

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

RIVA SOBRADO DE FREITAS

EDINILSON DONISETE MACHADO

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM - Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Unifor - Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Edinilson Donisete Machado; Lucas Gonçalves da Silva; Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-145-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Garantias fundamentais. 3. Isonomia. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O II Encontro Virtual do CONPEDI sob o tema “Direito, Pandemia Transformação Digital: Novos Tempos, Novos Desafios”, promoveu a segunda edição dentro das inovações criadas pela diretoria, para realização por meio digitais com a divisão dos já tradicionais Anais do Evento com seus Grupos de Trabalho.

No presente GT encontram-se as pesquisas desenvolvidas em vários Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil. Os artigos mostram um pouco da temática, “Direito, Pandemia Transformação Digital: Novos Tempos, Novos Desafios”.

Temas sensíveis, foram apresentados, por meio de 21 artigos, resultado de pesquisas e abordagens relevantes ao conhecimento científico, saber: o princípio da dignidade da pessoa humana como força motriz do ordenamento jurídico brasileiro ;a dignidade da pessoa e a necessidade da proteção das minorias; a relativização do direito fundamental à vida e o aborto sentimental: as influências dos setores sociais diante do conflito de direitos fundamentais; cyberbullying: o conceito e a família no processo de prevenção; a proteção de dados pessoais no processo judicial eletrônico como garantia fundamental à privacidade; a liberdade de expressão e o discurso de ódio no brasil; a disciplina legal do direito à privacidade no atual contexto do meio ambiente digital; os direitos da personalidade em colisão com a liberdade de expressão e de imprensa: estudo de caso de remoção de reportagens em prol da honra de ministro do STF; a aplicação do regulamento 2016/679/CE no âmbito da união europeia e Portugal: breve análise sobre o direito a ser esquecido em tempos virtuais; a medida provisória de acesso de dados em tempos de pandemia: o big brother brasileiro; transformação digital e o acesso a internet como direito fundamental; garantia de acesso à informação em casos de tragédias ambientais; capacitismo e reconhecimento em tempos de pandemia: uma análise do biopoder em face dos direitos fundamentais; análise criminal e a reincidência criminal: reflexões para a diminuição da criminalidade; esporte como forma de minimização à violência e a pandemia do covid 19;

direitos fundamentais e a nova lei de abuso de autoridade no âmbito dos policiais militares; direitos fundamentais, teoria e prática: uma análise a partir da forma política estatal do capitalismo; índice de desenvolvimento humano (idh): análise dos direitos fundamentais na seara tributária; a análise econômica do direito aplicada à tributação como forma de concretização dos direitos fundamentais; ativismo judicial e o requisito da incapacidade financeira: análise do tema repetitivo 106 do superior tribunal de justiça; a efetivação do direito fundamental à saúde por meio de decisões do poder judiciário no estado contemporâneo.

Assim como foi seguramente um momento ímpar a Coordenação do GT, organizando a apresentação dos trabalhos, acreditamos que tem valor científico positivo, ao leitor ou leitora, a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar o solitário momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas naqueles dias do CONPEDI VIRTUAL de 2020.

Divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores e autoras do presente GT.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar o GT e agora, pela redação do Prefácio, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como a presente.

Florianópolis, dezembro de 2020

Organizadores:

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva

Prof. Dra. Riva Sobrado de Freitas

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais I apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>),

conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**ATIVISMO JUDICIAL E O REQUISITO DA INCAPACIDADE FINANCEIRA:
ANÁLISE DO TEMA REPETITIVO 106 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**JUDICIAL ACTIVISM AND THE REQUIREMENT FOR FINANCIAL
DISABILITY: ANALYSIS OF THE REPETITIVE THEME 106 OF THE SUPERIOR
COURT OF JUSTICE**

**Ellen do Socorro Barbosa Nogueira Bernabé ¹
Ericka do socorro de Lima barbosa do nascimento**

Resumo

Este artigo propõe um estudo acerca da temática do ativismo judicial e o requisito da incapacidade financeira, tendo como objetivo analisar o tema segundo a tese 106 firmada pelo Superior Tribunal de Justiça. Para tanto, a pesquisa está dividida em três seções: inicialmente, fala-se do ativismo judicial, em seguida se estuda a decisão que gerou o tema repetitivo 106 do Superior Tribunal e, por fim, analisa-se o requisito da incapacidade financeira sob a ótica da Constituição da República Federativa do Brasil.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Tema repetitivo 106, Superior tribunal de justiça, Incapacidade, Financeira

Abstract/Resumen/Résumé

This article proposes a study on the theme of judicial activism and the requirement of financial incapacity, aiming to analyze the theme 106 of general repercussion of the Superior Court of Justice. To this end, the research is divided into three sections. Initially, we talk about judicial activism, and then we will enter the repetitive theme 106 of the Superior Court of Justice, and, finally, it analyzes the requirement of financial incapacity from the perspective of the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial activism, Repetitive theme 106, Superior court of justice, Disability, Financial

¹ Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional; Especialista em Direito Público; Oficial de Justiça Avaliador.

INTRODUÇÃO

A atual conjectura do sistema democrático brasileiro não suporta mais um judiciário que não solucione problemas práticos que estão hodiernamente na vida dos indivíduos. As normas programáticas não absorvem mais o contexto social dessa sociedade complexa, sendo necessária uma nova visão de prestação jurisdicional, dando interpretações e respaldo às normas como direito subjetivo e, tendo assim, a necessidade de aplicação de políticas públicas através do Poder Judiciário.

Dessa forma, o ativismo judicial se apresenta enquanto uma performance mais proativa do Judiciário e necessária para a consecução de políticas públicas, especialmente relacionado à proteção aos direitos fundamentais e no que diz respeito ao direito à saúde, que é direito de todos e dever do Estado sua garantia universal e integral.

Como o número de judicializações de políticas públicas de saúde tornou-se algo corriqueiro e crescente no judiciário brasileiro e gerou a necessidade de criar parâmetros para casos repetitivos, com o objetivo de dar segurança jurídica e homogeneidade às decisões judiciais nacionais.

