

PROVISÓRIO

Edilson Pereira Nobre Júnior

ATIVISMO JUDICIAL E DIREITOS SOCIAIS

O dever do estado
no fornecimento de
medicamentos

2ª edição

Revista e atualizada

2025

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

CAPÍTULO IV

O DEVER DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO SUS E O ATIVISMO¹ À BRASILEIRA

“A consequência é que os direitos fundamentais sociais – no marco de um ordenamento constitucional democrático, e base-

-
1. À guisa de curiosidade, aponta Fernando Alves Correia (*Justiça constitucional*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 127) que a expressão “ativismo judicial” foi empregada, à primeira vez, não por um jurista nem em trabalho jurídico. Tal sucedeu com Arthur Schlesinger Jr. em artigo publicado na revista *Fortune* em janeiro de 1947, na qual identificou na Suprema Corte dos Estados Unidos juízes ativistas, juízes defensores da autocontenção e integrantes de um grupo moderado. Assim, Schlesinger identificou como ativistas (*judicial activists*) os Juízes Hugo Black, William Douglas, Frank Murphy e Wiley Rutledge, por entenderem que substituíam a vontade do legislador, sob a consideração de acreditarem que deveriam atuar ativamente na defesa das liberdades civis e na promoção dos direitos sociais. Em segundo lugar, definiu como campeões da autocontenção (*champions of self restraint*) os Juízes Felix Frankfurter, Robert Jackson e Harold Burton, os quais argumentavam que não deviam interferir no campo político. Finalmente, inseriu como moderados o Juiz Stanley Reed e o *Chief Justice* Vinson, uma vez compreenderem que, no interesse da democracia,

ado no princípio do Estado de Direito, que não faz do juiz um legislador –, não podem fundamentar diretamente pretensões reclamáveis judicialmente” (Ernst-Wolfgang Böckenförde)².

4.1. A CRIATIVIDADE JUDICIAL E OS DIREITOS SOCIAIS

Afirmamos, numa passagem anterior (Cap. I, item 4), que os juízes também contribuem para a elaboração do Direito. Reafirmamos agora o dito, à pretensão de um exame crítico dos precedentes significativos do Judiciário brasileiro, quando da análise das decisões que impõem ao Poder Público o dever de fornecer medicações.

Contudo, entendemos prudente, de forma prévia e ali-geirada, avivar as limitações a que se encontram submetidos os tribunais quando se inclinam à criação jurídica por ocasião do exercício de sua conatural tarefa de dizer o direito aplicável.

Um primeiro ponto a se enfatizar é o de que, no Estado constitucional de Direito, a divisão – com interdependência – de poderes constitui um dos seus alicerces. Elaborada desde o triunfar da primeira fase do constitucionalismo, sobrevive como irmã siamesa do princípio democrático, sendo sua

a Suprema Corte deveria retrair-se, salvo em caso de ameaça à própria liberdade política dos cidadãos.

2. “La consecuencia es que los derechos fundamentales sociales – en el marco de un ordenamiento constitucional democrático, y basado en el principio del Estado del Derecho, que no hace del juez un legislador –, no pueden fundamentar directamente en si pretensiones reclamables judicialmente”. Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la constitución. *In: Escritos sobre derechos fundamentales*. Aufi-Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., 1993. Tradução para o espanhol por Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez.

inelutável interação um indiscutível ponto de destaque das constituições promulgadas a partir da segunda metade do século que se findou, quase sempre ao depois do término de regimes políticos de exceção.

O fenômeno tem seu reflexo nas realidades brasileira e portuguesa, havendo – como antes frisado (Cap. I, item 1) – tanto a CRFB quanto a CRP consagrado a democracia e a separação de poderes no espaço reservado aos seus princípios fundamentais.

Se, nesse cenário, emerge a jurisdição constitucional como um garante do Estado constitucional hodierno, não se pode desconhecer que, para o exercício dessa missão, aquela não pode se arrogar o apanágio de quebrantar as bases norteadoras da Lei Fundamental.

