

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA  
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO

IGOR VINÍCIUS DE LIMA AFONSO

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O FORNECIMENTO PÚBLICO DE  
MEDICAMENTOS:  
A PARAMETRIZAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

UBERLÂNDIA

2021

IGOR VINÍCIUS DE LIMA AFONSO

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O FORNECIMENTO PÚBLICO DE  
MEDICAMENTOS:  
A PARAMETRIZAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito, na área de concentração de Direitos e Garantias Fundamentais, vinculado a linha de pesquisa que trata de Tutela Jurídica e Políticas Públicas, da Universidade Federal de Uberlândia – UFU, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Juliane Caravieri Martins.

UBERLÂNDIA

2021

Ficha Catalográfica Online do Sistema de Bibliotecas da UFU  
com dados informados pelo(a) próprio(a) autor(a).

A257 Afonso, Igor Vinícius de Lima, 1990-  
2021 A judicialização da saúde e o fornecimento público de  
medicamentos [recurso eletrônico] : A parametrização  
pelo Supremo Tribunal Federal / Igor Vinícius de Lima  
Afonso. - 2021.

Orientadora: Juliane Caravieri Martins.  
Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de  
Uberlândia, Pós-graduação em Direito.  
Modo de acesso: Internet.  
Disponível em: <http://doi.org/10.14393/ufu.di.2021.259>  
Inclui bibliografia.

1. Direito. I. Martins, Juliane Caravieri, 1973-,  
(Orient.). II. Universidade Federal de Uberlândia. Pós-  
graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340

Bibliotecários responsáveis pela estrutura de acordo com o AACR2:

Gizele Cristine Nunes do Couto - CRB6/2091



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA**  
 Secretaria da Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito  
 Av. João Naves de Ávila, 2121, Bloco 3D, Sala 302 - Bairro Santa Mônica, Uberlândia-MG, CEP 38400-902  
 Telefone: 3239-4051 - mestradodireito@fadir.ufu.br - www.cmdip.fadir.ufu.br



### ATA DE DEFESA - PÓS-GRADUAÇÃO

Programa de Pós-Graduação em:	Direito				
Defesa de:	Dissertação de Mestrado Acadêmico, número 148, PPGDI				
Data:	Vinte e três de junho de dois mil e vinte e um	Hora de início:	09:00	Hora de encerramento:	11:00
Matrícula do Discente:	11912DIR008				
Nome do Discente:	Igor Vinícius de Lima Afonso				
Título do Trabalho:	A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O FORNECIMENTO PÚBLICO DE MEDICAMENTOS: A PARAMETRIZAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL				
Área de concentração:	Direitos e Garantias Fundamentais				
Linha de pesquisa:	Tutela Jurídica e Políticas Públicas				
Projeto de Pesquisa de vinculação:	Efetividade e Devolução de Conceitos Sociais				

Reuniu-se, utilizando tecnologia de comunicação à distância, conforme previsto na Portaria n°. 36 da CAPES, a Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito, assim composta: Professoras Doutoras: Lígia Barros de Freitas - UEMG; Daniela de Melo Crosara - UFU; e Juliane Caravieri Martins - UFU - orientadora do candidato.

Iniciando os trabalhos a presidente da mesa, Dra. Juliane Caravieri Martins, apresentou a Comissão Examinadora e o candidato, agradeceu a presença do público, e concedeu ao Discente a palavra para a exposição do seu trabalho. A duração da apresentação do Discente e o tempo de arguição e resposta foram conforme as normas do Programa.

A seguir a senhora presidente concedeu a palavra, pela ordem sucessivamente, às examinadoras, que passaram a arguir o candidato. Ultimada a arguição, que se desenvolveu dentro dos termos regimentais, a Banca, em sessão secreta, atribuiu o resultado final, considerando o candidato:

Aprovado.

Esta defesa faz parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre.

O competente diploma será expedido após cumprimento dos demais requisitos, conforme as normas do Programa, a legislação pertinente e a regulamentação interna da UFU.

Neste ato, e para todos os fins de direito, as examinadoras e o discente autorizam a transmissão ao vivo da atividade e a gravação das suas imagens e vozes para fins de registro e arquivo junto à Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia. As imagens e vozes não poderão ser divulgadas em nenhuma hipótese, exceto quando autorizadas expressamente pelas examinadoras e pelo discente. Por ser esta a expressão da vontade, nada haverá a reclamar a título de direitos conexos quanto às imagens e vozes ou quaisquer outros, nos termos firmados na presente.

Nada mais havendo a tratar foram encerrados os trabalhos. Foi lavrada a presente ata que após lida e achada conforme foi assinada pela Banca Examinadora e pelo discente.



Documento assinado eletronicamente por **Juliane Caravieri Martins, Professor(a) do Magistério Superior**, em 23/06/2021, às 11:12, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Daniela de Melo Crosara, Professor(a) do Magistério Superior**, em 28/06/2021, às 11:59, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Lígia Barros de Freitas, Usuário Externo**, em 28/06/2021, às 15:24, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Igor Vinícius de Lima Afonso, Usuário Externo**, em 28/06/2021, às 21:19, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site [https://www.sei.ufu.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](https://www.sei.ufu.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **2854401** e o código CRC **A4220D0A**.

Dedico este trabalho ao Sistema Único de Saúde,  
como uma das mais importantes conquistas sociais do  
Brasil.

## AGRADECIMENTOS

Para a conclusão do curso de Mestrado Acadêmico e da presente dissertação, contei com a colaboração de familiares, amigos e professores, razão pela qual alguns agradecimentos são indispensáveis.

Primeiramente, agradeço aos meus pais, Débora e Lindomar Afonso, e a minha irmã Ananda Afonso, por todo apoio afetivo, sempre me incentivando, acompanhando e amparando todas as etapas de minha formação não só pessoal, como profissional.

Agradeço a todos os amigos que se mantiveram presentes durante o desenvolvimento e execução da presente pesquisa, Bárbara Abrahão, Daniella Orlandelli e Lais Mendes, dando todo o amparo emocional necessário, e em especial ao Marcelo Lemos que foi um grande incentivador para que eu entrasse no Mestrado Acadêmico, sendo determinante em minha aprovação.

Também, gostaria de agradecer aos novos amigos que conheci no Mestrado, e que foram até mais importante que o próprio curso, em especial Bruna Salgado, Luiza Ferreira, Lorena Franco, Taíza Soares, Esther Faria e José Carlos, da linha de pesquisa Tutela Jurídica e Políticas Públicas, que tornaram prazerosa a experiência acadêmica. Durante a trajetória dos processos seletivos, tive o prazer de conhecer e contar com a amizade da professora Jaqueline Sousa, que também foi uma grande incentivadora e contribuiu sobremaneira para minha aprovação.

À minha querida orientadora e professora Juliane Caravieri Martins, não só pelas orientações e correções imprescindíveis ao desenvolvimento do presente trabalho, mas principalmente pelo seu afeto, acolhimento, amizade e solidariedade em participar em coautoria de algumas publicações.

Agradeço também aos advogados com quem trabalhei durante o desenvolvimento do presente trabalho, em especial ao ilustre advogado Antônio Caixeta Ribeiro e toda sua equipe, por todo apoio que foi fundamental para que eu pudesse concluir o curso.

Por fim, entendo ser importante estender os meus agradecimentos a todos aqueles que de forma direta ou indireta, fizeram com que eu escolhesse trabalhar com a temática da judicialização da saúde, dando origem a presente pesquisa acadêmica.

O meu primeiro contato com a temática da judicialização da saúde, se deu já nos primeiros anos da graduação, quando estagiei na Segunda Vara Cível da Comarca de Patrocínio, onde pude acompanhar diversas ações de tal natureza, sob a orientação e supervisão de diversos servidores, dentre os quais destaco o assessor jurídico Cristiano Kazaoka.

Ao término da graduação, passei a me dedicar a advocacia cível, trabalhando com diversos advogados, atuando em algumas causas que visavam a tutela do direito à saúde. Porém, em 2016 tive a oportunidade de ser estagiário de pós-graduação *latu senso* no gabinete do Juizado Especial Cível, Criminal e da Fazenda Pública de Patrocínio, onde tive contato diário com o fenômeno da judicialização, principalmente com ações voltadas ao recebimento público de medicamentos, sob a supervisão e ensinamentos da Juíza de Direito Elisa Marco Antônio, a quem também estendo os meus agradecimentos.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF - Constituição Federal

SUS - Sistema Único de Saúde

RE - Recurso Extraordinário

STF - Supremo Tribunal Federal

STA - Suspensão de Tutela Antecipada

ONU - Organização das Nações Unidas

ART - Artigo

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

CONASEMS - Conselho Nacional de Secretárias Municipais de Saúde

MG/MS ou MS/MG - Ministério da Saúde Gabinete do Ministro

RENAME - Relação Nacional de Medicamentos

FTN - Formulário Terapêutico Nacional

PCDT - Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas

RENASES - Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde

ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária

CFM - Conselho Federal de Medicina

USP - Universidade de São Paulo

AGU - Advocacia-Geral da União

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

DSD - *Dispute System Design* ou Desenho de Sistema de Disputa

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

STJ - Supremo Tribunal de Justiça

CPC - Código de Processo Civil

CONITEC - Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS

## RESUMO

A presente dissertação tem por escopo analisar o fenômeno da judicialização do direito à saúde, especialmente relacionado ao fornecimento de medicamentos pelo Estado. De início, a pesquisa analisa o fenômeno da judicialização da saúde com a Teoria do Direito Fraternal, bem como o aporte bibliográfico e normativo do direito à saúde e do SUS, voltado especificamente ao fornecimento público de medicamentos. Em sequência, é realizada uma análise dos conceitos de políticas públicas, ativismo judicial e judicialização da saúde, bem como apresentado o debate específico acerca da judicialização e o fornecimento público de medicamentos, buscando apontar as possíveis soluções. Por fim, é trabalhado o papel do STF na hermenêutica constitucional e realizada a análise de sua jurisprudência com foco nos acórdãos com Repercussão Geral com o fito de aferir a parametrização da Corte sobre a matéria. A judicialização da saúde voltada ao fornecimento público de medicamentos é uma alternativa adequada à concretização do direito social e fundamental à saúde? O aparato normativo infraconstitucional impõe as diretrizes que devem ser observadas pelas políticas públicas neste seguimento? O Supremo Tribunal Federal trouxe uma parametrização capaz de atender à satisfação do direito à saúde, dentro da sistemática constitucional brasileira? O método de pesquisa é o dedutivo e o dialético, e a técnica de pesquisa será a monográfica por meio do levantamento bibliográfico, jurisprudencial e da legislação vigente sobre o tema. Como resultados, concluiu-se que o fenômeno da judicialização é uma alternativa adequada para concretizar o direito à saúde apesar da existência do aparato normativo infraconstitucional que normatiza as políticas públicas vigentes. Também se conclui que o STF trouxe parâmetros capazes de orientar as ações em que se pretende o fornecimento de medicamentos, com algumas ressalvas, buscando seguir os ditames infraconstitucionais pré-estabelecidos, sempre que possível.

Palavras-chave: Judicialização. Direito fundamental à Saúde. Fornecimento de Medicamentos. Sistema Único de Saúde. Direito Fraternal. Supremo Tribunal Federal.

## RESUMEN

Esta disertación tiene como objetivo analizar el fenómeno de la judicialización del derecho a la salud, especialmente relacionado con el suministro de medicamentos por parte del Estado. Inicialmente, la investigación analiza el fenómeno de la judicialización de la salud con la Teoría del Derecho Fraternal, así como el aporte bibliográfico y normativo del derecho a la salud y del SUS, específicamente dirigido al suministro público de medicamentos. Luego, se realiza un análisis de los conceptos de políticas públicas, activismo judicial y judicialización de la salud, además de presentar el debate específico sobre judicialización y oferta pública de medicamentos, buscando señalar posibles soluciones. Finalmente, se analiza el papel del STF en la hermenéutica constitucional y se analiza su jurisprudencia, enfocándose en sentencias de repercusión general para evaluar los parámetros de la Corte en la materia. ¿Es la judicialización de la salud orientada al suministro público de medicamentos una alternativa adecuada a la realización del derecho social y fundamental a la salud? ¿El aparato normativo infraconstitucional impone los lineamientos que deben observar las políticas públicas en este segmento? ¿La Corte Suprema trajo una parametrización capaz de satisfacer la satisfacción del derecho a la salud, dentro del sistema constitucional brasileño? El método de investigación es deductivo y dialéctico, y la técnica de investigación será monográfica a través de la legislación bibliográfica, jurisprudencial y vigente en la materia. En consecuencia, se concluyó que el fenómeno de la judicialización es una alternativa adecuada para realizar el derecho a la salud a pesar de la existencia del aparato normativo infraconstitucional que regula las políticas públicas vigentes. También se concluye que el STF trajo parámetros capaces de orientar las acciones en las que se pretende suministrar medicamentos, con algunas salvedades, buscando seguir los dictados infraconstitucionales preestablecidos, siempre que sea posible.