Assim, surgiu o tema repetitivo 106 do Superior Tribunal de Justiça, que versa sobre o fornecimento de medicamentos pelo Estado na situação de remédios que não se encontram na lista do Sistema Único de Saúde, mas são autorizados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Nesta decisão, foram criados alguns requisitos para a aquisição do direito, dentre eles o critério da incapacidade financeira do requerente.

Nesse sentido, a questão problema deste trabalho é: qual a constitucionalidade do requisito da incapacidade financeira para o fornecimento de medicamento por via judicial, como contido na decisão do tema 106 de repercussão geral do STJ? Portanto, o objetivo central do estudo é analisar a constitucionalidade do requisito da incapacidade financeira para o fornecimento de medicamentos pela via judicial pelo Estado, tendo como objetivos específicos: a apresentação do ativismo judicial, a explicação detalhada da tese firmada 106 do STJ e, por fim, o requisito da incapacidade financeira sob a ótica da CRFB de 1988; através da metodologia utilizada, que será bibliográfica, na linha de pesquisa jurídica dogmática.

Desta forma, inicia-se este estudo acadêmico a apresentação sobre o ativismo judicial enquanto nova atitude proativa do judiciário brasileiro, sem o condão de usurpar competências, mas com o intuito de solucionar problemas de políticas públicas, na inércia dos outros poderes, sendo uma forma de dar uma resposta eficiente à sociedade.

Na segunda seção, faremos um aparato sobre o tema repetitivo 106 do Superior Tribunal de Justiça, com o entendimento jurisprudencial firmado e, em derradeiro, na última seção, analisar-se-á o requisito da incapacidade financeira sob a ótica da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

I ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial se caracteriza como um atributo do neoconstitucionalismo, sendo que este último germinou uma mudança na interpretação constitucional no período pós-Segunda Guerra Mundial, sendo, portanto, uma ocorrência da atual conjectura do Estado Democrático de Direito do Brasil.

Então, para esse estudo acadêmico, analisar-se-á a atividade judicial mais proativa como um amadurecimento desse atual estado constitucional, sendo a norma constituinte a grande provocadora da efetividade da justiça. Logo, serão abordados os pressupostos, a conceituação do ativismo judicial, a correlação entre autocontenção judicial e o ativismo judicial, perpassando pelo princípio da separação de poderes e dos fatores que favorecem a prática do ativismo judicial no contexto da jurisdição constitucional brasileira e, por fim, será trazida uma reflexão a respeito da diferença entre judicialização de políticas públicas e ativismo judicial.

I.I. Pressupostos

A compreensão do ativismo judicial e suas nuances é basilar para a compreensão deste estudo acadêmico, sendo importante ressaltar a origem do mesmo.

Vanice Regina Lírio do Valle (2013) assegura que a temática do ativismo judicial, quando se refere ao ordenamento jurídico, teve sua gênese a partir de um artigo publicado pelo jornalista americano Arthur Schlesinger na revista americana Fortune, que tratava da atuação da Suprema Corte estadunidense e traçou um perfil dos seus juízes.

No artigo referido, classificou os juízes em três grupos diferentes, de acordo com a forma pela qual decidiam as causas submetidas a julgamento (VALLE, 2013): o primeiro grupo foi classificado como ativista. Neste grupo, os juízes compreendiam o Tribunal como um instrumento de realização da justiça social.

O segundo grupo foi definido como praticantes da autocontenção judicial, o qual preferia abster-se de interferir nas ações do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Por fim, o terceiro e último grupo constituía uma ala intermediária (LEAL, 2010, p. 32).

Este artigo foi escrito em um período de jurisprudências progressistas em matéria de direitos fundamentais da Suprema Corte dos Estados Unidos, quando promoveu consideráveis transformações nas práticas políticas sem que, para tanto, houvesse a participação dos Poderes Executivo e Legislativo, portanto o termo ativismo judicial surgiu, naquele país, enquanto conotação negativa justamente porque equiparava ao exercício impróprio do poder judicial.

Em seguida, a partir da publicação do mencionado artigo, a expressão ativismo judicial tornou-se popular e, na atualidade, é objeto de relevante discussão, especialmente no âmbito da justiça constitucional, principalmente em relação à sua difícil identificação.

I.II Conceituação do ativismo judicial

Em relação ao problema conceitual acima levantado, vale ressaltar que não há um único conceito aplicável ao ativismo judicial, ou seja, existem vários autores que dialogam sobre a temática, no intuito de esclarecê-lo, defini-lo e, por muitas vezes, criticá-lo. Então, não se encontra na doutrina sobre o assunto um conceito único, fechado e sistêmico do que caracterizaria um ativismo judicial.

Então, a busca por um conceito de ativismo judicial sempre perpassa pelas críticas que o rondam, pois, apesar de ser uma prática moderna, ainda gera muitos conflitos especificamente dentro dessas questões de legitimidade. Partindo desta perspectiva, buscamos embasamentos teóricos sobre o assunto, tendo Elival da Silva Ramos (2016, p. 129) importante contribuição ao dizer que:

[...] por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios, de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Nessa construção observa-se que a atuação jurisdicional além de suas limitações para o exercício da função compõe o núcleo da percepção do ativismo judicial, afirmando que a atitude ativa do Estado-Juiz caminha na direção de que se trata de uma ação que vai mais longe do que antes iria ou poderia. Portanto, tal afirmação se atém ao aspecto de que o ativismo seria uma atuação além dos limites impostos pelo ordenamento, portanto, abarcada de ilegitimidade. Percebe-se uma posição direcionada a uma visão pejorativa do instituto, ao ponto de entender o ativismo judicial como contrário ao ordenamento jurídico.

Por outro lado, Soares (2015, p. 13), em sua contribuição na busca de definição do ativismo judicial, afirma que é uma prática jurisdicional mais ativa para além do que antes se entendia.

