoção de uma agenda na qual será identificada a necessidade social buscando delimitar seu objeto, posteriormente, escolhendo as alternativas possíveis para combatê-lo; b) implementação, significa a organização dos recursos materiais e humanos para da concretização a alternativa escolhida e após serão averiguados os resultados⁶³. O que se pode aferir dessas fases é que a construção de uma política pública é algo complexo e que envolve estudos específicos.

Assim, o juiz ou os tribunais não devem imiscuir-se nas políticas públicas sem a devida razoabilidade, proporcionalidade, sob pena de desestabilizá-las e, conseqüentemente, torná-las ineficazes. Principalmente, nas que são direcionadas a saúde, porquanto trata-se das

⁶² FILHO, op. cit. p. 15.

⁶³ PASSOS, op. cit. p. 60.

vidas de indivíduos. Todavia, às vezes, não é isso que ocorre, pois, o magistrado, assim como, alguns operadores do Direito, veem a construção da política pública como algo linear, sistematizado e que sempre segue uma linha lógica⁶⁴.

Na verdade, ela sofre vários influxos oriundos dos grupos de interesse e é até por isso que Daniel Silva Passos⁶⁵ assenta que a intervenção do Poder Judiciário é apenas mais uma de outras tantas que há. Contudo, esta justificativa não é suficiente para se aceitar a interferência de juízes ou tribunais, pois deve-se preservar a arena política, isto é, a influência de grupos de interesses (econômicos, sociais etc) fazem parte da política, da democracia; o embate entre maioria e minoria é salutar, desde que, como acima foi explanado, não se violem direitos fundamentais.

Assim, a participação política não autoriza o juiz a adentrar nas escolhas legítimas do Legislativo e Executivo, exceto quando por meio de uma política pública ou na falta desta há violações aos direitos e garantias fundamentais, no caso deste trabalho, o direito à saúde. Em síntese, deve-se preservar o embate político, uma vez que é uma forma de emancipação do povo.

Ponto importante nas demandas envolvendo o direito à saúde é a questão das ações individuais e ações coletivas. O magistrado no exame das pretensões deve priorizar por estas⁶⁶, haja vista que permitem uma abrangência maior do estudo acerca de determinada política pública questionada ou a falta desta e os efeitos que isso estão acarretando. Sem falar que a tutela jurisdicional consegue atingir um maior número de pessoas.

Quanto às ações individuais, o juiz deve ter mais parcimônia, porquanto, *a contrario sensu*, não permitem o estudo abrangente da política pública ou a falta desta, em virtude do exame está focado na figura do litigante apenas, mas, ressalte-se, que não se está aduzindo que não se possa ser manejadas ações individuais, porque isso seria uma afronta ao art. 5º, XXXV da CF/88. Desse modo, o órgão julgador deve perguntar-se no momento de decidir: *Irei decidir dessa maneira nos casos de iguais condições?* Isto é, o juiz irá atender os outros casos semelhantes de forma isonômica? Por exemplo, se determinado indivíduo pleitear a concessão de um

⁶⁴ Idem. p. 98.

⁶⁵ Idem. p. 108-109.

⁶⁶ V. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado, Porto Alegre, v.31, jul/dez, 2007*. p. 111; BARCELLOS, Ana Paula. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletivas e abstratas. *Revista da Defensoria Pública, ano 1, nº1, jul/dez, 2008*.

tratamento experimental no exterior e a pretensão for deferida, outro indivíduo também conseguirá? Provavelmente, a resposta será não, em razão de um simples motivo: o Estado não irá ter condições financeiras e econômicas para custear o tratamento exigido.

Portanto, tratamentos ou medicamentos experimentais não devem ser concedidos, pois ferem o princípio da isonomia, desequilibram o erário público e ainda podem sentenciar a pena de morte o indivíduo prejudicado pelo desvio do dinheiro público para atender a ordem judicial. De tal sorte, que se deve priorizar os medicamentos genéricos, de eficácia comprovada, constantes nas listas e os tratamentos oferecidos pelo SUS e não havendo, os que são disponibilizados no Brasil pelo setor privado⁶⁷. Excepcionalmente, poderão ser nos casos que restar comprovado que sem o tratamento ou medicamento experimental o indivíduo irá morrer, pois não há nada mais que se possa fazer.