Palabras clave: Judicialización. Derecho fundamental a la salud. Suministro de medicamentos. Sistema Único de Salud. Derecho Fraternal. Supremo Tribunal Federal.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	13
<b>CAPÍTULO 01 – O DIREITO FRATERNAL, O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE E O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE .....</b>	<b>18</b>
<b>1.1 A judicialização da saúde e as políticas públicas de fornecimento de medicamentos sob a perspectiva da teoria do direito fraterno .....</b>	<b>18</b>
<b>1.2 Positivção e efetivação do direito à saúde como direito humano e fundamental .....</b>	<b>28</b>
<i>1.2.1 A saúde como direito social e fundamental na Constituição de 1988 .....</i>	<i>34</i>
<i>1.2.2 Distribuição constitucional de competências (atribuições da União, dos Estados e dos Municípios) na garantia do direito à saúde .....</i>	<i>42</i>
<b>1.3 O Sistema Único de Saúde no Brasil .....</b>	<b>46</b>
<i>1.3.1 A normatização do Sistema Único de Saúde e seus princípios fundantes .....</i>	<i>50</i>
<i>1.3.2 A normatização do Sistema Único de Saúde e a dispensação de medicamentos .....</i>	<i>56</i>
<b>CAPÍTULO 02 – A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O FORNECIMENTO PÚBLICO DE MEDICAMENTOS .....</b>	<b>63</b>
<b>2.1 O papel das políticas públicas .....</b>	<b>63</b>
<b>2.2 A judicialização .....</b>	<b>69</b>
<b>2.3 A legitimidade do Poder Judiciário e o fenômeno da judicialização .....</b>	<b>71</b>
<b>2.4 O ativismo judicial .....</b>	<b>76</b>
<b>2.5 A judicialização da saúde e o fornecimento público de medicamentos .....</b>	<b>79</b>
<i>2.5.1 Efeitos, problemas e soluções para o fenômeno da judicialização da saúde atrelada ao fornecimento de medicamentos pelo SUS .....</i>	<i>87</i>
<i>2.5.2 O problema do acesso à justiça .....</i>	<i>100</i>
<b>2.6 Do mínimo existencial ao máximo existencial e a Teoria da Reserva do Possível .....</b>	<b>104</b>
<b>CAPÍTULO 03 – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DIREITO À SAÚDE: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL .....</b>	<b>112</b>
<b>3.1 O papel do Supremo Tribunal Federal e a hermenêutica constitucional .....</b>	<b>113</b>
<b>3.2 O instituto da Repercussão Geral .....</b>	<b>125</b>

<b>3.3 Análise da jurisprudência do Supremo com enfoque nos casos que ganharam status de Repercussão Geral</b> .....	130
<i>3.3.1 A legitimidade do Ministério Público – Recurso Extraordinário nº 605.533</i> .....	131
<i>3.3.2 A questão dos medicamentos não registrados na ANVISA – Recurso Extraordinário nº 657.718</i> .....	137
<i>3.3.3 A questão dos medicamentos de alto custo – Recurso Extraordinário nº 566.471/RN</i> .....	146
<i>3.3.4 A possibilidade de bloqueio das contas públicas para o fornecimento de medicamentos – Recurso Extraordinário nº 607.582/RS</i> .....	155
<i>3.3.5 A solidariedade da União, dos Estados e dos Municípios nas ações que versam sobre o fornecimento de medicamentos – Recurso Extraordinário nº 855.178</i> .....	155
<b>3.4 A Suspensão de Tutela Antecipada nº 175</b> .....	162
<b>CONCLUSÃO</b> .....	167
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	179

## INTRODUÇÃO

Os direitos sociais, presentes no art. 6º da Constituição Federal, se consubstanciam em garantias constitucionais dotadas de eficácia plena e pronta exigibilidade, uma vez que as normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicação imediata.

Os direitos sociais, dentre os quais se destaca no presente trabalho o direito à saúde, demandam regulamentação e investimento para se tornarem concretizáveis, tratando-se de normas programáticas. Dessa forma, eles impõem ao Poder Público o dever jurídico de implementá-los mediante o planejamento de políticas públicas adequadas cuja execução envolve a edição de normas legais e regulamentares, bem como a prestação material de serviços públicos, demandando o dispêndio de recursos financeiros.

Percebe-se que a Constituição Federal de 1988, alinhada com a evolução constitucional contemporânea, não só previu a saúde como bem jurídico digno de proteção constitucional, mas foi mais além, consagrando-a como direito fundamental, outorgando-lhe, de tal sorte, uma proteção jurídica diferenciada no âmbito da ordem jurídico-constitucional<sup>1</sup>.

O estado da arte aponta a indiscutível importância de se tutelar o direito à saúde, como inerente ao basilar direito à vida, elevando-o à categoria de direitos que representam o mínimo existencial, ou seja, vinculam o legislador e à administração pública à sua concretização seja através de aparato normativo, institucional e/ou via políticas públicas, visando resguardar a dignidade da pessoa humana.

A Constituição Cidadã de 1988 trouxe um arcabouço de direitos capazes de fomentar, ao menos no plano jurídico, a concretização de uma série de direitos e foi além ao determinar a criação de um Sistema Único de Saúde, capaz de propiciar aos seus usuários a integralidade no atendimento, bem como a própria participação da comunidade em suas políticas públicas.

Desde então, com o advento da Lei do Sistema Único de Saúde (SUS), Lei Federal nº. 8.080/1990, seu decreto regulamentador e outras normas correlatas, legislativas e administrativas, no âmbito federal, estadual e municipal, o Brasil passou a ter um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, pautado na integralidade do atendimento de seus usuários, em todos os níveis de assistência, e na universalização do acesso aos serviços prestados.

---

<sup>1</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. n.11, 2007. p. 02.

Desse modo, encontra-se incluído no campo de atuação do SUS a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, através da dispensação de medicamentos aos usuários da rede pública de saúde, de forma administrativa e por intermédio de políticas públicas de medicamentos estruturadas, englobando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Ocorre que, por diversos motivos que serão trabalhados no presente trabalho, nem sempre os cidadãos conseguem receber administrativa e diretamente os medicamentos de que necessitam para o atendimento de seus quadros clínicos, embora haja todo um aparato constitucional, legislativo e institucional, havendo diversas ações judiciais que caracterizam o fenômeno da judicialização da saúde.

O fenômeno da judicialização da saúde consiste, em síntese, no crescente número de ações ajuizadas no Poder Judiciário nacional, requerendo o recebimento de prestações públicas, como o fornecimento de fármacos e insumos, vagas em leitos hospitalares, cirurgias e procedimentos, dentre outros pedidos afetos à concretude do direito social e fundamental à saúde.

É corrente o entendimento de que a ciência do direito deve acompanhar as mudanças sociais, incorporando novas teorias capazes de atender à realidade social, preencher lacunas e atender demandas não solucionadas pelas ditas teorias tradicionais. Nessa perspectiva, a presente dissertação utilizará como referencial teórico a metateoria do Direito Fraternal, tendo como destaque o pensamento de Elígio Restá, trazendo uma nova forma analítica para as temáticas jurídicas.

A teoria do Direito Fraternal revela novas possibilidades de resolução de conflitos da sociedade contemporânea, coincidindo com o *locus* associado aos direitos humanos, trazendo a ideia de que a humanidade é um lugar comum, por meio de um senso de autorresponsabilização dos indivíduos, revelando a importância de se pensar no coletivo.

O fenômeno da judicialização da saúde fora diversas vezes objeto de análise do Supremo Tribunal Federal (STF), como instância superior da jurisdição nacional e guardião da Constituição no Brasil, principalmente na fixação de parâmetros hermenêuticos.

Na questão específica do fornecimento de medicamentos, o STF teve oportunidade de se posicionar em decisões, cujo instituto da Repercussão Geral foi reconhecido, em Recursos Extraordinários, mais especificamente os seguintes: RE 605.533, RE 657.718, RE 607.582, RE 855.178 e RE 566.471. Ademais, houve a tentativa de parametrização no fornecimento de medicamentos através do Agravo Regimental da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175.

Como problemas de pesquisa, apresentam-se as seguintes questões: a judicialização da saúde para o fornecimento público de medicamentos é alternativa adequada à concretização do direito social e fundamental à saúde apesar de existir o aparato normativo infraconstitucional com as diretrizes que deveriam ser observadas pelas políticas públicas de saúde? O Supremo Tribunal Federal trouxe uma parametrização adequada para a satisfação do direito à saúde na sistemática constitucional brasileira?

A hipótese do estudo pressupõe que a judicialização da saúde, no que se refere ao fornecimento público de medicamentos, é alternativa adequada para a garantia do efetivo direito fundamental e social à saúde desde que seja resguardada a autonomia e a viabilidade da estrutura de tais políticas públicas, sempre que possível e a depender do caso concreto.

O objetivo geral foi analisar o fenômeno da judicialização atrelado ao fornecimento público de medicamentos como forma de concretização do direito fundamental à saúde, principalmente sob a ótica do direito fraterno. Como objetivos específicos, a presente pesquisa pretendeu verificar a relação entre a teoria do direito fraterno e a judicialização da saúde; analisar as políticas de fornecimento de medicamentos pelo SUS a fim de verificar se a judicialização seria alternativa adequada à concretude desse direito e, por fim, verificar se houve parâmetros fixados pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema e se eles seriam adequados.

Além da utilização das teorias do direito fraterno e do máximo existencial, a presente pesquisa utilizará como referencial teórico os estudos sobre o fenômeno da judicialização da saúde, tendo como norte os autores Ingo Wolfgang Sarlet e Maria Paula Dallari Bucci.

A presente pesquisa é teórica e qualitativa, porque traduz em conceitos, ideias e teorias, uma série de processos sociais e jurídicos relacionados ao fenômeno da judicialização da saúde, não utilizando dados estatísticos de forma substancial.

A pesquisa utilizou o método dedutivo para alcançar suas conclusões. Desse modo, foram estudadas as análises gerais do que foi produzido no cenário acadêmico e deliberações jurisprudenciais, com repercussão geral, definidas pelo Supremo e que serviram de referência na análise do caso específico da judicialização para o fornecimento público de medicamentos.

A utilização do método dedutivo não afastou, em alguns pontos, o emprego do método dialético, visto que em, determinados momentos, a pesquisa se contrapõe ao posicionamento de alguns autores e de Ministros do STF (teses), extraindo certas contradições (antíteses) e produzindo novos argumentos (sínteses) para a elucidação do fenômeno da judicialização.

Na análise teórica ora pretendida, além do levantamento das obras acadêmicas que trabalham com a temática, foi analisado o entendimento jurisprudencial atual do Superior

Tribunal Federal acerca da judicialização da saúde e o fornecimento público de medicamentos, destacando as decisões exaradas em recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida, revelando a (possível) parametrização do STF sobre a matéria.

Por fim, os procedimentos técnicos utilizados para a coleta dos dados foram o levantamento bibliográfico e a análise jurisprudencial sobre o tema, desenvolvendo a dissertação com base em materiais constituídos principalmente por livros, artigos científicos e trabalhos acadêmicos, considerando o grau de inserção das obras no cenário jurídico, combinando, em seu desenvolvimento, legislação, jurisprudência e aporte bibliográfico.

É necessário destacar que a presente pesquisa, embora predominantemente jurídica, também utilizou alguns autores de outras áreas do conhecimento, destacando as ciências sociais e a saúde pública, que foram fundamentais para a compreensão adequada do tema.

Embora haja vasto material bibliográfico, a temática da judicialização da saúde e a dispensação pública de medicamentos se mostra atual e relevante, merecendo tratamento científico por se tratar de um grande problema no atual Estado Democrático de Direito em matéria de concretização dos direitos fundamentais, atingindo, principalmente, a população mais vulnerável. Além disso, existem novas abordagens analíticas preocupadas com os efeitos desse fenômeno e as recentes parametrizações realizadas pelo Supremo Tribunal Federal.

A dissertação está dividida em três capítulos. No primeiro, a discussão gira em torno da relação entre o direito fraterno e a judicialização da saúde, analisando, ainda, a positivação e efetivação do direito à saúde como direito humano e fundamental, a distribuição constitucional de competências, o Sistema Único de Saúde, suas normas e princípios, principalmente no que tange à dispensação de medicamentos.

O segundo capítulo ressalta o papel das políticas públicas, a legitimidade do Poder Judiciário, o fenômeno do ativismo judicial, além de tratar especificamente sobre a judicialização da saúde e o fornecimento público de medicamentos, seus efeitos, problemas e soluções; finalizando com a análise das teorias do mínimo existencial, do máximo existencial e da reserva do possível.