Por isso, tal como acentua Helmut Simon³, a jurisdição constitucional desempenha uma função pacificadora e de desenvolvimento do consenso. Não lhe cabe, nos contornos desse paradigma, desconsiderar os limites que lhe são impostos pela democracia com divisão de poderes.

E, no dizer do autor, nada mais consentâneo com a conjugação entre o princípio democrático e a separação de poderes, sendo esta a sua medula, é a circunstância de que a formação da vontade estatal resida no Parlamento eleito pelo povo e, de conseguinte, em sua legislação, e que o governo, igualmente escolhido nas urnas, encontra-se obrigado a aplicá-la, estando sob o controle do Legislativo, competindo aos tribunais,

3. La jurisdicción constitucional. In: *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 846. Versão para o espanhol por Antonio López Pina. Coord.: BENDA, Ernesto; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Juan J.; HESSE, Konrad; HEYDER, Wolfgang.

vinculados à lei, fiscalizar a conformidade ao Direito da ação dos poderes públicos.

Prosseguindo⁴, ressalta que, com a ideia atual de constituição, as regras desta não mais se circunscrevem ao traçar de barreiras negativas às intervenções dos órgãos estatais. Aquelas, da mesma forma, são fixadoras de pautas para a atuação dos órgãos públicos, assinando-lhes tarefas.

É, pois, justamente quanto a tais incumbências, que, segundo o autor, descortina-se a mais eminente atribuição do legislador, qual seja a de dotar as condições materiais para a realização efetiva dos direitos fundamentais. Aos tribunais, por ocasião do julgamento dos litígios que lhes são apresentados, competem ter em conta a irradiação das normas constitucionais sobre a legislação infraconstitucional.

Por essa razão é que não se mostra à toa a diferenciação, quanto à medida e forma de sua eficácia, entre os direitos, garantias e liberdades e os direitos sociais. A lição de Hesse⁵ é esclarecedora quando sustenta que, em virtude da divisão de poderes, contemplada na Lei Fundamental de Bonn, a disciplina de direitos ou pretensões materiais a prestações, bem como as questões que lhe são conexas, unicamente pode consistir em tarefa do legislador e não do juiz.

Isso porque – continua – se a constituição impuser ao processo de formação da vontade política não somente diretrizes, mas, ao inverso, obrigações suficientemente determinadas,

4. Ibidem, p. 851.

5. Significado de los derechos fundamentales. In: *Manual de derecho constitucional*. Madri: Marcial Pons, 1996, p. 97. Versão para o espanhol por Antonio López Pina. Coord.: BENDA, Ernesto; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Juan J.; HESSE, Konrad; HEYDER, Wolfgang.

significaria contrair a característica daquela como marco do processo político de liberdade. Implicaria, assim, a substituição da política – agora judicialmente fiscalizada – por uma execução da Lei Fundamental, de modo a se diminuir decisivamente o campo no qual deve se formar a vontade parlamentar como fundamento de uma ordem democrática⁶.

E assim deve ser, uma vez que o juiz não dispõe, na origem e na essência, de competência normativa e da mesma maneira não se acha inserido no conjunto das instituições como responsável pela formulação de políticas tendentes à conformação da sociedade no presente e no seu porvir.

Nesse diapasão, é que a CRP, ao optar, diversamente do modelo germânico, pela enunciação de direitos econômicos, sociais e culturais, teve a cautela de bipartir – não somente com finalidade didática, mas sobretudo de efetividade prática – as categorias de direitos fundamentais que positivou, discriminando-lhe o seu regime peculiar.