[...] É o que se chama ativismo judicial, expressão esta que indica um avanço da atuação do judiciário para além do campo hermenêutico, invadindo esferas de competência de outros poderes, inclusive com o estabelecimento de condutas não previstas na legislação em vigor.

Ultrapassando as considerações críticas do termo, o autor traz um importante aspecto a ser considerado: o avanço, pois ativismo se apresenta como produto de avanço de interpretação e enquanto uma expansão judicial. Então, independente de questões de competência e legalidade de decisões judiciais, trata-se de uma afirmação da condição de avanço. Esse avanço pressuposto no ativismo judicial é reflexo da busca da efetividade dos direitos e das garantias fundamentais nas Constituições pós-guerra, que deslocou essa procura para o Judiciário, fomentando decisões judiciais mais vigorosas.

Campos (2015, p. 164) define o ativismo judicial como uma atuação expansiva do Judiciário com um condão político-normativo em detrimento dos demais poderes, não sendo ilegítima, mas devendo ser analisado de acordo com as Constituições e leis de cada localidade, o que, por fim, acaba por responder diversos anseios institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais, manifestando-se em várias dimensões de práticas de decisão.

Portanto, existem divergências doutrinárias em relação à legitimidade da atuação, mas há uma convergência no sentido de entender o ativismo judicial como uma posição judicial mais atuantes, inclusive Feio (2018, p. 20) aponta o ativismo judicial como: “a mudança do Judiciário de um papel passivo de mero aplicador das leis para um tomador de decisões proativo e com maior grau de liberdade para efetivar os valores fundamentais da Constituição”.

Dentro dessa divergência acima exposta, apesar de o ativismo ser comumente tratado com conotação negativa, como uma ameaça ao princípio da separação dos poderes e à democracia, existem autores que veem no ativismo uma forma de efetivação dos direitos fundamentais, especialmente das minorias. A discussão ganha maior relevância quando o ativismo é praticado pela Corte Constitucional, a quem incumbe a defesa da Constituição e com decisões que produzem efeito erga omnes.

Para fins de caracterização do ativismo no presente trabalho, entende-se como um atributo do neoconstitucionalismo e enquanto fenômeno empiricamente inegável em

nosso ordenamento jurídico, portanto o Judiciário está mais ativo em suas decisões, preocupando-se diretamente com a efetivação de direitos e garantias fundamentais, sendo ator principal na democracia nacional e de extrema relevância para os cidadãos brasileiros.

O ativismo judicial, portanto, nada mais é que um Judiciário que não se contém e nem fica à margem do Estado de Direito, mas assume seu papel de um dos três poderes propulsores da República, dentro dos limites que lhe são impostos. Neste sentido, para aprofundamento da concepção acerca de ativismo judicial, é salutar a compreensão de suas características mais evidentes.

I.III Autocontenção judicial e ativismo judicial

Conforme já apresentado, inexistente uma conceituação fechada e única acerca de ativismo judicial, então é necessário compreendê-lo enquanto uma postura judicial antagônica e investigar as possibilidades de atuações do exercício da função jurisdicional no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, contrapondo-se à postura ativista, o julgador pode adotar a postura da autocontenção. Neste sentido, enquanto no ativismo, o juiz assume uma conduta mais ativa e afirmativa em suas decisões, direcionada principalmente à garantia dos direitos fundamentais, na autocontenção ocorre o oposto: ele evita proferir decisões que interfiram na esfera de atuação do legislador. A autocontenção pressupõe um Estado-juiz engessado, ficando à margem das discussões políticas, sociais e culturais da sociedade em que é inserido.

Em seguida, Campos (2016), ao destacar como deve ser uma postura de autorrestrrição judicial, apresenta uma das maiores críticas ao ativismo judicial ao dizer que uma decisão judicial não poderia adentrar em demandas que caberiam aos poderes eleitos pelos cidadãos:

Opositores de cortes aduzem que essas devem adotar a postura contrária ao ativismo judicial, qual seja a de autorrestrrição judicial: devem evitar declarar a nulidade de leis e de atos administrativos e manter-se distantes dos temas de natureza política, das escolhas públicas que, em uma democracia, cabem aos poderes batizados pelo voto popular. (CAMPOS, 2016, p. 218).

Para Eduardo Appio (2008, p. 87), a autocontenção decorre da concepção de que os juízes não devem se envolver com a criação de questões políticas porque não são diretamente eleitos pelo povo. Então, como o Poder Judiciário é o único poder que não é

eleito pelo sufrágio popular, questiona-se a sua legitimidade em relação às demandas políticas da sociedade brasileira.

Nestas duas posições, o Judiciário, por não ter sido eleito pelo voto popular, não poderia atuar em lides com bases políticas, devendo deixar tais conflitos para os demais poderes, que são eleitos, a quem cabe o protagonismo dos temas políticos da sociedade.

Em defesa da autocontenção judicial, Moro (2004, p. 204) argumenta que “o juiz constitucional deve se conformar com seu papel secundário, embora relevante, em uma democracia”, ou seja, segundo o entendimento do autor, uma vez que aos representantes eleitos compete a primazia na formulação das políticas públicas, a intervenção do Poder Judiciário somente se justifica se ficar demonstrado “que a interpretação judicial da Constituição é mais acertada do que a interpretação subjacente ao ato legislativo”.

Assim como o ativismo, o modelo de autocontenção não está livre de críticas. Eduardo Appio (2008) entende que o Judiciário deve concretizar a Constituição, logo não pode se recusar a analisar uma questão que lhe é submetida sob o argumento de se tratar de questão política. Para esse autor, “se uma questão é colocada no texto constitucional, esta opção decorre da necessidade de preservar sua integridade em face da vontade das maiorias” e a transferência de uma questão política ao Congresso importaria em afastar esta proteção (APPIO, 2008, p. 81).

A dificuldade da adoção da postura de autocontenção reside no fato de que à Corte Constitucional cabe, precipuamente, a guarda da Constituição, dessa função não podendo se eximir, logo demandas ajuizadas não podem deixar de ser apreciadas. Como consequência, decisões mais incisivas podem interferir no campo de atuação dos demais poderes.