Por fim, no terceiro e último capítulo foi realizada o levantamento e análise crítica do papel do Supremo Tribunal Federal na ordem democrática brasileira, inclusive a partir do instituto da Repercussão Geral, analisando os acórdãos proferidos nos seguintes Recursos Extraordinários: RE 605.533, RE 657.718, RE 607.582, RE 855.178 e RE 566.471; sendo analisado, ainda, o Agravo Regimental da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175.

A presente pesquisa buscou compreender as principais tensões existentes no fornecimento público de medicamentos através da atividade jurisdicional, por meio de uma

perspectiva social e democrática, atrelada ao ideal de Estado Democrático de Direito, levando-se em consideração a importância do SUS como uma das maiores conquistas sociais do Brasil.

## **CAPÍTULO 01 – O DIREITO FRATERO, O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE E O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE**

Com o objetivo de dar o tom ao trabalho proposto, bem como trazer uma nova perspectiva analítica do tema, na presente seção será tratada a relação entre o direito à saúde, a teoria do direito fraterno e o humanismo enquanto categoria constitucional, como ferramentas hermenêuticas para o desenvolvimento e a compreensão da temática da judicialização do direito à saúde, especialmente relacionada as políticas públicas de fornecimento de medicamentos.

As demandas que versam sobre o fornecimento de medicamentos em face dos entes públicos, apresentam caráter multicêntrico de modo que as decisões emanadas pelos magistrados são antecedidas, via de regra, por diversos argumentos e informações médicas, administrativas, econômicas e jurídicas.

Assim, a questão sensível da judicialização da saúde requer um alargamento dos horizontes hermenêuticos, principalmente quando as teorias tradicionais do direito não se mostram, por si só, capazes de resolver todas as questões problemáticas que envolvem a satisfação plena do direito a saúde em seu viés prestacional.

### **1.1 A judicialização da saúde e as políticas públicas de fornecimento de medicamentos sob a perspectiva da teoria do direito fraterno**

Primeiramente, para análise da utilização da teoria do direito fraterno e sua correlação com as prestações públicas de saúde, destaca-se o Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 ao revelar as suas inspirações fundamentadas nos valores basilares da sociedade brasileira, inclusive quando expressa o termo “sociedade fraterna”:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) . Acesso em: 24 mar. 2021.

Nota-se, assim, a intenção do constituinte originário de trazer a fraternidade como valor essencial ou até mesmo como objetivo a ser almejado no seio da sociedade, por meio da fruição dos direitos consagrados no texto constitucional, o que denota a importância de uma análise fraterna do direito.

Cada vez mais se compreende a necessidade de um constitucionalismo compromissado e transformador com o Estado Democrático de Direito, abrindo espaço para a institucionalização da moral, pois o direito não pode ser tão somente um legitimador das relações de poder, mas tem a potencialidade de transformar a sociedade, regulando a intervenção estatal na economia e estabelecendo a obrigação de realizar políticas públicas que efetivem o imenso catálogo de direitos fundamentais-sociais existentes<sup>3</sup>, dentre os quais se destacam os direitos à vida e à saúde.

Para compreensão do direito fraterno e suas correlações, é necessário se ater à semântica do termo “fraternidade” que deriva do vocábulo latino “frater” que significa “irmão”. Dentre os significados do verbo “fraternizar”, encontra-se irmandade, amor ao próximo, unir-se em estreitamento, fazer causa comum, aliar-se<sup>4</sup>; termos amplamente utilizados no enfrentamento de questões atreladas à saúde em toda a sua extensão e em suas várias dimensões.

Cunha<sup>5</sup> afirma que o direito se trata de uma realidade cultural criada pelo homem, através de sua vontade natural de buscar a justiça, dando a cada um o que é seu. Nesse sentido, o autor revela a necessidade de um renascimento jurídico que atue de maneira harmônica para introduzir na ciência jurídica questões que não se encontravam na matriz originária do direito, como a questão da justiça restaurativa, mediação, direito das favelas, direito da *internet*, dentre outras categorias não ligadas ao direito tradicional, mas que se conectam ao paradigma jurídico-político dos direitos humanos.

Desse modo, Cunha<sup>6</sup> ressalta que o desafio do direito é se renovar com e pela justiça, nunca se afastando da realidade humana, pois existe em função da pessoa, apontando que os juristas possuem responsabilidades deontológicas, sociais e políticas que também se revelam como deveres éticos a serem perseguidos.

Nessa perspectiva, a sistemática do direito fraterno aponta para a importância de uma nova forma analítica de se buscar a efetivação dos direitos, diante de novas realidades sociais,

---

<sup>3</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 02.

<sup>4</sup> VIAL, Sandra Regina Martini. Direito Fraterno na sociedade cosmopolita. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006. p.121-122.

<sup>5</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. Do Direito Natural ao Direito Fraterno. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, janeiro-junho, 2009, p. 83.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p.84.

levando-se em consideração que o direito existe em função da pessoa e indicando a responsabilidade social dos indivíduos e o seu dever ético.

Sobre o vínculo entre direito fraterno e cidadania, Resta aponta que:

[...] o seu olhar voltado para além do confim, para proximidades distantes, requer revogações decisivas daquele “direito de cidadania”, que é, desde sempre, lugar de exclusão através de um *ethnos*. Por isso, a sua forma é aquela dos direitos humanos, contanto que eles sejam esvaziados da metafísica. O olhar vai para a humanidade como um “lugar comum”, e não como a abstração que confunde tudo e mascara as diferenças. Os direitos humanos têm uma dimensão “ecológica”, são espaço no qual as duplas opositivas são novamente compreendidas: isto nos leva à conscientização de que os direitos humanos podem ser ameaçados sempre e somente pela própria humanidade; mas podem ser tutelados sempre e somente pela própria humanidade; não por uma natureza, um Deus, um Terceiro, qualquer outra abstração metafísica, mas pelos homens de carne e osso, por nós, na vida cotidiana<sup>7</sup>.

Acerca do direito fraterno, Rangel<sup>8</sup> afirma que a ligação entre direito e fraternidade revela a tentativa de novas possibilidades, destacando um novo modelo de regras da comunidade política que, embora possa não se apresentar como vencedor, seja um modelo possível para a sociedade contemporânea. O autor explicita que o direito fraterno coincide com o *locus* associado aos direitos humanos, trazendo a ideia de que a humanidade é tão somente um lugar comum, além de representar um instrumento por meio do qual é possível o crescimento da autorresponsalização, tratando-se de um direito que visa resguardar a integridade do cidadão.

Conforme abordado por Vial<sup>9</sup>, o direito fraterno evidencia-se pela análise transdisciplinar dos fenômenos sociais, apontando que “a transdisciplinaridade significa, antes de tudo, transgredir e, ao mesmo tempo, integrar”, o que coincide com a temática da judicialização da saúde que, igualmente, necessita de uma análise multidisciplinar, transgressora e integradora para a satisfação do direito social.

No mesmo sentido, Martini e Waldman<sup>10</sup> apontam que a metateoria do Direito Fraterno revela a necessidade da análise transdisciplinar dos fenômenos sociais, buscando elucidar problemas da seara jurídica na contemporaneidade, partindo do paradoxo da humanidade ou

<sup>7</sup> RESTA, Eligio, 2011 apud RANGEL, Tauã Lima Verdan. Mediação e direito fraterno em um cenário de litígios: o diálogo como instrumento de fomento na administração de conflitos e na promoção da cidadania ativa. **Revista Derecho y Cambio Social**, Lima, n. 58, oct-dic, 2019, p. 505.

<sup>8</sup> Ibid., p. 504.

<sup>9</sup> VIAL, 2006, p. 120.

<sup>10</sup> MARTINI, Sandra Regina; WALDMAN, Ricardo Libel. Os objetivos do desenvolvimento sustentável analisados à luz da metateoria do direito fraterno e a concretização dos direitos humanos. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 2, mai./ago. 2018, p. 204-205.

desumanidade da sociedade e indicando a necessidade de que todos os seres humanos possam se desenvolver plenamente.

A busca por uma prestação jurisdicional satisfatória, quando o direito a ser tutelado é a saúde, implica necessariamente numa análise transdisciplinar, já que, via de regra, requer um conhecimento extrajurídico na fundamentação das decisões, uma vez que as demandas de saúde são sempre precedidas de questões médicas, econômicas e sociais, competindo ao magistrado a análise de fatores multicêntricos.

A utilização da metateoria do direito fraterno, enquanto nova possibilidade analítica do direito, revela a construção de uma nova visão e perspectiva que ultrapassa, mas não esquece, os limites dos juristas e não juristas. Assim, os limites da ciência do direito surgem frente às novas demandas e problemas sociais, de modo que o direito tradicionalmente construído não consegue dar respostas adequadas para os desafios contemporâneos<sup>11</sup>.

Andrade<sup>12</sup> trata a fraternidade como um direito fundamental, tamanha a sua importância enquanto categoria de análise, na medida em que representa a abordagem que demonstra o reconhecimento de si a partir do outro. Para a autora, “a realidade de uma sociedade humana impõe a racionalidade de uma estrutura fraterna”<sup>13</sup>, competindo ao Estado o cumprimento de seu fim precípua que é a satisfação do interesse geral e apontando que “a fraternidade é o direito da totalidade social, na comunhão do universal e do particular”<sup>14</sup>.

Em seu turno, Martini e Waldman<sup>15</sup> tratam que o pressuposto da fraternidade se apresenta como instrumento de exposição de paradoxos de uma sociedade que se encontra em transformação, resgatando a necessidade de se viver em comunidade, compartilhar, dividir, pactuar e mediar; além de revelar as limitações, buscando novas possibilidades.

A intrínseca ligação entre direito e saúde tem sido utilizada como objeto de diversos estudos, porém tal relação com a metateoria do direito fraterno, como analisado por Vial e Wunsch<sup>16</sup>, ainda é uma temática pouco explorada, porém fundamental na análise de um tema absolutamente sensível e complexo como a questão da judicialização do direito à saúde.

A teoria do direito fraterno, ao revelar a importância de se pensar no coletivo, aponta como um de seus pressupostos a necessidade de se realizar pactos, acordos entre os indivíduos,

---

<sup>11</sup> VIAL, 2006, p. 125.

<sup>12</sup> ANDRADE, Maria Inês Chaves de. O fraternalismo: uma síntese entre o idealismo e o materialismo histórico e dialético. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 10, n. 1, jan./jun., p.199.237, 2015. p. 202-203.

<sup>13</sup> Ibid., p. 207.

<sup>14</sup> Ibid., p. 229.

<sup>15</sup> MARTINI; WALDMAN, 2018, p. 202-203.

<sup>16</sup> VIAL, Sandra Regina Martini; WÜNSCH, Marina Sanches. Direito, saúde e o pressuposto da fraternidade na sociedade contemporânea. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro – RIDB**, Lisboa, a. 2, n. 5, 2013, p. 4517-4560.

sendo cediço que a realização de acordos se mostra como prática recorrente e estimulada na seara jurídica, o que também vem sendo verificado nas demandas de saúde, principalmente pelo fato de que as responsabilidades para com a efetividade de tal direito são, via de regra, divididas entre União, Estados e Municípios.

A utilização da expressão “pacto pela saúde” é frequentemente utilizada, na medida em que a satisfação material necessária para a efetivação de tal direito prescinde, na prática, de diversos acordos, seja entre médicos e pacientes, cidadãos e Estado, judiciário e administração pública, dentre outros, para que seja possível a universalidade do atendimento público de saúde<sup>17</sup>.

No que compete à celebração de pactos, interessante ressaltar que a necessidade da universalização do direito a condições básicas de vida e, portanto, acesso a bens que determinem boa qualidade de saúde, como o fornecimento de medicamentos pelo Estado, já fora objeto inclusive de acordos internacionais como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992<sup>18</sup>, dispondo que:

Artigo 12 - 1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.  
 2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

- a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento são das crianças.
- b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente.
- c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças.
- d) A criação de condições que assegurem a todos, assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade<sup>19</sup>.

Observa-se que muitas ações judiciais com pedido de condenação dos entes públicos ao fornecimento de fármacos poderiam ter sido evitadas se existissem pactos mais eficientes, seja entre a administração pública e empresas farmacêuticas, administradores e seus agentes de saúde e, até mesmo, entre o próprio cidadão e os entes federados.

Na prática, após o ajuizamento das demandas, também é possível a celebração de acordos como, por exemplo, entre o órgão jurisdicional e a administração pública, com o fito

<sup>17</sup>VIAL; WÜNSCH, 2013, p. 4523-4524.

<sup>18</sup>Ibid., p. 4524-4525.