A doutrina corrobora a assertiva. Ao instante dos debates verificados na Assembleia Constituinte de 1987-88, Jorge de Miranda⁷, expondo a opção prevalecente quando da elaboração da CRP, destacou a diferenciação entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos sociais. Especificadamente com relação

6. Não é à toa que Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Apuntes sobre la jurisdicción de las libertades en Iberoamérica. In: *Jurisdicción de la libertad en Europa e Iberoamérica*. Madri: Editorial Reus, 2014, p. 13. Coord.: USERA, Raúl Canosa e MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana), discorrendo sobre o poder de substituição inerente à jurisdição constitucional, deixa claro que a pedra de toque deste está em que constitucionalmente o tribunal não afete, em nenhum caso, a separação de poderes.

7. Direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa. *Revista de Direito Público*, ano XX, número 82, p. 13 e 15, abril/junho de 1987.

a estes, afirma que a sua aceitação decorre do reconhecimento de que existem desigualdades, derivadas das condições físicas ou mentais ou de fatores sociais, culturais e econômicos, as quais devem ser vencidas.

Desse modo, enquanto os preceitos relativos a direitos, liberdades e garantias, são diretamente aplicáveis, a efetivação dos direitos sociais se encontra a depender de incumbências a serem cumpridas pelo Estado ou pela sociedade. Segue-se, então, que os direitos econômicos, sociais e culturais, não implicam, por sua natureza, pretensão a ser satisfeita de forma imediata pelo Estado⁸.

A mesma concepção é retratada por Gomes Canotilho⁹ que, ao tecer esclarecimentos sobre a constituição dirigente, aponta que o caráter vinculativo desta não exclui ou afasta a necessidade de se conferir uma maior densidade aos direitos fundamentais, o que é operável sobremodo mediante lei. Daí o autor lançar crítica ao entendimento que, no particular do sistema jurídico brasileiro, empresta largueza ao art. 5º, §1º, da CRFB, de sorte a abranger, equivocada e indiscriminadamente, os direitos sociais consagrados no Título II¹⁰.

-
8. A dualidade de regimes jurídicos, sob o ponto de vista de sua eficácia, entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos sociais, é ressaltada igualmente por Vieira de Andrade, à luz da experiência vivenciada pela CRP por ocasião dos seus trinta anos (Algumas reflexões sobre os direitos fundamentais, três décadas depois. *Anuário Português de Direito Constitucional*, volume V, p. 140, 2006).
 9. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, ano 4, número 15, p. 13, abril/junho de 1996.
 10. Recentemente, essa censura constou de Carlos Blanco de Moraes (As “ideologias da interpretação” e o ativismo judicial: impacto das “ideologias de interpretação nos princípios democrático e da separação de poderes”. In: *Liber Amicorum*

A solução, portanto, consoante apontam os autores, deságua no reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão, instituto consagrado na CRP (art. 283º)¹¹, cuja recepção entre nós se verificou com a previsão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CRFB, art. 103, §2º).

É certo que a CRFB, numa visão de complemento, diante dos efeitos do instituto acima, consagrou garantia jurisdicional, qual seja o mandado de injunção, voltada para a efetividade concreta dos direitos fundamentais cuja produção de efeitos se encontre pendente da promulgação de leis ou regulamentos.

Todavia, isso não chegou a significar que pudesse o juiz, em suprimindo a omissão do legislador, elaborar a norma que, provisoriamente, isto é, enquanto vier a persistir a inércia legislativa, devesse disciplinar a fruição do direito.

Prova disso é que, no deslinde dos MI 721 - DF¹² (aposentadoria especial do funcionário público) e 712 - PA¹³ (direito de greve dos funcionários públicos), os quais são apontados como representativos de uma viragem do STF, com vistas à concretização dos direitos previstos na CRFB, não se avançou além do emprego da analogia. É que se estacionou na determinação, para a regência das situações em discussão, da incidência, no que for compatível, da legislação já existente

Fausto de Quadros. Coimbra: Almedina, 2016, p. 286-287. Coord.: SOUSA, Marcelo Rebelo de; PINTO, Eduardo Vera-Cruz).

11. A esse aspecto Gomes Canotilho já se referia em trabalho precursor (*Constituição dirigente e vinculação do legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 204-207).