Dessa forma, o que se faz necessário é encontrar um ponto de equilíbrio entre o ativismo judicial e a autocontenção, o que não se afigura uma tarefa simples, afinal não há uma definição legal harmônica e uniforme do que caracteriza uma coisa ou outra, mas diversas posições doutrinárias que, como vimos, são até antagônicas.

Moro (2004, p. 227) entende que a utilização da técnica do limite da reserva de consistência é a melhor maneira de aferir se a adoção da postura de autocontenção é apropriada em determinada situação ou não. Segundo essa técnica, “a intervenção da jurisdição constitucional depende da reunião de argumentos e elementos suficientes para demonstrar o acerto do resultado que se pretende alcançar” (MORO, 2004, p. 221).

Em seguida, caso não seja possível superar o limite da reserva de consistência, o juiz constitucional deve, então, assumir a postura da autocontenção, dando lugar à

solução adotada pelos outros poderes, mantendo o ato controlado ou a omissão legislativa.

Considerando as abordagens referidas da autocontenção judicial como um contraponto do ativismo judicial, este trabalho define que se trata de uma atuação do Poder Judiciário de maneira mais comedida, preocupando-se, em maior monta, com sua função típica na tripartição dos poderes e, em menor escala, com a efetividade de suas decisões judiciais na busca da garantia dos direitos fundamentais de cada indivíduo.

Desta feita, torna-se importante estudar o ativismo judicial segundo o princípio da separação de poderes com intuito de verificar formas de atuação judicial e suas aplicações no ordenamento jurídico brasileiro nas decisões judiciais da atualidade.

I.V O ativismo judicial ante o princípio da separação dos poderes

Um dos principais argumentos contrários ao ativismo busca guarida no princípio da separação de poderes, pois considera uma atuação judicial ativa como ilegítima por ferir a competência distribuída aos poderes, o que é a base dos Estados Democráticos Federativos. Então, ao Judiciário não caberia demandas de natureza política, mesmo que visassem a efetivação de direitos.

Antes do surgimento da teoria do princípio da separação dos Poderes, o poder concentrava-se nas mãos de uma única pessoa, o soberano, a quem cabia legislar, executar atos e solucionar os conflitos que surgiam; logo, não havia qualquer tipo de controle a atos do soberano, o que favorecia o aparecimento de governos autoritários e o uso do poder de forma racional não era contemplado neste Estado Absolutista. Em consequência, os indivíduos estavam mais sujeitos a injustiças. Portanto, com o objetivo principal de prosperar a garantia a liberdade dos indivíduos, surge a teoria da separação de poderes.

No Brasil, o sistema constitucional sempre observou a divisão tríplice do poder, desde a Constituição Imperial de 1824, que, em seu artigo 9º, já declarava que “a divisão e harmonia dos poderes políticos é o princípio conservador dos direitos do cidadão, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece” (BRASIL, 1824).

A atual Constituição Federal, promulgada em 1988, em seu artigo 2º, estabelece que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” e, mais adiante, no artigo 60, § 4º, inciso III, verifica-se que elevou a separação de poderes à categoria de cláusula pétrea (BRASIL, 1988). Então, o

princípio da separação dos poderes é uma característica fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro, constituindo elemento essencial à democracia, e que se impõe perante a teoria do sistema de freios e contrapesos, ou seja, perante a contenção de um poder por outro poder.

O Estado é uno e indivisível, logo separar o poder significa que dizer que o poder é estatal e que este será compartimentado e manifestado através de três órgãos distintos, que exercem as diferentes funções: legislar, executar e julgar. Portanto, considera-se inadequada a expressão “tripartição de poderes”, sendo mais apropriado utilizar “separação de funções”. Porém, como a própria Constituição da República refere-se por separação de poderes, não há problema em também utilizar tal expressão, atentando-se, para o fato de que ela deve ser entendida como separação de órgãos ou funções, sendo que cada um dos diferentes órgãos exerce uma função que lhe é própria, uma função típica e funções atípicas, quando há certa flexibilidade na separação de poderes.

A regra constitucional é que os órgãos atuem de forma independente e harmônica entre si e, fora os casos expressamente previstos na Constituição, cada poder não pode delegar a outro uma atribuição própria. Da mesma forma, um Poder não pode usurpar a atribuição de outro poder.

Desta apresentação, Elival da Silva Ramos (2016) defende que o ativismo judicial preconiza uma atuação atípica do judiciário, pois adentra em esfera díspar daquela que lhe compete originariamente. Nesse sentido, Ramos (2016, p. 116) diz:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional) que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.

Em vista disso, defende uma ilegitimidade na ação ativista judicial, pois estaria ferindo o princípio de separação dos poderes, indo além do que lhe é permitido constitucionalmente e independente do atendimento das demandas sociais pendentes de ação estatal.

Por outro lado, existem correntes doutrinárias que não coadunam com a visão do ativismo judicial estar ferindo a separação dos poderes, pois, como o Estado é uno e na

ausência de um ente para solucionar conflitos, outro poder deve incitar seu protagonismo. Na opinião de Leal (2010, p. 135), no próprio modelo de repartição de poderes, quando um se enfraquece, outro cresce, afirmando que o recente fortalecimento do Supremo Tribunal Federal decorre de certo enfraquecimento dos demais poderes.

Nessa perspectiva, entende-se que o grande cerne da questão é o dever do Estado de solucionar os problemas que a sociedade enfrenta, não podendo omitir-se sob risco de ferir direitos e garantias fundamentais. Sendo assim, quaisquer dos poderes estatais deve agir para efetivar direitos.