<sup>19</sup>Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. 1966. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf> . Acesso em 24 de mar. 2020.

de minimizar os efeitos da judicialização nas políticas vigentes, resultando na possibilidade do atendimento de um maior número de casos, além da prestação de saúde ser mais célere, econômica e eficiente.

Os referidos acordos, tidos como indispensáveis para efetivação do direito social à saúde, conforme acima tratado, relaciona-se com o princípio da cooperação que, dentre outros aspectos, revela o modo como os poderes públicos e as partes envolvidas devem atuar no Estado Democrático de Direito, surgindo deveres de conduta para os poderes (legislativo, executivo e judiciário) e para a própria sociedade, decorrentes do princípio da responsabilidade<sup>20</sup>.

Além da necessidade da celebração de pactos, outro pressuposto, relacionado à teoria do direito fraterno, é situar a humanidade como lugar comum e, até mesmo, além da concepção de cidadania limitada a determinado Estado-nação. A partir de tal pressuposto, o respeito aos direitos não pode estar vinculado à limitação geográfica ou política, devendo o direito a saúde ser universalmente reconhecido. Também, nota-se a importância da obrigatoriedade de respeitar os direitos humanos, já que o direito fraterno possui como fundamento “a humanidade, o ‘ter humanidade’, uma humanidade repleta de diferenças compartilhadas e de uma comunhão de juramentos, de comprometimentos, de responsabilidades”<sup>21</sup>.

A relação entre políticas públicas de saúde e a perspectiva do direito fraterno, foi amplamente verificada em âmbito mundial no combate ao coronavírus (COVID-19), em 2020 e 2021, pois houve a união de diversos Estados para a execução de medidas de saúde, fabricação de vacinas, dispensação de insumos médicos, dentre outras, revelando a necessidade de pactos e trazendo a humanidade para um lugar comum. Também desnudou os efeitos negativos causados aos países que se escusaram em realizar pactos e acordos eficientes, dentre os quais o próprio Brasil, revelando o fato de que as questões de saúde devem ser tratadas também no plano internacional.

Vial e Wunsch<sup>22</sup> apontam que, ao verificar as determinantes sociais do direito à saúde, a efetivação deste direito fundamental social “só pode se dar na nossa sociedade através dela própria, ou seja, por mecanismos capazes de implementá-lo, como por exemplo, o direito à informação”. Reforça-se a ideia de se pensar a saúde pela perspectiva da comunidade e sua atuação no processo de efetivação, dando-lhe suporte para tal, pois é imprescindível a

---

<sup>20</sup> JABORANDY, Clara Cardoso Machado; MARINI, Sandra Regina. A (Des)judicialização da Política Pública de Saúde a partir do Princípio da Fraternidade. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, vol. 4/2018, jan.-mar., p. 115-132. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, 2018, p. 1-13. p. 04

<sup>21</sup> VIAL; WÜNSCH, 2013, p. 4528.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 4532.

divulgação de informações de saúde até mesmo para que os cidadãos possam buscar o seu direito, se assim for preciso, pela via jurisdicional.

A ótica da teoria da fraternidade, como tratada por Vial e Wünsch<sup>23</sup>, pugna por uma “inclusão sem limites”, já que se trata de um bem da coletividade. Falar em inclusão refere-se tanto ao atendimento universal de toda população, quanto na integralidade das prestações de saúde, ambos tidos como princípios basilares do Sistema Único de Saúde no Brasil.

Embora a fraternidade seja, na maioria das culturas, atrelada a questões religiosas, também se apresenta como importante objetivo da organização judiciária, visto que a ordem jurídica deve se fundar na paz, na igualdade, além de se basear na dignidade da pessoa humana, na medida em que o ser humano não pode ser meramente tratado como um ser que existe, mas, essencialmente, como um ser que vive em sociedade, inserido em um contexto macro<sup>24</sup>.

O direito fraterno deve ser utilizado na análise da judicialização do direito à saúde, sobretudo atreladas ao fornecimento público de medicamentos pelo SUS, na medida em que revela a postura que deve ser adotada pelos próprios operadores do Direito, principalmente sob o norte da dignidade da pessoa humana.

As demandas de saúde, que em sua grande maioria são dotadas de urgência, clamam por maior comprometimento dos magistrados, promotores, defensores públicos, advogados e servidores que precisam se redobrar para além de suas regulares atribuições a fim de que não ocorra o perecimento do direito, demonstrando, sem dúvida, um olhar de humanidade, condizente com a metateoria do direito fraterno, principalmente em relação à auto responsabilização.

Pozzoli e Toledo<sup>25</sup> salientam a importância do princípio da dignidade humana, consagrado na Constituição de 1988, embora sua aplicação não se encontre expressamente regulamentada no texto constitucional que apresenta um rol paradigmático a nortear a hermenêutica jurídica. Quando se entende o princípio da dignidade humana como fundamento do Estado e garantia ao direito a vida, depreende-se a humanização do direito e, ainda, um direito mais digno<sup>26</sup>.

Um dos principais fundamentos utilizados para determinar que o Estado efetue o fornecimento de fármacos pela via judicial é a garantia da dignidade da pessoa humana, na

---

<sup>23</sup> VIAL; WÜNSCH, 2013, p. 4537.

<sup>24</sup> POZZOLI, Lafayette; TOLEDO, Iara Rodrigues de. Análise do princípio constitucional da dignidade humana face a dimensão da afetividade e o direito fraternal. **Problemata: Revista internacional de Filosofia**, v. 8. n. 1, 2017, p. 183.

<sup>25</sup> Ibid., p. 180.

<sup>26</sup> POZZOLI; TOLEDO, op. cit., p. 183.

medida em que não se nega que a ausência das prestações materiais necessárias para manutenção do direito à vida é passível de violar a dignidade do indivíduo, o senso de humanidade e a fraternidade.

Pozzoli e Toledo<sup>27</sup> associam o direito fraterno ao princípio da afetividade, extraído do direito de família, no sentido da responsabilidade de uma pessoa com a outra. Para as autoras, quando se utiliza a dignidade humana como carga valorativa intensa e efetivamente aplicada no universo jurídico, tem-se um direito que não prevalece apenas pelos seus textos legais expressos, mas, também, busca a paz entre os seres humanos, passível de gerar um instinto de vida fraterna, ou seja, um senso de responsabilidade de um cidadão para com o outro.

Nesse ponto, a divisão de responsabilidade entre o Estado e os cidadãos para satisfação do direito ao recebimento público de medicamentos é uma questão polêmica, principalmente diante de argumentos que defendem o rateio dos custos de aquisição dos fármacos entre os entes públicos e os próprios jurisdicionados. Tal situação, de plano, já se apresenta destoante do papel do Estado na consagração do direito social à saúde, nos termos da Constituição Federal, e da própria sistemática normativa e principiológica do SUS.

O homem moderno elegeu o direito à vida com primazia à sua proteção e cuidado por se tratar de direito indisponível, bem como pelo fato de que seria dispensável toda a estrutura normativa sem a vida a ser tutelada<sup>28</sup>, havendo necessidade de se efetivar os seus direitos correlatos, dentre os quais o direito à saúde.

Noutro norte, Jaborandy e Marini ressaltam que o direito à saúde é fruto de várias lutas sociais e um dos caminhos encontrados na década de 1990 para a efetivação de tal direito, foi a judicialização. No entanto, segundo as autoras, a judicialização não foi capaz de elucidar o problema da eficácia dos direitos sociais, inclusive o direito à saúde, o que levou “a necessidade de repensar o fenômeno e apresentar como alternativa à concretização do direito, a desjudicialização”<sup>29</sup>.

Nesse sentido, Jaborandy e Marini demonstram que o princípio jurídico da fraternidade se revela como alternativa à concretização do direito à saúde através de políticas públicas e pela própria sociedade, ensejando uma “desjudicialização”<sup>30</sup>. Uma das razões é a necessidade de concretização de um direito fundamental social baseado no princípio da fraternidade o que

---

<sup>27</sup> POZZOLI; TOLEDO, 2017, p. 179.

<sup>28</sup> Ibid., p. 181.

<sup>29</sup> JABORANDY; MARINI, 2018, p. 116.

<sup>30</sup> JABORANDY; MARINI, 2018, loc. cit.

resulta, muitas vezes, na necessidade de ir além do “direito individual para garantir o direito de todos”<sup>31</sup>.

Observando o número crescente de ações que chegam ao judiciário nacional, buscando o recebimento de prestações indispensáveis ao gozo do direito à saúde, revela-se à primeira vista que a judicialização dos direitos sociais se tornou um caminho sem volta, bem como qualquer medida tendente a uma “desjudicialização”, mostra-se inócua.

No entanto, tal pensamento é decorrente de um paradigma tradicional do direito e representa uma perspectiva não otimista, que poderia ser mais bem analisada por novas teorias do direito, tais como o Direito Fraternal, na medida em que deve se buscar saídas para que as demandas judiciais não sejam necessárias. Assim, devem ser buscadas e estudadas medidas para satisfação do direito à saúde não só pela via judicial, mas também por meio de posturas que devam partir do próprio judiciário.

Para Jaborandy e Marini, a “efetivação da justiça distributiva revela um dos objetivos do constitucionalismo fraternal”<sup>32</sup>, o que está intrinsecamente relacionada com as prestações materiais necessárias à satisfação do direito à saúde e sua judicialização.

A validade e a eficácia dos direitos fundamentais, pelo olhar da fraternidade, implicam na renovação da “condição de coerência e integridade do sistema jurídico”, passível de implicar em novas formas de resolução de conflitos<sup>33</sup>, o que poderia desencadear até mesmo o afastamento da judicialização da saúde.

Diversas teorias têm sido empreendidas para buscar a resolução de questões sensíveis como a saúde, inerente a manutenção da vida. De acordo com Agamben<sup>34</sup>, o poder supremo sobre a vida nua não está mais nas mãos do soberano, passando a deslocar-se para diversas áreas do saber:

No mesmo passo em que se afirma a biopolítica, assiste-se, de fato, a um deslocamento e a um alargamento, para além dos limites do estado de exceção, da decisão sobre a vida nua na qual consistia a soberania. Se, em todo Estado moderno, existe uma linha que assinala o ponto em que a decisão sobre a vida torna-se decisão sobre a morte, e a biopolítica pode deste modo converter-se em tanatopolítica, tal linha não mais se apresenta hoje como um confim fixo a dividir duas zonas claramente distintas; ela é, ao contrário, uma linha em movimento que se desloca para zonas sempre mais amplas da vida social, nas quais o soberano entra em simbiose cada vez mais íntima não só com o jurista, mas também com o médico, com o cientista, com o perito, com o sacerdote<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> JABORANDY; MARINI, 2018, p. 04.

<sup>32</sup> Ibid., p. 04.

<sup>33</sup> Ibid., p. 06.

<sup>34</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. H. Burigo (Trad.). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

<sup>35</sup> Ibid., p. 128.

Segundo Agamben<sup>36</sup>, em cada sociedade é definido quem possuirá as vidas nuas, ou seja, as vidas indignas de serem vividas, o que também se observa na disparidade daqueles que, de fato, teriam acesso as efetivas prestações de saúde. Logo, quando uma parcela da população se encontra cerceada no direito de receber as prestações materiais para o restabelecimento e manutenção de sua saúde, restam evidentes os excluídos que, diante da omissão do Estado, devem se socorrer ao Judiciário, embora sequer detenham o acesso efetivo ao órgão julgador.

Nesse momento, comporta a associação da metateoria do direito fraterno com o humanismo, enquanto categoria constitucional tratada por Britto<sup>37</sup>, pois cada vez mais a sociedade se encontra diante da necessidade de uma análise mais humanística do direito.

Nessa perspectiva, Britto<sup>38</sup> revela que a pessoa humana passou a ser vista como portadora de uma dignidade inata, revelando-se o humanismo como expressão de vida coletiva e a necessidade de que a sociedade possa usufruir de:

a) mecanismos de oportunidades aproximadamente iguais nos campos da política, da economia e da educação formal; b) acesso facilitado aos órgãos do Poder Judiciário, aos serviços públicos e à seguridade social (saúde, previdência e assistência social); c) a vivência de um pluralismo político e também cultural (ou social genérico), tendo este por limite a não incidência jamais de preconceito.

O humanismo, conforme proposto por Britto, relaciona-se com a judicialização da saúde na medida em que a prestação jurisdicional desta natureza implicaria resguardar a dignidade que é inata aos seres humanos, fazendo com que os indivíduos possam buscar no judiciário a satisfação de seu direito basilar, o que é possível dentro da sistemática de uma “sociedade culturalmente avançada”<sup>39</sup>.