Um último ponto deve ser levantado, é o uso da perícia⁶⁸. Não obstante o magistrado não está obrigado, em regra, a utilizar determinado meio de prova, aquela mostra-se necessária para evitar decisões desastrosas, uma vez que permite ao juiz ter maior conhecimento acerca do caso concreto, podendo avaliar se realmente o demandante deve ter aceita sua pretensão. Ademais, aumenta o controle sobre a previsibilidade e, talvez, sobre a reversão dos efeitos da decisão (*efeitos sistêmicos*⁶⁹).

4. Comentários acerca da suspensão de tutela antecipada e da lei 13.269/16

No presente tópico abordar-se-ão alguns pontos positivos e negativos acerca da Suspensão de Tutela Antecipada⁷⁰ e da Lei 13.269/16.

Trata-se de requerimento de suspensão em face de decisão que deferiu liminar ordenando o fornecimento da substância *fosfoetanolamina sintética*, conhecida como a pílula do câncer. Esse caso foi julgado pelo Ministro Ricardo Lewandowski e decidido corretamente,

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado, Porto Alegre*, v.31, jul/dez. 2007. p. 112 e ss.

⁶⁸ v. RIOS, Roger Raupp. *Direito à saúde, Universalidade, Integralidade e Políticas Públicas: Princípios e Requisitos em demandas judiciais por medicamentos*.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Pensar*, v.18, n.3, set/dez.2013. p. 877.

⁷⁰ Suspensão de Tutela Antecipada 828. Min. Rel. Ricardo Lewandowski. Data do Julgamento 4 de abril de 2016.

conforme as justificativas que se fará a seguir. Porém, a pouco tempo, foi sancionada a Lei 13.269 de 13 de abril de 2016, que concede o uso da pílula; esta lei, contudo, não merece aplausos.

A Universidade de São Paulo (USP) ajuizou pedido de suspensão de tutela antecipada em face de decisão emanada da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que ordenava o fornecimento da substância *fosfoetanolamina sintética* (pílula do câncer) para pacientes acometidos por neoplasia maligna.

Vale dizer que tal substância nem é considerada medicamento em outros países, nem havendo certeza sobre sua eficácia, segurança e seus efeitos colaterais, uma vez que está ainda em início de testes. Diga-se, além disso, que o único teste em relação aos efeitos da pílula do câncer foi realizado em ratos, ou seja, não se sabe quais são os seus efeitos em seres humanos.

Outro ponto pertinente de se destacar é ao referente ao modo precário que a substância em comento foi gerada, conforme a atuação do Conselho Regional de Farmácia do Estado de São Paulo: “(a) substância é preparada num béquer, sem qualquer cuidado, sendo manipulado num laboratório didático de química, sem nenhuma condição, sem nenhum controle de processo ou de qualidade.” Sem falar das inúmeras instituições que demonstraram desconfiança em relação a substância *fosfoetanolamina sintética*, como, por exemplo, a FIOCRUZ (Fundação Oswaldo Cruz), ABC (Academia Brasileira de Ciências), o INCA (Instituto Nacional de Câncer) e a própria ANVISA.

Desse modo, pelos fatos demonstrados no caso, o Ministro Lewandowski concedeu a suspensão não só em face da decisão requerida, mas para todas as que versassem sobre o mesmo objeto. Corroborando do mesmo entendimento foi o parecer da Procuradoria-Geral da República.

A decisão foi acertada, em razão dos seguintes motivos.

Primeiro, por razões de coerência com o entendimento firmado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, porquanto este, segundo sua jurisprudência, aduz que só se deve conceder medicamento sem registro da ANVISA, quando for imprescindível para o paciente, logo, não é o caso, uma vez que não é possível aferir-se a imprescindibilidade, tendo em vista a ausência de comprovação acerca da eficácia da substância *sub examine*; ademais, há tratamento ofertado pelo SUS para a neoplasia maligna.