12. Pleno, unânime, rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 30-11-2007.

13. Pleno, maioria, rel. Min. Eros Grau, Informativo – STF 485.

para disciplinar tais questões no plano do Regime Geral de Previdência Social – RGPS (Lei nº 8.213/91) e das relações de emprego (Lei nº 7.783/89).

A existência e necessidade de lindes à jurisdição constitucional fez desafiar a crítica de Carlos Blanco de Moraes¹⁴ ao fenômeno denominado de “nova hermenêutica”, mediante o qual os defensores do neoconstitucionalismo, em reescrevendo a democracia e a divisão de poderes, propiciam a emergência de um poder jurisdicional competente para, na esfera dos direitos sociais, legislar materialmente com base nos seus princípios, criando normas prevalecentes sobre as elaboradas pelo legislador ou até mesmo substitutivas deste.

Trata-se, assim, de uma filosofia voluntarista que, embalada pela ponderação, como técnica de interpretação e concretização, intenta transformar um órgão de controle em um poder normativo, sem que, para tanto, encontre fundamento para assim atuar à luz dos princípios democrático e da separação de poderes, conforme o paradigma estatuído pelo constitucionalismo. E, o que se revela ainda mais gravoso, é o problema de saber quem controla a validade dessas normas jurisprudenciais encobertas por uma cascata, hermética e encriptada, de critérios e fórmulas, ou seja, de quem, afinal, fiscaliza a justiça constitucional¹⁵.

14. As “ideologias da interpretação” e o ativismo judicial: impacto das “ideologias de interpretação nos princípios democrático e da separação de poderes”. In: *Liber Amicorum Fausto de Quadros*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 280-282. Coord.: SOUSA, Marcelo Rebelo de; PINTO, Eduardo Vera-Cruz.

15. Em outro texto, escrito com pouca antecedência, Blanco de Moraes (Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: activismo judicial momentâneo ou um novo paradigma? In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra:

Essa prática interpretativa, espargida assídua e recentemente em solo brasileiro, vem por igual desafiando, de forma incansável, a pena de Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁶. Num dos seus mais recentes textos, principia por esclarecer que o denominado fenômeno da judicialização da política não importa no abandono da divisão funcional do poder, concebida por Montesquieu, apenas a atualiza em face de uma nova realidade. Há, portanto, que ser exercitada nos encerrros da constituição e da lei, não lhe cabendo retirar dos demais poderes o mérito dos atos políticos da sua própria alçada¹⁷.

Coimbra Editora, 2012. Volume III, p. 609-610. Org.: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos), numa crítica porventura até mais acerba ao fenômeno “neoconstitucionalista” das cortes brasileiras, lança objeções de três tipos à sua aplicação em matéria de direitos sociais, direcionando o enfoque ao direito à saúde. Aponta o autor que: a) tais decisões tentam elaborar uma norma ideal, criada pelo próprio tribunal em substituição do legislador ou da administração, carecendo de fundamento jurídico habilitante; b) não compete aos tribunais imiscuir-se na definição das políticas públicas, mas apenas controlar a sua validade constitucional com referência a parâmetros objetivos; c) os magistrados que adotam tais decisões deveriam considerar que os recursos são escassos e que, na lógica do “custo de oportunidade”, o “atendimento a um implicará o prejuízo de outrem”. Preocupação sensível com relação ao ativismo judicial, embora sem direcionamento aos direitos sociais, mas relacionando-o à interpretação conforme com a constituição, foi manifestada Maria Benedita Urbano (Interpretação conforme com a constituição e o ativismo judicial: associação lógica ou ativismo interpretativo? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano VII, p. 417, 2010 (Especial), ao acentuar que, em casos tais, a norma que se extrai da atuação interpretativa há que ter alguma sustentação no texto sobranceiro.