Segundo Leal, o enfraquecimento dos demais poderes, atores centrais do processo democrático e da representatividade popular, é consequência da crise de legitimidade que atravessam, motivada, principalmente, pelo populismo demagógico dos governantes e pelo desgaste enfrentado pelos parlamentares, alvos frequentes de denúncias, acusações e, conseqüentemente, de rejeição popular. Então, para suprir as lacunas deixadas, a atuação do Poder Judiciário, notadamente do Tribunal Constitucional, é fundamental para fazer valer a Constituição e suas garantias (LEAL, 2010, p. 135-137).

Desta forma, não se pode olvidar que o Judiciário se torna protagonista, atuando com altivez, em situações em que os outros poderes não cumpriram sua função e, por causa da inatividade dos demais, passa a decidir e interpretar a legislação de modo a satisfazer a intenção do constituinte de proporcionar direitos e garantias fundamentais aos cidadãos.

Acerca desta interpretação judicial ativista, Elival da Silva Ramos reconhece que as decisões judiciais são necessariamente criativas e inovadoras, mas chama a atenção para o fato de que a liberdade de criação do Poder Judiciário é significativamente menor do que aquela reservada ao Poder Legislativo. Por essa razão, alerta que o desrespeito, por parte do Poder Judiciário, aos limites impostos à criatividade da jurisprudência afeta as demais funções estatais, especialmente a legiferante, e constitui grave agressão ao princípio da separação de poderes. (RAMOS, 2016, p. 119-120).

Porém, Leal (2010) defende que o ativismo judicial não está relacionado a nenhum tipo de criatividade jurisprudencial fora dos limites legais, mas a atuações criativas dentro desses limites e entende que, ao interpretar a Constituição, não se ofende o princípio da tripartição de poderes, ou seja, não extravasa competências, mas, pelo contrário, consiste no estrito cumprimento de função institucional e primordial de guarda da Constituição. (LEAL, 2010, p. 137).

A partir dessas considerações, é possível concluir que a observância do princípio da separação dos poderes é essencial para a preservação do Estado Democrático de Direito por possibilitar o exercício racional do poder, o que assegura a liberdade dos indivíduos. Portanto, cabe aos órgãos estatais pautarem suas ações por esse princípio, limitando-se a realizar suas funções típicas, ressalvadas as hipóteses em que a própria Constituição autoriza o exercício de funções atípicas.

Neste sentido, o Poder Judiciário, responsável pela constitucionalidade dos atos dos demais órgãos, pode e deve exercer tal função, uma vez que ela é essencial para conter eventuais abusos do Legislativo e do Executivo e, ao exercê-lo, deve agir conforme sua finalidade primordial, qual seja a realização do bem comum. Por consequência, este trabalho defende que o ativismo judicial não fere a separação dos poderes, mas se coloca como essencial para o Estado Democrático de Direito atual e, assim, cumprir com os valores contidos na Constituição, independente do Poder que irá exercê-lo.

Desta feita, a prática do ativismo judicial ganhou protagonismo no cenário brasileiro a partir de vários contextos de favorecimento, o que será estudado a seguir.

I.V.I FATORES QUE FAVORECEM A PRÁTICA DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Inicialmente, acredita-se que um dos fatores que favorecem o ativismo judicial no contexto da jurisdição constitucional no Brasil é a adoção do modelo de Estado intervencionista, segundo o qual o Estado assume uma posição atuante, a tudo provendo e em tudo intervindo (RAMOS, 2016, p. 270). O Estado figura como garantidor de qualidade de vida ao indivíduo, através de ações positivas e direcionadas à garantia do bem-estar social (STRECK, 2012, p. 32).

No modelo de Estado intervencionista, o que se espera é que o Estado atue na garantia dos direitos fundamentais, então, na indolência dos poderes Executivo e Legislativo, a pressão para tal volta-se para o Judiciário. Nesse sentido, posiciona-se Streck (2012, p. 33):

Inércias do Poder Executivo e falta de atuação do Poder Legislativo podem ser supridas pela atuação do Poder Judiciário, mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. Registre-se que, no caso brasileiro, o constituinte brindou a sociedade (e, portanto, a comunidade jurídica) com instrumentos aptos a suprir a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, como é o caso do mandado de

injunção, a inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, só para citar alguns.

Nestes casos, quando os poderes não observarem preceitos constitucionais, por ação ou por omissão, o STF está mais propenso a adotar uma postura ativista para garantir que o Estado cumpra seu papel de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais.

Associado a esse fator, Elival da Silva Ramos (2016, p. 274) aponta a expansão do controle abstrato de normas como outro elemento que impulsiona o ativismo judicial no Brasil, sendo que tal expansão decorre: da ampliação do rol dos legitimados a propor as ações diretas de inconstitucionalidade; da extensão do objeto dessas ações, que abrange também as omissões inconstitucionais; da criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental; e da criação da ação direta declaratória de constitucionalidade.

Através desses instrumentos, o Supremo realiza controle da constitucionalidade dos atos normativos, detendo legitimidade para invalidar os atos dos demais poderes que sejam contrários à Constituição. Com a intensificação dessa atividade, motivada pela ampliação das hipóteses em que se reclama a atuação do Poder Judiciário, aumenta-se a probabilidade de se incidir na prática do ativismo judicial.

Outro fator importante que incrementa a atuação judicial mais ativa, também apontado por Elival da Silva Ramos (2016, p. 293), é a função normativa atípica do STF, que se verifica na edição de súmulas vinculantes, assim como na recente tendência de adotar a posição concretista geral no julgamento dos mandados de injunção.

Esse abuso de discricionariedade legislativa por parte do Judiciário contribui para a ineficiência do Poder Legislativo, segundo Perez (2012, p. 139) nos seguintes termos:

Quando não obrigado constitucionalmente, razoável a decisão do Poder Legislativo em não legislar sobre determinada matéria, ao aguardo de suficiente informação ou amadurecimento sobre a questão. Contudo, fere a razoabilidade a decisão de furtar-se ao cumprimento da função, em razão de incômodos causados por conflitos de natureza moral, relegando os embaraços da decisão política ao Poder Judiciário.