Britto eleva o humanismo ao patamar de valor jurídico, revelando a necessidade de apontar o “Direito enquanto meio, o humanismo enquanto fim”<sup>40</sup>. Por essa ótica, entende-se que o direito deve propiciar os meios necessários à consagração do humanismo, o que está intimamente ligado à metateoria do direito fraterno conforme tratado por Resta<sup>41</sup>.

O vasto catálogo de direitos fundamentais e sociais descritos no texto constitucional aponta para um constitucionalismo dirigente e pela necessidade de políticas públicas capazes

<sup>36</sup> AGAMBEN, 2007, p. 128.

<sup>37</sup> BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

<sup>38</sup> Ibid., p. 28.

<sup>39</sup> Ibid., p. 27-28.

<sup>40</sup> Ibid., p. 37.

<sup>41</sup> RESTA, Elígio. **O Direito Fraterno**. VIAL, Sandra Regina Martini (trad.). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

de dar efetividade às normas constitucionais, destacando, nesta pesquisa, as políticas de fornecimento de medicamento no âmbito do SUS. Nesse sentido, Britto cita o conceito de Von Ihering, afirmando que o Direito é o “complexo das próprias condições existenciais da sociedade, garantidas pelo Poder Público”<sup>42</sup>.

Britto revela que o operador do direito se encontra como a “ponte entre a justiça em abstrato e a justiça em concreto”<sup>43</sup>, sendo a Constituição a representação do “direito mais axiológico e de mais forte compromisso humanista”<sup>44</sup>, revelando a importância da Carta Magna e de sua máxima efetividade.

Ao revelar o direito como meio de concretização de um mundo humanista, Britto afirma, ainda, que o “Direito é o sistema de normas que melhor concilia imperatividade com exigibilidade”<sup>45</sup>. Desse modo, uma vez positivado o direito fundamental e social à saúde, resta exigível a sua efetivação, inclusive pela via judicial, como no caso da judicialização da saúde.

Toda angústia e sensibilidade inerentes às ações em que se pretendem prestações materiais, como no caso do fornecimento de medicamentos, exige um olhar para além das teorias tradicionais do direito, necessitando que seus operadores tenham uma visão mais humanista e fraterna, não egoísta, e de auto responsabilização com o outro, sendo necessário, assim, a utilização de novas teorias.

## **1.2 Positivção e efetivação do direito à saúde como direito humano e fundamental**

Ao tratar da temática da judicialização da saúde e o fornecimento público de medicamentos, por óbvio, verifica-se a importância do estudo do direito humano, fundamental e social à saúde, tido como basilar para qualquer cidadão posto que, sem a sua tutela, seriam obstados os demais direitos.

Nesse sentido, Fuhrmann<sup>46</sup> afirma que o direito à saúde pode ser considerado como direito primário por excelência, já que a própria fruição dos demais direitos fundamentais resta, pelo menos em parte significativa, dependente da manutenção da saúde como corolário da própria vida humana. O autor salienta que se trata de um direito que vai além da condição de possibilidade do exercício pleno dos demais direitos, uma vez que detém noção de

---

<sup>42</sup> BRITTO, 2007, p. 40.

<sup>43</sup> Ibid., p. 59.

<sup>44</sup> Ibid., p. 87.

<sup>45</sup> Ibid., p. 40.

<sup>46</sup> FUHRMANN, Italo Roberto. O Direito Fundamental à Saúde no Brasil - Aspectos Teórico -normativos e Práxis Jurisdicional. **Revista Jurídica Portucalense**: Porto, n. 20, 2016, p. 113.

“transcendentalidade”, no sentido de que não basta a mera proteção nacional isolada, sem a devida cooperação inter-regional e internacional, para a sua concretude e efetivação.

Como analisado por Alves<sup>47</sup>, o direito à saúde não pode ser concebido sem a sua finalidade precípua que é a “manutenção da vida e/ou qualidade de vida”, motivo pelo qual o conceito de saúde não merece restrição ou delimitação, exceto diante de casos concretos devidamente justificados.

No mesmo sentido, Barros e Carneiro<sup>48</sup> afirmam que o conceito de saúde não se restringe ao atendimento médico, mas também na disponibilidade de medicamentos, acesso às terapias em geral, medidas preventivas que possam ser implementadas para a sua promoção, além do papel estatal para a efetivação de tal direito.

Falar em saúde refere-se, sobretudo, na atenção das necessidades humanas, razão pela qual não se pode deixar de colocar a pessoa como princípio fundante da sociedade civil, como tratado por Hegel<sup>49</sup>. Nesse sentido, o autor aponta que “a pessoa concreta que é para si mesma um fim particular como conjunto de carências e como conjunto de necessidade natural e de vontade arbitrária constitui o primeiro princípio da sociedade civil”<sup>50</sup>.

Em sequência, Hegel aponta que “no direito, o objetivo é a pessoa. No ponto de vista moral abstrato, é o sujeito. Na família, é o membro da família. Na sociedade civil em geral é o cidadão e aqui, do ponto de vista da carência, é a representação concreta a que se chama homem”<sup>51</sup>. Desse modo, o direito à saúde guarda ainda mais importância, já que visa à tutela da vida, do sujeito e do cidadão, objeto central do direito.

Na sistemática do Estado Democrático de Direito, compete ao Estado o dever de suprir às carências indispensáveis dos hipossuficientes, garantindo a fruição de direitos de modo equânime entre os cidadãos, motivo que eleva a necessidade de políticas públicas de saúde que visam garantir a vida humana e a tutela da pessoa, sendo diretrizes fundantes da própria ideia de sociedade.

A saúde como direito assumiu *status* internacional através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, ao afirmar no seu artigo 25:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação,

<sup>47</sup> ALVES, Cândice Alves. **Direito à saúde: Efetividade e proibição do retrocesso social**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2013. p. 21.

<sup>48</sup> BARROS, Cilaine de Oliveira Guilherme; CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. Direito à saúde e transformação social. **Argumentum - Revista de Direito da UNIMAR**, Marília, n. 6, p. 229-239, 2006. p. 230.

<sup>49</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. Martins Fontes: São Paulo, 1997.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 166-167.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 175.

cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle<sup>52</sup>.

Assim, restou consagrado o direito à saúde na condição de direito humano, pois consiste num direito inerente ao homem e a sua própria condição humana, mostrando-se irrevogável, inalienável e irrenunciável.

Antônio<sup>53</sup> define os direitos humanos como fruto da história da civilização humana, “tendo transitado de uma universalidade abstrata característica do jusnaturalismo para uma realidade concreta mediante a sua positivação por parte dos Estados e até mesmo através da sua internacionalização, da qual a Declaração Universal dos Direitos Humanos é paradigma”.

A concepção do direito à saúde, como condição de vida e bem-estar social, constitui-se em direito social e não se limita à oferta dos serviços de saúde, figurando intensamente no cenário jurídico brasileiro a partir de sua legitimação pela Constituição cidadã de 1988<sup>54</sup> ao estabelecer a pessoa humana como “o sujeito de direito legitimador de todo o ordenamento jurídico”, de modo que a pessoa é o valor máximo da República, afastando a convicção calcada nos preceitos dos Estados Totalitários que “têm por base o pressuposto de que os seres humanos são encarados como supérfluos”<sup>55</sup>.

No Brasil, das Constituições que precederam a de 1988, apenas a Carta de 1937 fazia referência ao direito à saúde, porém não trazia o arcabouço protetivo necessário e compatível com a sua importância, não apresentando a sua aplicação e não revelando a necessidade da efetiva prestação à sociedade<sup>56</sup>.

No cenário brasileiro, a saúde somente recebeu a atenção necessária na Constituição Federal de 1988 ao dispor em seu 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

<sup>52</sup> DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: [https://declaracao1948.com.br/declaracao-universal/declaracao-direitos-humanos/?gclid=EAIaIQobChMIxb-Uhq7J7wIVyICRCh1u4g0LEAAYASAAEgLDUfD\\_BwE](https://declaracao1948.com.br/declaracao-universal/declaracao-direitos-humanos/?gclid=EAIaIQobChMIxb-Uhq7J7wIVyICRCh1u4g0LEAAYASAAEgLDUfD_BwE). Acesso em: 26 jun. 2015.

<sup>53</sup> ANTÔNIO, Isa. **As Parcerias Público-Privadas no Sector da Saúde: O Advento do Estado Mínimo de Regulação e o Direito de Acesso à Saúde**. Tese de doutoramento – Universidade de Santiago de Compostela, 2015. p. 17.

<sup>54</sup> SILVA, Marcos Alex Mendes. A incongruência do direito à saúde no Brasil: da teoria socialista à prática capitalista. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**, Umuarama, v. 11, n. 1, p. 209-222, jan./jun. 2008. p. 213.

<sup>55</sup> Ibid., p. 214.

<sup>56</sup> BARROS, Cilaine de Oliveira Guilherme; CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. Direito à saúde e transformação social. **Argumentum - Revista de Direito da UNIMAR**, Marília, n. 6, p. 229-239, 2006. p. 233.

agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação<sup>57</sup>.

Essa disposição representa uma conquista do movimento sanitarista que, desde a década de 1970, lutava pelo acesso universal aos serviços e ações de saúde e pela descentralização de seu funcionamento e administração<sup>58</sup>.

A Constituição Federal de 1988 trouxe novo regime jurídico sistematizado na separação e limitação dos poderes, com amplo rol de direitos e garantias fundamentais, trazendo os remédios constitucionais necessários e dispendo sobre as competências basilares dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, com o fito de expressar as transformações sociais que o Brasil passava na época, demonstrando a transição de um regime militar para um regime democrático<sup>59</sup>.

No entanto, a positivação do direito à saúde na Carta Magna, elevado ao patamar de direito fundamental e social, por si só, não foi suficiente para a sua plena efetivação, pois a aplicabilidade desse direito requer a execução de políticas públicas, além de exigir o redimensionamento do papel do Judiciário. Nesse sentido, apontou Streck:

É por demais evidente que se pode caracterizar a Constituição brasileira de 1988 como uma “Constituição social, dirigente e compromissária”, alinhando-se com as Constituições europeias do pós-guerra. O problema é que, como alerta Guerra Filho, a simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes. Daí que a eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário (em especial da Justiça Constitucional) nesse complexo jogo de forças, na medida em que se coloca o seguinte paradoxo: uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só)nega a aplicação de tais direitos. Sendo a Constituição brasileira, pois, uma Constituição social, dirigente e compromissária — conforme o conceito que a doutrina constitucional contemporânea cunhou e que já faz parte da tradição —, é absolutamente lógico afirmar que o seu conteúdo está voltado/dirigido para o resgate das promessas da modernidade. Daí que o Direito, enquanto legado da modernidade — até porque temos (formalmente) uma Constituição democrática — deve ser visto, hoje, como um campo necessário de luta para a

<sup>57</sup> BRASIL, 1988.

<sup>58</sup> FERRAZ, Marcos Bosi. Economia da saúde e sua inserção no sistema da saúde. In: BLIACHERINE, A.C; SANTOS, J.S. (Org). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 33.

<sup>59</sup> COSTA, Paulo Victor Rodrigues; SOUZA, Elden Borges. A efetividade do direito fundamental à saúde à luz do estado de coisas inconstitucional. **Revista Campo Jurídico**: Barreiras, v.7 n.2, Julho-Dezembro, 2019, p. 205.

implantação das promessas modernas (igualdade, justiça social, respeito aos direitos fundamentais etc.)<sup>60</sup>

Sobre a efetividade da norma constitucional e a divergência entre o direito posto e a realidade concreta, destaca-se que “o caráter jurídico-positivo dos preceitos constitucionais, [é] um problema de efetividade, isto é, uma questão do grau ou intensidade de sua real força normativa, medida pela capacidade do ordenamento jurídico-constitucional de sua realização na vida comunitária”<sup>61</sup>.

Para Hesse, a concretização plena da força normativa da Constituição trata-se de uma questão que deve ser perseguida pela ciência do direito, principalmente determinando as condições para que a norma adquira a maior eficácia possível, além de atuar no sentido de “realçar, despertar e preservar a vontade da Constituição”<sup>62</sup>.

No mesmo sentido, Hesse aponta que “a condição de eficácia da Constituição Jurídica, isto é, a coincidência de realidade e norma, constitui apenas um limite hipotético. É que, entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar”<sup>63</sup>. Desse modo, depreende-se que se deve buscar a eficácia da norma constitucional, embora sejam evidentes as naturais tensões ligadas à sua concretude.

Sobre o papel das normas constitucionais, Hesse preleciona que a Constituição se transforma em força ativa se “existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida”<sup>64</sup>, principalmente pelos mais responsáveis pela ordem constitucional.

A Constituição brasileira deixou expresso o nítido papel do Estado, no entanto, perde sua força e eficácia ao se deparar com distorções interpretativas ou, até mesmo, com a ausência de sua aplicação prática.