Segundo, pela possibilidade de gerar o chamado efeito multiplicador, ou seja, poderá ensejar um grande número de demandas individuais e até coletivas pleiteando a substância;

Terceiro, por consequência do motivo anterior, poderá haver lesão à ordem administrativa e econômica, porquanto o atendimento as liminares ensejarão o uso de recursos materiais e humanos de forma desarrazoada, desorganizada e desproporcional;

Quarto, pela possível violação do direito à saúde, visto que a permissão do uso pelos indivíduos de substância em fase de pesquisa sem resultados conclusivos acerca dos efeitos em seres humanos, gerará grande risco à saúde; além disso, ressalte-se, mais uma vez, a *fosfoetanolamina sintética* só foi testada em ratos.

Mesmo com todos os riscos esposados acima, o Congresso Nacional elaborou projeto de lei visando permitir o uso da pílula do câncer e a Presidente da República sancionou a Lei 13.269 de 13 de abril de 2016.

De plano, vale destacar a pergunta do médico Dráuzio Varella: “ Dizem que Deus limitou a inteligência do homem para que não ousássemos invadir seus domínios. Se assim foi, que mal haveria em ter limitado também a ignorância [...] custaria?”

Na mesma irrisignação, a Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa (Interfarma): "O Brasil, a partir de hoje, entra na história da ciência mundial e da indústria farmacêutica como o primeiro país a legalizar a irresponsabilidade, anular a importância da ciência e a igualar o remédio com o não remédio.”⁷¹

Quando se discutia acerca da legitimidade democrática do Judiciário em intervir nas competências dos outros Poderes, deixou-se claro que seria somente possível em casos de violação de direitos fundamentais; ainda, sustentou-se a necessidade de maior atuação política do povo e uma visão menos romântica da figura do juiz. Todavia, ao se deparar com essa lei percebe-se que a figura messiânica do juiz passou para os parlamentares e o chefe do executivo, pois não há outra justificativa que possa ser empreendida para se fazer compreender a confecção e sanção da Lei 13.269 de 2016.

Bem verdade, que essa atuação populista não é vedada com o mesmo rigor no campo político como o é no jurídico, no entanto, deve-se ter limites, sobretudo, em casos como esse que se trata da saúde e esperança de milhares de indivíduos acometidos por neoplasia maligna.

⁷¹ <http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2016/04/para-evitar-desgaste-dilma-sanciona-lei-que-libera-pilula-do-cancer.html>

Como foi dito acima, quando se estava analisando a suspensão 828 acerca da pílula do câncer, não há nenhuma instituição que consiga afirmar quais são os efeitos da *fosfoetanolamina sintética*, pois ainda está em fase de pesquisa e, ademais, assentou-se que em muitos países não era considerada nem medicamento. Dessa maneira, não se tem como entender o motivo da existência da lei comento.

É risível o que está consignado no art. 2º: “ Poderão fazer uso da fosfoetanolamina sintética, por livre escolha, pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, desde que observados os seguintes condicionantes: ” Pois não se está levando a sério o sofrimento dos enfermos, tendo em vista que por estarem em uma situação de vulnerabilidade, poderão visualizar o uso dessa pílula como a única forma de cura, quando ineficazes os procedimentos utilizados. É como se desse uma arma de fogo para quem está acometido de depressão profunda, por exemplo.

Conquanto, indo na senda do que foi posto em relação ao uso da substância *fosfoetanolamina sintética*, a Associação Médica Brasileira- AMB- ajuizou ação direta de inconstitucionalidade (Ação Direta de Inconstitucionalidade 5501 Distrito Federal), com pedido de liminar, com o fito de buscar a declaração de inconstitucionalidade da lei em comento.

Aduziu a autora que a Lei 13.269/16 viola os artigos 1º, III, 5º, *caput*, 6º e 196 da Lei Fundamental.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal deferiu a liminar para suspender a eficácia da Lei 13.269/16 até o julgamento definitivo da ação direta de inconstitucionalidade.

É oportuno, contudo, comentar os argumentos principais elencados pelo Ministro Relator Marco Aurélio.