A partir da constatação de que o ativismo judicial é um fenômeno contemporâneo na experiência jurisprudencial do STF, entende-se que essa postura proativa com vistas a tutelar direitos vem influenciando de forma direta as esferas dos

poderes Legislativo e Executivo. Portanto, diante das omissões legislativas injustificadas as demandas chegam ao STF, que, ao decidir a questão, confere caráter normativo às suas decisões, usurpando função típica de outro poder.

Por fim, este estudo acredita que a crise política do Brasil favorece o ativismo judicial na atualidade, visto a crescente judicialização de políticas públicas junto à descrença da população em relação aos demais poderes, o que gera demandas judiciais a serem resolvidas e, com o objetivo de regradar o grande número de processos ajuizados, o Estado-Juiz começa a criar critérios para a aplicação de direitos fundamentais, como o da saúde, no tema repetitivo 106 do STJ, que será analisado a seguir.

II TESE FIRMADA 106 DO STJ

A tese firmada 106 do Superior Tribunal de Justiça surgiu do Recurso Especial n. 1.657.156-RJ, onde a autora requereu o fornecimento de medicamentos pelo Estado carioca, com a participação da União como *amicus curiae*, sendo que tais medicamentos não estão presentes nos atos normativos do SUS (Sistema Único de Saúde). Neste caso, discute-se a obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, sendo um julgamento considerado repetitivo.

Como afirmado, se trata de um recurso repetitivo por se tratar de uma demanda comum, ou seja, obrigar que o Estado forneça medicamentos é um tema bastante debatido na doutrina e na jurisprudência dos tribunais superiores, logo diversas demandas foram ajuizadas com esta temática, o que gerou ser uma causa de demandas repetitivas. Assim, os tribunais passaram a fixar entendimentos uníssomos para uniformizar a jurisprudência pátria.

Com base nisso, o Superior Tribunal de Justiça vem consolidando entendimentos a respeito da temática, como, por exemplo, pacificando a jurisprudência a respeito da inexistência de violação ao princípio da separação dos poderes, da fundamentação constitucional do direito subjetivo do direito à saúde (que vai além de ser uma mera norma programática), dentre outros.

No caso objeto deste estudo, o STJ consolidou o entendimento a respeito de fornecimento de medicamentos que não estão presentes na lista do Sistema Único de Saúde, tendo em vista que, por meio das diretrizes da lei n. 8.080/90, o poder público deverá fornecer assistência farmacêutica integral a todos desde que os medicamentos constem em uma lista do SUS, com base nos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas estabelecidos pelo sistema de saúde público brasileiro.

Todavia, existem medicamentos que são demandados na justiça e que não estão presentes na referida lista, ou seja, o Estado não distribui de forma gratuita, mas é aprovado pela ANVISA, que é a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, órgão do Governo Federal responsável pela aprovação de medicamentos para distribuição no território nacional, seja através da rede pública ou privada.

Nesses casos específicos, por se tornarem bastante repetitivos nas ações judiciais em todo o território nacional, o STJ criou critérios para que o juiz possa decidir da melhor forma possível, garantindo os direitos fundamentais aos demandantes e objetivando a segurança jurídica. Assim, nesta segunda seção, serão abordados o voto do relator deste recurso, a repercussão geral n. 6 do Supremo Tribunal Federal e o entendimento jurisprudencial firmado na tese n. 106 do Superior Tribunal de Justiça.

II.I Voto do relator

O relator do Recurso Especial interposto foi o ministro Benedito Gonçalves, sendo que o acórdão principal, antes dos embargos de declaração, foi publicado no dia 04 de maio de 2018, quando se firmou a tese 106 e que começara a modulação dos efeitos da aplicação dos requisitos.

Após o relatório do caso, se percebe que a temática central discutida é a possibilidade de fornecimento de medicamentos não contidos na lista do Sistema Único de Saúde pelo Estado, mas que foram regularizados e permitidos pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa.

Dito isso, o relator, citando a repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, que diz a obrigatoriedade e dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo, profere seu voto afirmando não se tratar de caso idêntico à discussão travada no STF em sede do Recurso Extraordinário n. 566.471/RN, podendo, então conhecer do assunto em sede de recurso repetitivo e firmar tese: naquela data, existiam 8.841 (oito mil, oitocentos e quarenta e um) processos suspensos nos tribunais locais e regionais sobre o tema, aguardando o julgamento e firmação de tese.

Então, esse julgamento que resultou no reconhecimento da repercussão geral pelo STF foi citado na tese do STJ e indica precisamente a capacidade econômica como requisito para a obtenção de medicamento fornecido pelo Estado, todavia este caso ainda não teve julgamento finalizado, tendo sua última sessão de julgamento no dia 11 de março do ano corrente.

Voltando especificamente à decisão do STJ, no intuito de abordar todos os argumentos relatados no processo, o relator enfrentou a questão da separação dos poderes, que disse ser descabida, assim como enfrentou a legislação infraconstitucional alegada, que traziam a obrigatoriedade na integralidade da prestação de assistência farmacêutica pelo SUS (obrigações indicadas pela lei n. 8.080/1990 e sua alteração feita pela lei n. 12.401/2011).

Então, quando passa a adentrar a respeito da tese firmada, diz ser possível a aceitação de medicamentos não constantes da lista do SUS através de decisões judiciais, desde que sejam verificados 3 (três) requisitos cumulativos, quais sejam: a. a necessidade de demonstração da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento no tratamento, por laudo médico circunstanciado e fundamentado, devidamente expedido por médico que acompanhe o paciente, assim como demonstração da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS.

Neste sentido, há que se falar que o médico não necessariamente deve ser da rede pública, podendo ser um médico particular, desde que o laudo e sua avaliação demonstrem a imprescindibilidade do medicamento.

Em seguida, o segundo requisito é caracterizado pela comprovação da hipossuficiência daquele que requer o fornecimento do medicamento, ou seja, consiste na devida comprovação de que a sua aquisição vai implicar o comprometimento da sua própria subsistência e/ou de seu grupo familiar. Neste sentido, não se exige, pois, comprovação de pobreza ou miserabilidade, mas, tão somente, a demonstração da incapacidade de arcar com os custos referentes à aquisição do medicamento prescrito.