Ferreira<sup>65</sup>, acerca da efetivação do direito, aponta que a complexidade que envolve a interpretação do direito à proteção da saúde é devida à existência de múltiplas determinantes, além da “co-titularidade dos direitos sociais no tocante à sua concretização: a esfera coletiva e

---

<sup>60</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 15.

<sup>61</sup> ALVES, 2013, p. 57.

<sup>62</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. MENDES, Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Editora Sergio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 27.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 05.

<sup>65</sup> FERREIRA, Marina Costa. *Direito à proteção da saúde pela via judicial: Em busca de efetividade e equidade*. **Revista de Estudos Jurídicos**: Brasília, a. 15, n. 22, 2011, p. 238.

difusa coexiste com a individual”]; há também a questão da alocação de recursos, tema afeto à esfera política.

A efetivação do direito à saúde se deve entre outros fatores à necessidade de se garantir um dos principais fundamentos constitucionais brasileiros, que é a dignidade da pessoa humana, expresso no primeiro artigo da carta constitucional: “art.1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana”<sup>66</sup>.

Importante destacar que o princípio da dignidade da pessoa humana também está prescrito no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos ao dispor que: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”<sup>67</sup>, denotando a sua proteção não só do ponto de vista nacional, mas também no âmbito internacional.

Moraes<sup>68</sup> afirma que o respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento do imperativo categórico kantiano de ordem moral, tornou-se comando jurídico no Brasil através da Constituição de 1988 que atribuiu a este princípio valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática, tutelando as vulnerabilidades humanas onde quer que elas se manifestem, principalmente nas questões de saúde analisadas nesta pesquisa.

Não se nega que há precariedade na proteção e promoção do direito à saúde em sua plenitude, afetando diretamente a dignidade da pessoa humana, uma vez que ela é afastada “quando o indivíduo não desfruta da proteção do direito que serve de origem para a decorrência de tantos outros”<sup>69</sup>. O impacto na saúde proveniente de conturbada ação estatal ou até mesmo de sua omissão comprometerá violentamente a dignidade do indivíduo, obstaculizando o regular desenvolvimento do ser humano, demonstrando um “descaso e estagnação social que retira da Constituição seu *status superior*”<sup>70</sup>.

Neste sentido, António<sup>71</sup> explicita que não é possível assegurar a própria dignidade do ser humano, sem que seja devidamente assegurada a garantia do “mínimo existencial”, proporcionado pela concretização dos direitos sociais, questão que será examinada no capítulo dois. Desse modo, quanto menos forem limitados os direitos sociais por fatores econômicos,

---

<sup>66</sup> BRASIL, 1988.

<sup>67</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.

<sup>68</sup> MORAES, Maria Celina Bondin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e o conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 3ª ed., 2010, p.118-119.

<sup>69</sup> BARROS, 2006, p. 234.

<sup>70</sup> Ibid., p. 235.

<sup>71</sup> ANTÓNIO, 2015, p. 18.

culturais e sociais, menos será atingida a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana prevista pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e por diversas normas internacionais.

Para Sarlet<sup>72</sup> os direitos fundamentais se mostram como exigência e concretização do princípio da dignidade humana, apontando a premissa de que tais direitos constituem, ainda que com intensidades distintas, explicitações da dignidade da pessoa, pois, em cada direito fundamental, faz-se presente um conteúdo de projeção da dignidade. Em resumo, na condição de valor fundamental, a dignidade da pessoa humana exige o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões.

A garantia da dignidade se mostra como “verdadeiro imperativo axiológico de toda a ordem jurídica”, necessitando de previsão em instrumentos jurídicos capazes de garantir toda a extensão do desenvolvimento da personalidade humana<sup>73</sup>. Nessa perspectiva, os direitos sociais, econômicos e culturais, negativos ou prestacionais, constituem a efetivação da dignidade humana<sup>74</sup>.

### 1.2.1 A saúde como direito social e fundamental na Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988 tratou o direito à saúde como direito social, precisamente no Capítulo II, em seu artigo 6º, *in litteris*: “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”<sup>75</sup>.

Segundo Meireles, os direitos sociais são definidos como:

[...] aqueles direitos advindos com a função de compensar as desigualdades sociais e econômicas surgidas no seio de sociedade seja ela de uma forma em geral, seja em face de grupos específicos; são direitos que têm por escopo garantir que a liberdade e a igualdade formais se convertam em reais, mediante o asseguramento das condições a tanto necessárias, permitindo que o homem possa exercer por completo a sua personalidade de acordo com o princípio da dignidade humana<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Editora Livraria do Advogado: Porto Alegre. 8 ed. 2010. p. 96-97.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 98.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p.102.

<sup>75</sup> BRASIL, 1988.

<sup>76</sup> MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Editora Podivm, 2008. p. 88.

Pulido<sup>77</sup> sustenta que a concepção de direitos sociais depende do ponto de vista dos liberais ou dos socialistas. Para o autor, no conceito liberal, os direitos sociais se fundam no próprio interesse e se representam como espécie de segurança que cada agente possui “para se precaver da possibilidade de se encontrar descoberto e necessitado”<sup>78</sup>. Em tal concepção, não são direitos a “uma forma de vida propriamente humana dentro de uma sociedade mais igualitária”<sup>79</sup>, mas sim tratados como direitos a um mínimo de bem-estar capaz de atender os cidadãos da pobreza e melhorar a sua vida. Noutra norte, no conceito socialista, os direitos sociais visam perseguir “a redução das desigualdades de classe”, representando a “manifestação de uma forma superior de comunidade”, de modo que cada indivíduo possa contribuir com as suas capacidades e receber conforme as suas necessidades<sup>80</sup>.

Além dos pontos de vista ideológicos, Pulido<sup>81</sup> aponta a existência de várias concepções significativas dos direitos sociais, sobre o seu conceito e estrutura, como: “disposições programáticas” (1), “como uma fonte de normas e fins do Estado” (2), “como fonte de deveres estatais objetivos” (3), e como “direitos definitivos” (4) e direitos “*prima facie*” (5).

Na perspectiva dos direitos sociais como disposições programáticas, Pulido<sup>82</sup> sustenta que tal concepção nega o caráter vinculante dos direitos sociais, afirmando que a própria concepção de direitos prestacionais, na sistemática de normas programáticas, nega qualquer tipo de caráter vinculante ao legislador, negando, ainda, qualquer expectativa ou pretensão que pudesse atribuir ao indivíduo, impedindo a sua exigência por via judicial. Segundo o autor, na tese das normas programáticas “a escolha dos meios idôneos para o cumprimento dos fins prescritos pelos direitos sociais e a determinação das oportunidades mais indicada para empregá-los cabem inteiramente ao legislador e à administração”<sup>83</sup>. Por essa ótica, compete ao Estado Constitucional e ao parlamento o dever de decidir acerca das políticas públicas econômicas e sociais capazes de satisfazer as necessidades prestacionais dos direitos sociais.

Pela concepção dos direitos sociais como fonte de normas finalísticas do Estado, Pulido<sup>84</sup> aponta que existe um equilíbrio entre a margem de apreciação do legislativo e o caráter vinculante das disposições constitucionais dos direitos sociais. Por tal disposição, afere-se que nas Constituições “somente está tipificada a primeira parte do enunciado, ou seja, que o fim a

---

<sup>77</sup> PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos**: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Tradução de Thomaz da Rosa Bustamante com a colaboração de Bruno Stiegert. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2013.

<sup>78</sup> Ibid., p. 270-271.

<sup>79</sup> Ibid., p. 270-271.

<sup>80</sup> Ibid., p. 270-271.

<sup>81</sup> Ibid., p. 283.

<sup>82</sup> Ibid., p. 283-286.

<sup>83</sup> Ibid., p. 285.

<sup>84</sup> Ibid., p. 286-288.

de ser perseguido”<sup>85</sup>. Assim, a segunda parte mostra-se como consequência lógica da primeira, ou seja, se existe “o dever de alcançar ou contribuir para a consecução de um determinado objetivo, então deve se deduzir logicamente que também têm validade o dever de adotar os meios pertinentes para tal efeito”<sup>86</sup>. Em resumo, tal concepção “consiste em pactuar a vinculação do legislador ao fim constitucional com a não vinculação quanto aos meios”<sup>87</sup>, não afastando o caráter vinculante da Constituição.

Por sua vez, os direitos sociais como “comandos objetivos” concebe tais direitos como mandados que objetivamente pretenda ofertar “uma solução diversa ao problema de como identificar os meios ou os instrumentos que resultam obrigatórios para o legislador e para a administração a partir dos fins prescritos pelas disposições constitucionais”<sup>88</sup>. Em síntese, por tal concepção, os direitos sociais são mandamentos jurídicos objetivos dirigidos aos legisladores e à administração pública, possuindo força vinculante, além de deflagrar um dever jurídico em que se têm como sujeito passivo o legislador e/ou a administração, sendo possível fundamentar um comando jurídico “que proíbe a inatividade e a desatenção evidente e grosseira do fim” constitucional por parte dos órgãos do Estado<sup>89</sup>.

Na concepção dos direitos sociais como direitos definitivos, Pulido informa que tais disposições constitucionais refletem definições jurídicas definitivas, ou seja, não são suscetíveis de restrição, trazendo um sujeito ativo dotado de direitos e pretensões. Desse modo, os direitos sociais prescrevem um sujeito ativo (o indivíduo) que tem o direito de obter de um sujeito passivo (o legislador e a própria administração) uma pretensão determinada. A referida concepção também traduz a força vinculante da norma constitucional, impondo ao legislador o dever de dispor dos meios suficientes para satisfazer as disposições constitucionais, sendo vedado o retrocesso social<sup>90</sup>.

Por fim, a ideia dos direitos sociais como direitos *prima facie*, decorrentes da concepção anterior, trata-os como normas a serem concretizadas como posições jurídicas que podem ser constatadas de imediato, em que pese possa ocorrer restrições legislativas, além do dever de atender ao princípio da proporcionalidade, visto que existem limitações econômicas e/ou exigências decorrentes de demais direitos fundamentais. Nessa visão, o indivíduo tem à primeira vista um direito a todos os meios materiais necessários ao exercício de suas liberdades,

---

<sup>85</sup> PULIDO, 2013, p. 287.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 287.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 288.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 291.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 292.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 295-297.

garantia dos direitos políticos e o atendimento de suas necessidades básicas. No entanto, por essa perspectiva, os direitos sociais não são exigíveis do Estado de forma definitiva no caso de existência de conflitos com outros princípios constitucionais ou limitações materiais ao seu exercício<sup>91</sup>.

Acerca desta última concepção de direitos sociais, Pulido ressalta o direito à saúde, informando que o indivíduo possui o direito *prima facie* de obter do Estado e seus entes públicos todos os medicamentos e tratamentos capazes de garantir as suas necessidades básicas de saúde, visando garantir a sua integridade física e vida digna. Porém, por essa ótica, tal direito pode ser restringido quando confrontado com outros princípios constitucionais e/ou limitações materiais justificáveis e proporcionais<sup>92</sup>.

Em resumo, independente das concepções significativas dos direitos sociais, no que se refere ao direito à saúde, principalmente diante de sua intrínseca ligação com a dignidade da pessoa humana e por representar a possibilidade de fruição dos demais direitos, não há como negar a sua exigibilidade de plano, principalmente no que tange as suas prestações indispensáveis, inclusive pela via judicial.

Elevar o direito à saúde ao patamar de um direito fundamental social com assento constitucional, significa que a efetivação de tal direito implicará na diminuição das desigualdades, garantindo as condições de vida necessárias ao homem, respeitando os direitos da personalidade, garantindo, sobretudo, a sua dignidade.

Em consonância com tal entendimento, Bonavides afirma que os direitos sociais “nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”<sup>93</sup>. Desse modo, depreende-se a intenção do constituinte originário em conceder ao direito à saúde proteção basilar e necessária à sociedade, bem como que seu proveito seja garantido de forma igualitária entre os indivíduos, de modo que todas as ações de saúde devam considerar os princípios da não discriminação e da universalidade do atendimento para a concretude de tal direito.

Acerca do nível de proteção dos direitos sociais, Novais assevera que sejam direitos de liberdade ou sociais, individuais ou coletivos, de defesa ou de prestação, competi ao Estado a obrigação de protegê-los e efetivá-los porque assumiu o monopólio do uso da força coerciva

---

<sup>91</sup> PULIDO, 2013, p. 300-301.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 302.

<sup>93</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 564.

legítima, motivo pelo qual ficou obrigado à proteção geral da vida, segurança, bem-estar, liberdade e propriedade dos particulares<sup>94</sup>.

O direito à saúde se configura como o direito social por excelência, merecendo equiparação, em termos de sua natureza jusfundamental, tratamento jurídico e garantia da “justiciabilidade”, como o direito de primeiro grau, direito à vida, em virtude de serem direitos indissociáveis, “umbilicalmente ligados um ao outro”, segundo António<sup>95</sup>.