16. O ativismo na justiça constitucional. *O Direito*, ano 151º, volume II, p. 278-279 e 283-285, 2019.
17. De relembra, por seu acerto e atualidade, o ensinamento de Bernadete Neves (A faculdade discricionária do Estado. In: *Maria Bernadete Neves Pedroso – textos selecionados*. Recife: Editora UFPE, 2024, p. 61. Org.: DA MAIA, Alexandre; CALÁBRIA, Carina), válido em termos de divisão e controle das funções estatais, quando afirma ser vedado à justiça censurar o juízo de apreciação sobre o

Do ativismo judicial sem maiores cautelas decorrem – sistematiza o autor – várias consequências em detrimento do Estado de Direito. A primeira é a quebra da segurança jurídica, cerne do próprio constitucionalismo. Em seguida, a flagrante usurpação do poder constituinte, não raro com resultados desastrosos. Num terceiro lugar, emerge a negação da democracia, transferindo-se o governo, que é de ser exercitado pelo povo, direta ou indiretamente, em favor do estamento judicial de cariz elitista. À derradeira, contraria a separação de poderes, sendo de destacar uma razão simples, a de que essa postura ativista não aprimora a governança, pois “o processo judicial não permite a visão de conjunto indispensável à condução dos negócios públicos, afasta a consideração de oportunidades e prioridades”¹⁸.

Por isso, a esse respeito, revela-se precisa Maria Angeles Ahumada Ruiz¹⁹, a qual, após enfatizar que os limites da jurisdição são idênticos aos da interpretação constitucional, assinala que, nos casos de omissão do legislador, há que se diferenciar entre as situações onde a lacuna legislativa é colmatável, através de técnicas hermenêuticas e de integração, daqueles espaços

acerto ou desacerto da escolha realizada pelo órgão público, pois, se assim não for, o juiz ultrapassará a sua natural função de garantidor da legalidade para o de fiscal do mérito da atividade administrativa.

18. Ibidem, p. 285. Essa preocupação não é nova para o autor. Em trabalho escrito aproximadamente um decênio antes (Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, volume 250, p. 164, 2009), aquele já tinha observado no movimento hermenêutico neoconstitucionalista o maltrato à separação de poderes e ao princípio democrático.
19. El control de constitucionalidade de las omisiones legislativas. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, número 8, p. 178, janeiro/abril de 1991.

vazios insuscetíveis de preenchimento em face da existência de limites funcionais intransitáveis pelos tribunais.

Daí apontar a autora que os tribunais constitucionais – que não podem “criar direito” – estão sujeitos a algumas restrições na sua atividade interpretativa, dentre as quais: a) a de que a regra de direito necessária não é deduzível dos princípios e normas constitucionais, sendo incabível a concretização; b) a de que a adoção da solução para o preenchimento da lacuna constitua uma opção política; c) os limites inerentes ao emprego da analogia.

Essa singularidade, pertinente aos limites da interpretação jurídica, parece ter sido corretamente assimilada pelo sistema jurídico português. Basta ver o disposto no art. 10º, nº 3, do Código Civil: “Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema”²⁰.

Tal critério, apesar de, à primeira vista, supor a atribuição de um forte subjetivismo em favor do intérprete, na verdade, como anota Oliveira Ascensão²¹, indica um critério objetivo, idêntico para todos, consistente na referência ao ato de realizar a integração dentro do espírito do sistema.

Trata-se, assim, de mais uma evidência de que, nos sistemas modelados pela CRP e pela CRFB, a concretização das normas constitucionais definidoras de direitos sociais, universo no qual se insere o direito à proteção da saúde, há que se materializar,

20. Disponível em: www.iac.gov.pt. Acesso em: 26-02-2020.

21. *Introdução à ciência do Direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 446-447.

em caráter principal, mediante a conjunção entre a divisão de poderes e o princípio democrático.

Descabido, portanto, pulverizar-se a intervenção judicial, no sentido de impor, à Administração, caso a caso, o cumprimento de prestações, cuja determinação, antes de resultar de um critério legal objetivo, oscila conforme o arbítrio de cada julgador.