Desse modo, de acordo com o relator, o Estado tem o dever constitucional de garantir a saúde e isso traduz-se na redução do risco de doença, no entanto com a suspensão da exigibilidade de registro prévio da substância em comento- ou seja, sem nenhum estudo científico demonstrando quais são os efeitos da “pílula do câncer” no ser humano- o Poder Público, por via transversa, acaba violando o direito à saúde e integridade física dos indivíduos, consequentemente, inobservando seu próprio dever constitucional.

Ademais, ainda na esteira do que foi esposado no voto do relator, o Estado tem o dever de fornecer medicamentos à população e concomitantemente possui a obrigação de

fiscalizar, averiguar a qualidade das substâncias que circulam em território nacional. Em outras palavras, a imposição constitucional de fornecer medicamentos não pode ser realizada irresponsavelmente.

Todavia, saltam aos olhos, a delicadeza de tal celeuma discutida nesse trabalho, porquanto envolve a saúde e a esperança dos indivíduos e esta, porventura, seja o elemento mais importante para o tratamento de qualquer enfermidade. Assim, importante mencionar as palavras do professor da USP, Raul Cutait, citado pelo Ministro Marco Aurélio: “A esperança é fundamental e os médicos devem fazê-la constar de seus receituários[...], mas não devem oferecê-la sem o devido embasamento científico, sob o risco de promover o charlatanismo.”

Portanto, em face de todos os argumentos que foram colacionados, evidencia-se que a Lei 13.269 de 2016 é inconstitucional por ofensa aos artigos 5º e 196 da CF/88, haja vista que, ao invés, de ser solução para a enfermidade de milhares de indivíduos, na verdade, trata-se de risco para suas saúdes, assim, conseqüentemente, a suas vidas, pois nem os estudiosos da Medicina e nem da Farmacologia ainda podem assentar a eficácia da substância em comento nos seres humanos. No entanto, ressalte-se, que se após pesquisas e estudos comprovar-se a eficácia da *fosfoetanolamina sintética* para o combate ao câncer, não haverá nenhum empecilho ao seu fornecimento.

5. Conclusão

Defronte ao que foi dito linhas atrás, é lícito assentar-se as seguintes conclusões.

O direito fundamental à saúde goza tanta da fundamentalidade material como formal, o que se buscou comprovar por meio da sistematização em relação ao art. 5º, § 2º da CF/88 construída por Ingo Sarlet. Desse modo, afirmou-se que é imperioso proteger e promover o direito *sub examine* em razão da sua íntima relação com o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Além disso, deixou-se claro que é necessário delimitar o conteúdo do direito à saúde, sob pena de torná-lo ineficaz; e ainda que as prestações mínimas referentes ao núcleo essencial variam de acordo com o momento social e econômico que se vive. Por fim, aduziu-se que o direito consagrado no art. 6º e art. 196 da CF/88 tem uma dimensão programática, no entanto,

isso não implica que o legislador e o administrador público são livres na sua concretização, porquanto não há norma no ordenamento jurídico sem juridicidade.

Assim, mostrou-se a importância do papel do juiz na concreção do direito à saúde, sobretudo, quando da análise das políticas públicas; comprovou-se que ele possui legitimidade democrática quando atua em defesa dos direitos fundamentais, na verdade, agindo dessa forma dá efetividade à democracia, uma vez que esta não se resume a vontade da maioria, sob pena de transformar-se em tirania ou ditadura. No entanto, deixou-se claro a necessidade de não se “endeusar” a figura do magistrado, uma vez que este também está sujeito aos grupos de pressão, assim como os parlamentares e o chefe do executivo; na verdade, é imperioso a atividade política intensa do povo, visto que esta é uma forma de emancipação.

De igual maneira, restou evidenciado que a separação dos poderes não pode mais ser entendida de forma absoluta, ainda mais quando em risco direitos e garantias fundamentais. Desse modo, esse instituto atua como instrumento de proteção das opções do constituinte, sendo que sem dúvidas os direitos fundamentais é uma delas.