Neste ponto, o relator reafirma o critério da hipossuficiência necessária para a obtenção de medicamentos fornecidos pelo Estado através da judicialização da saúde, o que não está ligado à pobreza extrema, mas relacionado à interferência na subsistência da família, logo, não tem correlação ao *quantum* que se ganha, mas quanto o valor gasto com esse medicamento pode prejudicar o orçamento de um indivíduo e de sua família e cita o julgado abaixo:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTOS: FORNECIMENTO A PACIENTES CARENTES: OBRIGAÇÃO DO ESTADO. I. - **Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita: obrigação do Estado em fornecê-los.** Precedentes do S.T.F.
II. - Negativa de seguimento ao RE. Agravo não provido (RE 273042 AgR, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 21-09-2001) .
Saúde. **Medicamentos. Fornecimento. Hipossuficiência do paciente. Obrigação do Estado.** Regimental não provido (RE 255627 AgR, Relator: Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 23-2-2001).

O terceiro e último requisito foi objeto de embargos de declaração, que foram providos parcialmente pelo ministro-relator, modificando o texto final da tese no dia 21 de setembro de 2018, que fixou a necessidade de verificação de registro do medicamento da ANVISA, observados os usos autorizados pela agência. Então, há a necessidade de se observar os usos autorizados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, pois, em cada fármaco autorizado, há a descrição pormenorizada da amplitude de seu uso, devendo ser obedecido, evitando assim o uso *off label*, ou seja, uso diferente daquele estudado e aprovado para o território nacional.

II.II Entendimento jurisprudencial firmado

Desta forma, após os embargos de declaração, providos parcialmente, o entendimento jurisprudencial foi fixado na tese 106 do Superior Tribunal de Justiça, com a seguinte redação final: a concessão de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade de 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.

Portanto, a partir da constatação de que a incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito se tornou imprescindível para a possibilidade de concessão de medicamentos não-incorporados em atos normativos do SUS, é necessário realizar uma análise específica desse requisito em relação à sua constitucionalidade em comparação aos direitos fundamentais e ao princípio da isonomia.

III O REQUISITO DA INCAPACIDADE FINANCEIRA SOB A ÓTICA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Como visto, a partir da tese 106 firmada pelo STJ, toda e qualquer decisão judicial que versar a respeito de fornecimento de medicamentos que não constam da lista do SUS terá que fazer o juízo de verificação acerca do cumprimento dos requisitos abordados no recurso especial 1.657.156-RJ e, dentre os três requisitos aplicados pelo

Superior Tribunal, este estudo acadêmico se debruçará sobre a necessidade de comprovação da hipossuficiência/incapacidade financeira para custear os mesmos.

Para isso, esta seção iniciará fazendo comentários introdutórios acerca do princípio da isonomia e sua importância no atual Estado Democrático de Direito e, assim, abordará suas bases horizontais e verticais e, por fim, identificará o conceito de incapacidade financeira aplicada nessa tese do Superior Tribunal de Justiça e sua difícil aplicação nos casos concretos.

III.1 Princípio da isonomia

O princípio da isonomia no art. 5º da Constituição da República é um dos pilares do atual Estado Democrático de Direito brasileiro, afirmando que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos” (BRASIL, 1988). Assim, a isonomia está no rol dos direitos fundamentais da nossa Carta Magna e pressupões a necessidade de legislações, decisões e políticas públicas que busquem a igualdade entre os indivíduos.

Portanto, essa isonomia significa uma visão horizontal, ou seja, significa tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais, na medida de sua desigualdade, o que importa ser uma igualdade formal/segundo a lei. Porém, a proteção efetiva da igualdade demanda uma perspectiva material, ou seja, verificar a situação de cada indivíduo e tratá-lo de maneira diferenciada, respeitando suas especificidades.

Em seguida, o artigo 6º da Constituição trata sobre os direitos sociais e afirma:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

Nesse contexto, no que diz respeito aos direitos fundamentais, os direitos sociais também preconizam uma igualdade, logo o direito à saúde se coloca como fundamental, o que se depreende expressamente do art. 196, e reflete uma obrigação estatal:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Desta forma, quando a Constituição Federal garante que a saúde é um direito fundamental de todos e dever do Estado, comprometendo-se ao acesso universal e igualitário as ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde, verifica-se uma intrínseca ligação ao princípio da isonomia. Logo, independente de qual poder irá efetivar a política pública de saúde, esta deve ser feita de forma igualitária, respeitando o princípio da isonomia, seja no viés horizontal ou vertical, formal ou material:

Em regra, as políticas públicas de efetivação de direitos dos indivíduos eram associadas a ações dos Poderes Executivo e Legislativo. Todavia, atualmente, há também uma grande busca de garantia de direitos fundamentais individuais ao Poder Judiciário, trazendo mais ingerência ao mesmo na garantia de tais direitos. Para que haja a garantia real e fática do direito à saúde de todos são necessárias políticas públicas eficientes, capazes de atender aos indivíduos com dignidade e de maneira igualitária. As políticas públicas de saúde não podem ser meramente programáticas, mas devem garantir o direito subjetivo do ser humano de forma eficaz. Dessa maneira, verifica-se a expansão do fenômeno contemporâneo da judicialização de políticas públicas, principalmente, da saúde (BERNABÉ, 2019, p. 02).

Assim, atualmente, a efetivação desse direito a saúde também se dá por meio de decisões judiciais, em total consonância com a voga do ativismo judicial, onde o Estado-Juiz não pode mais ficar inerte às necessidades dos indivíduos que necessitam e tem seu direito cerceado. Desta forma, o Judiciário vem aumentando significativamente suas decisões em relação a políticas públicas de saúde e, no intuito de uniformizar as diretrizes e dar mais segurança jurídica aos jurisdicionados, busca implementar teses de demandas repetitivas, tal como a tese 106 do STJ analisada por este trabalho acadêmico.