4.2. A EXPERIÊNCIA JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA E O DEVER ESTATAL DE FORNECIMENTO DE MEDICAÇÕES

São várias decisões, milhares até, se fizermos levantamento em todos os juízos e tribunais, incluídos os tribunais de justiça e os tribunais regionais federais. Por isso, limitar-nos-emos a expor os julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça²², justamente pela sua relevância não somente persuasiva, mas, sobretudo, vinculativa, no atual estágio da organização judicial brasileira²³. Selecionamos cinco pronunciamentos.

22. Utilizaremos, para sua identificação, a sigla STJ.

23. Nesse sentido, conferir o art. 927 do Código de Processo Civil: “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 02-03-2020.

A análise envolverá mais do que a menção ao texto ou ementa do precedente, antes enfocando as circunstâncias, fáticas e jurídicas, que em torno dele gravitaram.

O primeiro deles é a decisão monocrática proferida no RE 271286 – RS²⁴, na qual é negado seguimento a recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, visando à reforma de acórdão do Tribunal de Justiça que reconheceu em favor dos recorridos, pacientes destituídos de recursos financeiros, o direito a receberem do ente público estadual, gratuitamente, o fornecimento de medicamentos para o tratamento da AIDS.

Granjeia atenção por dois pontos. Inicialmente, a sua veiculação, destacada pelo Informativo – STF nº 210, proveu-lhe de uma maior notoriedade. Em segundo lugar, as afirmações, constantes da sua motivação, impactaram alguns remates, a saber: a) a saúde é um direito subjetivo indisponível e é assegurada à generalidade das pessoas; b) configura a saúde bem jurídico constitucionalmente tutelado (art. 196, CRFB), devendo ser assegurada, de maneira responsável, pelo Estado, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas tendentes a garantir aos cidadãos o acesso universal à assistência médico-hospitalar; c) o caráter programático do dispositivo constitucional não poderia se converter numa promessa constitucional inconsequente, frustrando o cumprimento impostergável do dever consignado pela Lei Fundamental.

Pelo seu componente retórico, a decisão teve uma forte influência sobre os demais segmentos judiciais, albergando a crença de que o juiz poderia substituir o legislador na imple-

24. Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 23-08-2000.

mentação do direito à saúde, mediante imposições concretas, reforçando, assim, a multiplicação de decisões sobre o tema, inclusive com a superação de óbices inerentes à impossibilidade de bloqueio de verbas públicas²⁵.

No entanto, a sua motivação poderia ser mais consentânea com a situação versada²⁶. É que a decisão recorrida se embasou na existência de uma política existente no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, obrigando este apenas ao cumprimento daquilo que foi estatuído pelo legislador²⁷.

Isso é importante à medida que ao STF não foi devolvida a questão de se o juiz poderia ou não suprir a lacuna de política pública do Estado, determinando o conteúdo desta diante dos casos concretos. Na hipótese, havia lei e somente competia ao Judiciário – tal qual fez o tribunal *a quo* – verificar o acerto de sua aplicação.

25. STJ, Segunda Turma, AgRg no Agravo de Instrumento 750966 - RS, unânime, rel. Min. Castro Meira, DJ de 19-05-2006; STJ, Segunda Turma, REsp 832317 - RS, unânime, rel. Min. João Otávio Noronha, DJ de 08-11-2000.

26. Daí - observa Federico Roselli (*Logica del giudice e controllo di legittimità. Giustizia Civile*, número 2, p. 234, 2019) - que uma das exigências que vem assomando ao sistema de precedentes, lição que deve ter sua incidência para o Brasil, reside em não se prescindir da consideração dos fatos, nos termos acertados pelo tribunal prolator da decisão recorrida, de maneira que a não se ter princípios jurídicos enunciados como normas gerais, mas desconectados dos motivos fáticos do litígio.

27. Suficiente, para isso, ver o art. 1º da Lei estadual 9908/93: “Art. 1º - O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família. Parágrafo único - Consideram-se medicamentos excepcionais aqueles que devem ser usados com frequência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente”. Disponível em: www.leisestaduais.com.br. Acesso em: 25-02-2020.