Barreto Júnior e Pavani afirmam que se denomina “Ordem Constitucional da Saúde” o rol de dispositivos constitucionais referentes ao direito à saúde, “evidenciado pelo art. 196 e combinado com os direitos sociais fundamentais dispostos no art. 6º”<sup>96</sup>. Os autores apontam que os princípios constitucionais do direito à saúde estão dispostos na própria Carta, destacando o princípio da universalidade e a descentralização das políticas, além da responsabilização do Estado em assegurar o acesso às condições básicas de saúde, pois se trata de um direito de todos e um dever do Estado<sup>97</sup>.

A expressão “direito de todos e dever do Estado”, expressamente contida no art. 196 da Constituição brasileira, revela de forma indiscutível a pretensão universalizante do direito à saúde, apresentando prerrogativa indisponível do cidadão.

A responsabilidade estatal pela saúde não é restrita à prestação de serviços públicos, incluindo sua regulamentação, fiscalização e controle. A redação do art. 197 da Constituição evidencia que ações e serviços de saúde são de importância pública, sequer fazendo distinção quando tais serviços são prestados diretamente pelo Estado ou quando seriam executados por pessoa física ou jurídica de direito privado<sup>98</sup>.

Segundo a interpretação liberal clássica, os direitos fundamentais são definidos como direitos destinados a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos Poderes Públicos, representando os direitos de defesa do cidadão contra o Estado, sendo ainda, definidos como:

Direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo

<sup>94</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Editora Coimbra, 2010. p. 259.

<sup>95</sup> ANTÓNIO, 2015. p.44-45.

<sup>96</sup> BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco; PAVANI, Miriam. O direito à saúde na Ordem Constitucional Brasileira. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 14, n. 2, p. 71-100, jul./dez., 2013. p. 82.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 82.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 84.

supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual<sup>99</sup>.

O direito fundamental à saúde se classifica como direito “prestacional”, uma vez que se trata de direito positivo que obriga prestações do Estado para a sua efetivação<sup>100</sup>. Importante destacar que a concretização da saúde exige ações positivas, por não se tratar de um direito que se realiza de forma autônoma, sem a dispensação de recursos<sup>101</sup> e a atuação ativa do poder público torna complexa e policêntrica a sua efetivação.

Conforme aponta António<sup>102</sup>, o direito à saúde consiste num direito expressamente consagrado e constituído na Constituição e, como tal, pode se efetivar tanto no plano subjetivo, como no plano “objetivo-programático ou jurídico-objetivo”. Assim, este direito se constitui como direito subjetivo público, na medida em que todos detêm o direito à proteção da saúde, bem como possuem idêntica dignidade constitucional.

O direito à saúde também assume a posição de ser “objetivo-programático”, pois traz a imposição ao legislador de atuar positivamente, produzindo instrumentos normativos capazes de propiciar a criação das condições materiais e institucionais para o seu exercício<sup>103</sup>, o que fora concebido no Brasil por intermédio da Lei nº 8.080/1990 na concretização do Sistema Único de Saúde (SUS).

Sobre a dimensão programática do direito fundamental e social à saúde, António<sup>104</sup> afirma que as normas de direitos sociais não podem se limitar a proclamação de tais direitos, devendo servir com maior amplitude, não como meras “normas-fim ou normas-tarefa”, mas impondo ao legislador infraconstitucional um norte. Segundo a autora, com a positivação constitucional de tais normas, o legislador infraconstitucional tem a sua liberdade legislativa limitada aos parâmetros “jurídicos-políticos” que asseguram e mantêm os direitos sociais reconhecidos pelo Estado.

Em suma, numa dimensão programática, pelo entendimento de António, os direitos sociais, dentre os quais se destaca o direito à saúde, não goza de “um mero reconhecimento platônico”<sup>105</sup> por parte das normas constitucionais. Essas normas devem implicar o respeito aos princípios definidores dos fins do Estado, estabelecendo metas e imposições constitucionais

---

<sup>99</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª Edição, São Paulo: Atlas, 2014. p. 41.

<sup>100</sup> COSTA; SOUZA, 2019. p. 206.

<sup>101</sup> ALVES, 2013, p. 21.

<sup>102</sup> ANTÓNIO, 2015, p. 66.

<sup>103</sup> Ibid., p. 66.

<sup>104</sup> Ibid., p. 68.

<sup>105</sup> Ibid., p. 69.

concretas em virtude das quais o legislador ficará obrigado ao fornecimento de determinadas prestações necessárias atreladas aos direitos econômicos, sociais e culturais.

Streck<sup>106</sup> sustenta que, em decorrência da evolução histórica do constitucionalismo no mundo, consolidou-se a noção de Constituição enquanto “detentora de uma força normativa, dirigente, programática e compromissária, pois é exatamente a partir da compreensão desse fenômeno que se pode dar sentido à relação Constituição-Estado-Sociedade”, como ocorre no Brasil. Para o autor, ao se adotar que a Constituição brasileira é dirigente, será preciso “compreender a jurisdição constitucional como processo de vivificação da Constituição na sua materialidade, a partir desse novo paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito”<sup>107</sup>.

Entendendo o direito à saúde como direito fundamental, percebe-se a sua especial proteção pelo ordenamento jurídico pátrio ao possuir aplicação imediata, conforme se depreende do art. 5º, § 1º da Constituição, não prescindido de regulamentação ordinária para ser efetivado, na medida em que se revela diretamente vinculante e plenamente exigível<sup>108</sup>.

As normas de direito fundamental gozam do *status* de “cláusulas pétreas” em virtude da disposição do art. 60, § 4º, inciso IV da Constituição, motivo pelo qual é vedado a sua “abolição ou restrição mesmo que por meio de emenda constitucional”, além de possuir hierarquia constitucional, ou seja, caso alguma determinação legislativa tenha o condão de dificultar ou restringir a efetivação de tais direito, como o direito à saúde, essa lei poderá ter sua aplicação afastada por inconstitucionalidade através das ações de controles abstrato e concreto de constitucionalidade<sup>109</sup>.

Usando a clássica teoria de Jellinek<sup>110</sup>, tem-se que os direitos fundamentais podem ser divididos e classificados em quatro *status*, quais sejam: passivo, negativo, positivo e ativo. Segundo Robert Alexy, o *status* passivo é referente ao dever ou proibição do Estado para uma pessoa e vice-versa; o *status* negativo consiste em ações que são juridicamente irrelevantes para o Estado, consistindo na carga de discricionariedade do cidadão e na liberdade dos indivíduos em situações em que a autoridade estatal não poderá intervir e não deverá proibir. Noutro norte, o *status* positivo é tido como o oposto do *status* negativo, sendo referente ao direito subjetivo que o sujeito poderá exigir mediante um procedimento legal, será a capacidade protegida juridicamente para exigir prestações positivas do Estado. Já o *status* ativo é o dever e a

---

<sup>106</sup> STRECK, 2009. p. 72.

<sup>107</sup> STRECK, loc. cit.

<sup>108</sup> COSTA; SOUZA, 2019, p. 206.

<sup>109</sup> Ibid., p. 206-207.

<sup>110</sup> JELLINEK *Apud* ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

obrigação imposta ao indivíduo, uma esfera obrigacional, pois o cidadão terá o dever de praticar algo.

Costa e Souza, apoiando-se na teoria de Jellinek, concluem que “o direito à saúde é um direito de *status* positivo, fundamental, prestacional e de proteção especial pelo Estado Brasileiro”<sup>111</sup>, merecendo a proteção de todos os poderes, o que garante a sua concessão compulsória em caso de desrespeito à saúde dos cidadãos, além de legitimar o ingresso no “poder judiciário com o objetivo de usufruir de um mínimo possível de saúde e dignidade”<sup>112</sup>.

Fuhrmann<sup>113</sup>, com o devido cuidado, destaca que mesmo que, à primeira vista, o direito à saúde seja identificado como típico direito prestacional, em virtude de sua dimensão curativa e promocional, não se pode afastar a sua dimensão negativa sob pena de reduzir a sua eficácia e efetividade.

No direito brasileiro, o direito à saúde pode ser caracterizado como típico “direito-dever fundamental”<sup>114</sup>, pois os deveres correlatos estão relacionados com a própria origem do direito fundamental. Em tal sentido, Sarlet e Figueiredo afirmam que o objeto dos deveres fundamentais decorrentes do direito à saúde guarda um vínculo de correlação com as diferentes formas pelas quais esse direito é realizado<sup>115</sup>.

Assim, Fuhrmann explica:

[...] os deveres fundamentais relacionados ao direito à saúde tanto podem ser obrigações originárias, como no caso de políticas de implementação do SUS, da aplicação mínima constitucional dos recursos orçamentários em saúde e o dever geral de respeito à saúde, quanto obrigações derivadas, entendidas aquelas que necessitem de legislação infraconstitucional reguladora. Nada obstante, é, no mínimo, curioso que tão somente em 1988 o constitucionalismo brasileiro tenha resolvido enquadrar o direito à saúde como direito fundamental, de modo que se traduziu num dos principais avanços (se não o principal) da CF/88 em relação aos textos constitucionais pretéritos<sup>116</sup>.

Os estudos jurídicos majoritários firmam-se no sentido de que os direitos fundamentais desfrutam de fundamentalidade em sentido duplo, formal e material, sendo a primeira atinente ao *status* constitucional que as normas definidoras destes direitos dispõem e a segunda, relativa

<sup>111</sup> COSTA; SOUZA, 2019, p. 207.

<sup>112</sup> COSTA, SOUZA, loc. cit.

<sup>113</sup> FUHRMANN, 2016, p. 123.

<sup>114</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algunas Consideraciones sobre el Derecho Fundamental a la Protección y Promoción de la Salud a los 20 Años de la Constitución Federal de Brasil de 1988, in: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Org.). **La Protección Judicial de Los Derechos Sociales. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Quito/Equador**, 2009. p. 250.

<sup>115</sup> Ibid., p. 251.

<sup>116</sup> FUHRMANN, op. cit., p. 118.

à importância de seu conteúdo e do significado de tais direitos<sup>117</sup>. Na concepção material, o direito fundamental à saúde revela a sua importância social, apontando para o dever de agir do Estado, inclusive por meio de prestações médicas necessárias à efetiva satisfação do direito e a atenção necessária que o orçamento público deve conceder à saúde, levando em consideração a relevância do bem jurídico tutelado.

Em resumo, na sistemática constitucional brasileira, os direitos fundamentais são aqueles que permitem juridicamente o acesso individual a bens e serviços tidos como essenciais para garantir a dignidade da pessoa humana.

Schwarz<sup>118</sup> afirma ser necessário proceder à reavaliação e a reconstrução de determinadas premissas no âmbito jurídico no que se refere aos direitos sociais, dentre os quais se destaca o direito à saúde, apontando para a necessidade de criação de um direito que constitua em verdadeiro instrumento de defesa social contra abusos, além de servir como meio de tutela da própria cidadania num contexto de integração social e de construção solidária permanente, predisposto à mais ampla humanização, justiça e democracia por intermédio de medidas concretas voltadas à efetivação dos direitos, mesmo sendo necessário o uso expressivo dos recursos disponíveis.

### ***1.2.2 Distribuição constitucional de competências (atribuições da União, dos Estados e dos Municípios) na garantia do direito à saúde***

Conforme aponta Dallari<sup>119</sup>, o Brasil é um Estado Federal desde 1891, condição que foi ratificada pela Constituição de 1988, trazendo implicações jurídicas positivadas na própria carta constitucional ou que decorrem de forma implícita, em virtude de se ter adotado o sistema federativo. Um dos principais efeitos da utilização de tal sistema é a possibilidade de distribuição dos poderes e encargos entre os entes federados, ocasionando a descentralização política e administrativa, não implicando no estabelecimento de uma hierarquia entre os diversos centros de decisão que compõem a federação.

<sup>117</sup> FUHRMANN, 2016, p. 120.

<sup>118</sup> SCHWARZ, Rodrigo García. **Derechos Sociales: Imprescindibilidad y Garantías**, Thomson Reuters, São Paulo, 2011. p. 33-34.

<sup>119</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Normas gerais sobre saúde: cabimento e limitações. **Programa Nacional de Controle da Dengue: Amparo legal à execução das ações de campo – imóveis fechados, abandonados ou com acesso não permitido pelo morador**, Distrito Federal, ed. 2, 2006, p. 61-81, disponível em [https://saude.mppr.mp.br/arquivos/File/dengue/dengue\\_amparo\\_legal\\_web.pdf](https://saude.mppr.mp.br/arquivos/File/dengue/dengue_amparo_legal_web.pdf). Acesso em 27 de ago. de 2020. p. 61.