Como observado anteriormente, a referida tese trouxe três requisitos para obtenção do medicamento e efetivação do direito à saúde em um caso específico, sendo um deles o requisito da comprovação da incapacidade financeira de arcar com os custos do medicamento, que é medido na perspectiva da isonomia.

III.II Conceito de incapacidade financeira e sua difícil aplicação

É importante mencionar que, após a decisão do STJ, este terceiro requisito vem sendo discutido e, hoje, a conceituação de incapacidade financeira não se mostra uníssona, então propomos analisar decisões de tribunais superiores do que seria a essa incapacidade enquanto requisito para a prestação de serviço estatal de fornecimento de medicamentos.

É válido ressaltar que a incapacidade financeira não está ligada à hipossuficiência financeira genérica, nem à miserabilidade, que garante o acesso gratuito à justiça, mas ao comprometimento do rendimento familiar daquele que necessita do medicamento. Logo, a comprovação não está ligada à pobreza daquele, mas ao custo do medicamento comprometer a renda mensal familiar de forma significativa externando um caráter material do princípio da isonomia.

Assim, a comprovação da incapacidade financeira é bastante criticada, pois há aqueles que acreditam que, no caso de direito fundamental à saúde e na preservação do acesso universal e igualitário, não deveriam haver obstáculos para tal acesso, ou seja, afirmam que não se deveria analisar o poder aquisitivo daquele que quer proteção estatal. Porém, as bases jurisprudenciais da tese do STJ sustentam que deve haver a comprovação efetiva desta incapacidade financeira.

A grande dificuldade deste requisito está em se definir uma padronização na verificação do comprometimento da renda familiar, ou seja, questiona-se como mensurar se há comprometimento e ainda ter segurança jurídica, que foi justamente principal objetivo da aplicação da tese de demandas repetitivas. Logo, mostra-se bastante difícil a aplicação no caso concreto do requisito da incapacidade financeira nesse viés de implicação no orçamento familiar.

CONCLUSÃO

Este artigo acadêmico objetivou analisar o requisito da incapacidade financeira do tema repetitivo 106 do Superior Tribunal de Justiça para a obtenção, por via judicial, de medicamentos fornecidos pelo Estado, desde que não constem na lista do Sistema Único de Saúde, mas que estejam autorizados para utilização no Brasil pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Esta temática é bastante relevante pelo aumento considerável de demandas acerca do direito à saúde no Brasil em relação à efetivação deste direito.

A metodologia utilizada para realização da pesquisa foi bibliográfica e abordagem qualitativa, utilizada de forma teórico-reflexivo através de doutrinas, legislação e jurisprudência, fazendo com que o artigo tenha se organizado em três seções.

Na primeira seção, explicou-se o ativismo judicial, seus pressupostos, trazendo diversas posições doutrinárias acerca do tema, para, então, apresentar o conceito adotado por este estudo. Assim, se correlacionou a autocontenção judicial com o

princípio da separação dos poderes, explicando que o ativismo não afronta, em nenhuma hipótese, tal princípio, chegando à explicação dos fatores que favoreceram a prática do ativismo judicial no contexto da jurisdição constitucional do Brasil.

Na segunda seção, adentrou-se especificamente no tema repetitivo 106 do Superior Tribunal de Justiça, explicando o contexto do caso concreto que levou à criação da tese do tema repetitivo, correlacionando-se à repercussão geral 6 do Supremo Tribunal Federal e, ao fim, foi analisado o voto do relator e o entendimento jurisprudencial firmado.

Por fim, abordou-se enfaticamente o requisito da incapacidade financeira sob a ótica da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o princípio da isonomia e, dessa forma, projetou-se uma conceituação do requisito de incapacidade econômica na conjectura do tema repetitivo 106 do Superior Tribunal de Justiça e sua difícil aplicação no contexto do Brasil.

Com isso, este artigo chegou à conclusão de que o requisito da incapacidade financeira, no viés aplicado pelo tema repetitivo 106 do STJ, que implica na aferição do comprometimento da renda familiar, se mostra bastante subjetivo, sendo um empecilho para a garantia da segurança jurídica desejada pelas criações de teses em demandas repetitivas e inconstitucional. Afinal, questiona-se o padrão a ser utilizado para aferir o comprometimento da renda familiar para o cumprimento do requisito da incapacidade financeira no caso concreto (será 10%?, 20%?, 50%?). Demais disso, outros familiares podem contribuir, como no caso de alimentos avoengos do direito de família?

Assim, esse critério de “comprometimento da renda familiar” mostra que há uma verificação bastante complexa, sendo um requisito subjetivo para o objetivo de determinação de critérios objetivos à concessão dos medicamentos. Demais disso, criou-se uma celeuma de que o Estado só deve dar saúde àquele que não tem condições, criando um empecilho que não está presente na Constituição.

Desta forma, no ensejo de se buscar a segurança jurídica tão desejada nas demandas repetitivas em relação à judicialização de políticas públicas de saúde, o Judiciário deve evitar criar critérios que tornem as decisões subjetivas e criem posições díspares.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BERNABÉ, Ellen do Socorro Barbosa Nogueira. **Análise Econômica do Direito à Saúde: o caso do Estado do Pará**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 01 jun. 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FEIO, Thiago Alves. **Precedentes judiciais vinculantes no Código de Processo Civil de 2015, ativismo judicial e (in)segurança jurídica**. Dissertação de Mestrado. Centro Universitário do Pará, Belém, 2018.

LEAL, Saul Tourinho. Ativismo ou Altiwez? O outro lado do STF. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Estado de Direito e Ativismo Judicial**. São Paulo: Qaurtier Latin, 2010.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PEREZ, Carlos Alberto Navarro. Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do Poder Legislativo: altruísmo a desserviço da democracia. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, ano 20, v. 78, p. 115-149, jan.-mar. 2012.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo judicial no Brasil e perda de mandato parlamentar**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2013.