Uma segunda oportunidade consistiu no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 – CE²⁸, requerida pela União Federal em face de acórdão proferido pela Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da Quinta Região (AC 408729 – CE), mediante o qual restou deferido em favor de uma jovem com vinte e um anos de idade, portadora da patologia NIEMANN – PICK TIPO C, de natureza neurodegenerativa rara, o fornecimento do ZAVESCA, com o objetivo de possibilitar um aumento da sobrevida e a melhora da qualidade desta.

Além da base fática dizer respeito a doença rara²⁹, no contexto no qual proferida, não se verificava na Lei nº 8.080/90 a disciplina objetiva do assunto inerente à assistência farmacêutica, encontrando-se a matéria versada no plano regulamentar, mais precisamente pela Resolução nº 338, de 06 de maio de 2004, do Conselho Nacional de Saúde.

28. Pleno, unânime, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 30-04-2010.

29. Uma exposição em torno dos critérios para a identificação das doenças raras é fornecida por Fernando Aith, Yasmim Bujdoso, Paulo Roberto do Nascimento e Sueli Dallari (Os princípios da universalidade e integralidade do SUS sob a perspectiva da política de doenças raras e da incorporação tecnológica. *Revista de Direito Sanitário*, volume 15, p. 18-20, março/junho de 2014), noticiando que, nos Estados Unidos da América, adota-se o padrão de setenta e cinco ocorrências a cada cem mil habitantes, enquanto a União Europeia sufraga o de uma ocorrência por dez mil habitantes. Entre nós, até 2012, o Ministério da Saúde adotava a proporção de uma pessoa enferma por dois mil habitantes. Outras balizas são delineadas por organizações internacionais. As doenças raras – enfatizam – apresentam-se à coletividade com uma íntima vinculação aos medicamentos órfãos, uma vez, justamente por sua raridade, não despertam maiores expectativas de lucro à indústria farmacêutica, fazendo com que esta não tenha maior interesse na pesquisa e no desenvolvimento de drogas para o seu tratamento.

Ao depois da realização de audiência pública, negou-se provimento ao recurso, estatuinto o voto do relator parâmetros a serem adotados nas decisões judiciais sobre a matéria. Podemos sistematizá-las da forma que segue.

Inicialmente, destacou-se a hipótese na qual o pleito se relacione a política pública já existente. Nesse caso, ao deferi-lo, o juiz estaria determinando o cumprimento do que assegura o SUS, o que se mostrou plenamente correto.

Diversamente, quando a ação ou serviço de saúde não estiver contemplada pelo SUS, seria o caso de se distinguir se a hipótese: a) é de uma omissão legislativa ou administrativa, devendo ser privilegiado o tratamento oferecido, cabendo a atuação judicial, desde que o interessado comprove que aquele não é adequado para o seu caso; b) deriva de uma decisão administrativa de não fornecê-la, tendo em vista a oferta de alternativa, o que implica a preponderância da opção disponível, salvo se demonstrada a sua ineficácia ou impropriedade, permitindo-se, igualmente, a intervenção judicial; c) decorre de uma decisão administrativa desfavorável, mas não possuindo o sistema tratamento para a enfermidade, há que se assentar a impossibilidade de deferir-se tratamento experimental, mas, caso existente nova terapêutica ainda não analisada pelo SUS, mas disponível fora deste, caberá ao Judiciário intervir em demandas, individuais ou coletivas, desde que haja instrução probatória que assim justifique; d) emana de decisão negativa por existir vedação legal à dispensação do medicamento.

Examinando tais premissas, verifico que elas merecem ajustes, diante da teoria dos direitos fundamentais sociais. Primeiramente, se há uma omissão normativa, a solução não pode ser a de que o Estado reste obrigado a prestar toda e qualquer assistência médico-farmacêutica a um particular determinado.