Chamou-se atenção, ainda, para a intervenção nas políticas públicas na área da saúde, criticando-se a simplicidade do argumento de Daniel Silva Passos, quando este aduz que a intervenção do Judiciário nas políticas públicas é mais uma das que há.

Demonstrou-se que é necessário priorizar as demandas coletivas em face das individuais nas pretensões que versam sobre o direito à saúde, pois aquelas permitem a maior abrangência da análise de determinada política pública questionada e atende a um maior número de jurisdicionados, todavia não se nega a possibilidade de haver demandas individuais, sob pena de afrontar-se o art. 5º, XXXV da CF/88.

Por fim, deteve-se no estudo da Suspensão 828 conjugada com a Lei 13.268/2016, elogiando-se a decisão tomada naquela e criticando-se a lei por se tratar de medida populista, irresponsável e que coloca em risco a vida de inúmeros indivíduos, por isso que se defendeu sua inconstitucionalidade.

Referências Bibliográficas

- BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. *Revista da Defensoria Pública (SP)*, v.1, jul/dez. 2008. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/20/documentos/outros/Revista%20n%C2%BA%201%20Volume%201.pdf> . Acesso em: 17 de dezembro de 2015.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. *Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro*, 240, abr/jun, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista Pensar*, v.18, n.3, set/dez.2013.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. 2008. Disponível em: <https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&q=Judicializa%C3%A7%C3%A3o%2C+ativismo+judicial+e+legitimidade+democr%C3%A1tica&btnG=&lr=> . Acesso em: 11 de dezembro de 2015.
- CORNEJO, Valentin Thury. *Juez y Division de poderes hoy*. Ciudad Argentina: Buenos Aires, 2002.
- DA SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Supino. Direito à saúde, Recursos Escassos e Equidade: Os Riscos da Interpretação Judicial Dominante. *Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro*, v. 52, nº1, 2009.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. O Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro*, 198, out/dez, 1994.
- FURTADO, Emmanuel Teófilo; CAVALCANTE, Carlos Henrique de Aragão. O fenômeno da judicialização da política: tensão entre democracia e constitucionalismo. In: Anais do XVIII Encontro Nacional CONPEDI, 2009. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/anais/36/05_1514.pdf . Acesso em: 15 jan. 2016.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUSA, André Evangelista de; *A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamento e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências.*

GARCIA, Emerson. Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. *Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais- DE JURE.*

NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria da Constituição, democracia e igualdade.*

PASSOS, Daniel Silva. *Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade.* Saraiva: São Paulo, 2014.

RIOS, Roger Raupp. *Direito à saúde, Universalidade, Integralidade e Políticas Públicas: Princípios e Requisitos em demandas judiciais por medicamentos.*

RUBIM, Thiago Freitas. *Delimitação do sentido normativo dos princípios da universalidade, integralidade e equidade do direito à saúde como parâmetro mitigador da judicialização excessiva.* Monografia (graduação). Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.* Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. *Direitos fundamentais e justiça*, n.10, jan/mar. 2010. Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/10_%20Dout_Nacional_5.pdf . Acesso: 11 de dezembro de 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Breves notas sobre a dogmática do mínimo existencial no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de Vitória*, v.16, nº1, jan/jun, 2015.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.*

SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos.*

SALES, Tainah Simões; CORTEZ, Maysa Cortez. O mínimo existencial à luz da jurisprudência do STF. In: CONPEDI/UFPB. (Org.). *Acesso à Justiça II*. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2015, v. 1, p. 326-352. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c1dad158473d5997> . Acesso em: 12 jan. 2016.

Universidade Católica de Petrópolis
Centro de Teologia e Humanidades
Rua Benjamin Constant, 213 – Centro – Petrópolis
Tel: (24) 2244-4000
lexhumana@ucp.br
<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana>



DA SILVA, Lucas Matos; SALES, Tainah Simões. O DIREITO À SAÚDE E A CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS EXPERIMENTAIS: ANÁLISE DA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA Nº 828 E DA LEI Nº 12.269/2016. **Lex Humana**, v. 8, n. 1, p. 25-52, jul. 2016. ISSN 2175-0947. Disponível em: <http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=1135> . Acesso em: 30 Jul. 2016.