Segundo o autor, “é indispensável que não se estabeleça a supremacia da União ou das unidades federadas, devendo-se procurar uma distribuição de competências equilibrada, que assegure a autonomia de cada centro de poder, sem prejudicar a eficiência de qualquer um deles”<sup>120</sup>, desse modo, não há que se falar em subordinação das unidades federadas à União.

No que se refere a divisão de competências, sabe-se que os três entes federativos (União, Estados e Municípios), na conjuntura constitucional brasileira, possuem poder legislativo, não existindo hierarquia entre eles, de modo que nos casos de conflitos de normas e dúvidas, será necessário se socorrer da Constituição, lei maior do Estado, para que se saiba a direção adequada e qual lei deve prevalecer diante dos casos concretos, bem como para verificar a qual dos entes foi atribuída a competência para legislar sobre a matéria objeto da norma questionada<sup>121</sup>.

Werner salienta que existem dificuldades na criação de políticas públicas em países que possuem sistemas federalista e presidencialista. Com relação ao federalismo, a autora aponta que se trata de um sistema que cria dificuldades de “articulações intergovernamentais”, propiciando a necessidade de extensivas negociações e sujeição em todos os níveis governamentais<sup>122</sup>. Noutro norte, no que se refere ao sistema presidencialista, ela ressalta a dificuldade existente na esfera das relações entre os poderes, “considerando os membros individuais e comissões do Congresso no desempenho ativo do *design* das políticas públicas”<sup>123</sup>, ocasionando em atrito entre os membros do legislativo e executivo, além do fato de que abre espaço para que grupos de interesses e eleitores influenciem diretamente no processo político, o que pode ensejar em políticas fracas e conflitivas<sup>124</sup>.

Verifica-se através do artigo 24, inciso XII, da Constituição de 1988, que há competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre matéria afeta à proteção e defesa da saúde<sup>125</sup>, objeto de estudo do presente trabalho. Assim, no que tange a questões ligadas ao direito à saúde, a competência da União limita-se ao estabelecimento de normas gerais, não excluindo a competência suplementar dos Estados, conforme inteligência dos parágrafos 1º e 2º do referido artigo 24<sup>126</sup>.

---

<sup>120</sup> DALLARI, 2006, p. 62.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>122</sup> WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. Políticas Públicas e o Direito Fundamental à Saúde: A experiência das jornadas de direito da saúde do conselho nacional de justiça. In: BUCCI, DALLARI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). **Judicialização da saúde: A visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 267.

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 267.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 268.

<sup>125</sup> BRASIL, 1988.

<sup>126</sup> BRASIL, 1988.

Sobre a competência concorrente, mostra-se adequada a observação de Dallari<sup>127</sup> verificando que a Carta Magna não incluiu expressamente os Municípios em seu artigo 24, o que poderia ocasionar dúvidas acerca de sua competência para legislar de forma suplementar em matérias que versem sobre a proteção e defesa da saúde. No entanto, o autor salienta que se trata de uma “imperfeição da Constituição”, pois nos termos da própria lei maior os Municípios possuem competências comuns com a União, descritas no artigo 23 da CF/88<sup>128</sup>, além de possuírem competência para legislar sobre os assuntos de interesse local, conforme determina o artigo 30, inciso I, da CF/88<sup>129</sup>. Desse modo, conclui-se que não sendo matéria descrita como de competência exclusiva da União, elencadas no artigo 22<sup>130</sup>, poderão os Municípios legislar sobre questões de saúde que atendam o interesse local<sup>131</sup>.

Quanto à promoção da saúde, a Carta Constitucional de 1988 evidenciou que tanto a União quanto os Estados, os Municípios e o Distrito Federal têm competência para legislar e atuar sobre a referida matéria, na medida em que cada ente “manterá o seu próprio sistema de saúde, mas todos devem integrar-se num sistema harmônico, que recebe na Constituição a denominação de Sistema Único de Saúde”, de modo que cada um possa legislar sobre as questões que dizem respeito ao seu *locus* de atuação<sup>132</sup>.

Em virtude da pandemia de Covid-19 (causada pelo novo coronavírus), a discussão sobre a legitimidade para legislar sobre saúde pública ganhou maior tônus e foi rediscutida no plenário do Supremo Tribunal Federal através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 6341, confirmando o entendimento de que as medidas de enfretamento adotadas pelo governo federal não afastam a competência concorrente e a possibilidade de tomada de providências normativas e administrativas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

A questão foi amplamente discutida durante o enfrentamento da pandemia, principalmente pelo fato de que o governo federal passou a adotar discursos e políticas voltadas para a reabertura do comércio e não favoráveis ao distanciamento social, recomendado pelas principais organizações de saúde. Enquanto isso, as autoridades do poder executivo estaduais e municipais mantinham políticas e legislações mais austeras, para manter o fechamento do comércio e incentivar o distanciamento social, em virtude do crescente número de infectados e

---

<sup>127</sup> DALLARI, 2006, p. 66.

<sup>128</sup> BRASIL, 1988.

<sup>129</sup> Ibid.

<sup>130</sup> Ibid.

<sup>131</sup> DALLARI, op. cit., p. 66.

<sup>132</sup> Ibid., p. 71.

da lotação dos leitos de UTI de suas localidades, atendendo as recomendações da Organização Mundial de Saúde.

A decisão proferida na ADI n. 6341, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista, também enfrentou a questão da constitucionalidade da Lei Federal nº 13.979/2020 que versou “sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus”<sup>133</sup>, tendo a maioria dos Ministros definido que a norma deveria ser interpretada conforme os ditames da Constituição Federal, principalmente no sentido de que a União poderia legislar sobre a questão da saúde pública, porém “que o exercício desta competência deve sempre resguardar a autonomia dos demais entes”<sup>134</sup>.

Desse modo, em virtude do referido controle de constitucionalidade, restou reafirmada a competência concorrente entre todos os Entes Federados para legislar e executar políticas de saúde, sendo medida razoável e de acordo com a norma constitucional, principalmente diante da realidade do Brasil, país de dimensão continental e com ampla disparidade social e econômica em suas regiões.

É importante se ater aos destinatários do direito fundamental e social à saúde, com o fito de aferir quais entes federados poderão figurar no polo passivo das demandas em que se pretende o recebimento de prestações dos serviços de saúde, como no caso de pedidos de medicamentos.

Nesse sentido, Alves dispõe que o fato de existir um Sistema Único de Saúde, amparado pela Constituição Federal, hierarquizado e delimitando a prestação dos serviços pelos entes federados, poderia ensejar na competência exclusiva de determinado ente, a depender da prestação pretendida, apta a afastar a competência dos demais<sup>135</sup>. No entanto, a autora explicita que existe solidariedade na prestação do direito à saúde, resultando que todos os entes da federação poderão ser demandados pelos indivíduos na busca pela satisfação dos pedidos relacionados ao pleno gozo do direito à saúde<sup>136</sup>.

Alves<sup>137</sup> destaca que tal entendimento fora pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, por intermédio das decisões proferidas no Agravo de Instrumento n. 396.973, do Rio Grande

<sup>133</sup> BRASIL. **Lei nº 13.979**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 06 de fevereiro de 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm). Acesso em 24 de mar. 2021.

<sup>134</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF reconhece competência concorrente de estados, DF, municípios e União no combate à Covid-19. **Notícias STF**, 15 abr. 2020. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447>. Acesso em: 24 de mar. 2021.

<sup>135</sup> ALVES, 2013, p. 134.

<sup>136</sup> ALVES, 2013, loc. cit.

<sup>137</sup> ALVES, 2013, loc. cit.

do Sul, sob a relatoria do Ministro Celso de Melo, que foi divulgado pelos informativos números 202 e 210 do STF, revelando que a saúde é um bem jurídico constitucionalmente tutelado que deve ser satisfeito pelo poder público, em âmbito federal, estadual e municipal, os quais detêm a incumbência de formular e implementar políticas sociais e econômicas capazes de garantir a satisfação de tal direito.

Assim, Alves reforça a divisão interna dos entes em relação as competências para o fornecimento de prestações dos serviços de saúde na condição de dimensão estritamente administrativa, não podendo ser aceita a título de argumento para desonerar qualquer um dos Entes Federados e/ou impossibilitar a satisfação do direito do cidadão, não sendo aferido na jurisprudência nacional ou na doutrina qualquer movimento no sentido de afastar a responsabilidade solidária<sup>138</sup>.

Em que pese as questões levantadas por Alves, existem diversas discursões acerca da competência no fornecimento de medicamentos, principalmente atreladas aos fármacos importados, tidos como de alto custo e/ou de uso excepcional, objeto de análise em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, sendo analisada no capítulo três da presente pesquisa.

Cordeiro<sup>139</sup> dispõe que a legitimidade passiva solidária de todos os entes federados para figurarem no polo passivo das ações, que versem sobre atendimento médico e farmacêutico, parece indiscutível, tendo em vista a interpretação literal das normas constitucionais atinentes a matéria. No entanto, a autora ressalta que existe legislação ordinária que determina a forma do exercício da competência de cada membro, com o objetivo de gerar maior efetividade ao sistema<sup>140</sup>, questão que será enfrentada oportunamente neste trabalho.

### 1.3 O Sistema Único de Saúde no Brasil

Como outrora analisado, o direito à saúde nem sempre fez parte da vida dos brasileiros, possuindo caráter prestacional, social e fundamental, apenas contemplado com a amplitude necessária através da Constituição de 1988. A assistência à saúde no Brasil só passou a ser

---

<sup>138</sup> ALVES, 2013, p. 134.

<sup>139</sup> CORDEIRO, Maria Leiliane Xavier. O direito à saúde e a atuação do Poder Judiciário: Breves considerações. In: GUEDES, Jefferson Carús; NEIVA, Juliana Sahione Mayrink (Org.). **Publicações da Escola da AGU: temas de direito e saúde**. Brasília: Advocacia Geral da União, 2010, p. 100.

<sup>140</sup> Ibid., p. 100.

objeto de ação do Estado a partir das primeiras décadas do século XX com ações públicas coletivas diante de epidemias<sup>141</sup>.

Antes da Constituição de 1988, a assistência à saúde para os trabalhadores assalariados tinha caráter contributivo, enquanto os demais cidadãos recorriam a instituições filantrópicas para atendimento médico hospitalar, não existindo a prestação pública e universal da saúde, como os ditames legais previstos atualmente<sup>142</sup>.

O sistema público de saúde brasileiro, até a promulgação da Constituição de 1988, não possuía tratamento constitucional específico e atendia somente aos indivíduos que contribuíssem para a Previdência Social, ou seja, aqueles indivíduos que possuíssem carteira de trabalho assinada<sup>143</sup>.

O Movimento da Reforma Sanitária, com fulcro na crítica do sistema de saúde vigente antes da Constituição de 1988, pretendia, além de garantir o direito à saúde para todos, apropriar-se da noção de equidade por meio da distribuição mais ampla dos recursos da saúde, exigindo a organização de um sistema eficaz e capaz de atender às diversas necessidades da população frente aos escassos recursos públicos<sup>144</sup>.

Na formação do atual Sistema Único de Saúde brasileiro, também é importante destacar as ideias defendidas na VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986, que apontou a necessidade de uma reforma sanitária que deveria primar pelos princípios da equidade, descentralização, integralidade e universalidade, o que propiciou a criação do primeiro sistema público universal de saúde no Brasil, compreendido como direito do cidadão e dever do Estado<sup>145</sup>.

O Sistema Único de Saúde (SUS) foi criado sob a sistemática e em obediência aos preceitos da Constituição Federal de 1988, pois:

Defendeu-se a descentralização da gestão dos serviços; a integralização das ações, com a superação da dicotomia preventivo/curativo; a unidade da coordenação das políticas setoriais; a regionalização e hierarquização das unidades prestadoras de serviços; a participação popular, por meio de suas entidades representativas na formulação da política e no planejamento, gestão,

---

<sup>141</sup> VIEIRA, Ana Cristina de Souza. Política de saúde e HIV: direito à saúde e reformas regressivas. **Revista Argumentum**: Vitória, v. 10, n.1, p. 72-83, jan./abr. 2018. p. 73

<sup>142</sup> Ibid., p. 73.

<sup>143</sup> BARRETO JÚNIOR; PAVANI, 2013. p. 74.

<sup>144</sup> VIANA, Ana Luiza d'A.; FAUSTO, Márcia C. R.; LIMA, Luciana D. Política de saúde e equidade. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, p. 58-68, 2003. p. 58-68.

<sup>145</sup> BARBOSA, Estela Capelas. 25 anos do Sistema Único de Saúde: conquistas e desafios. **Revista de Gestão em Sistemas de Saúde (RGSS)**, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 85-102, jul./dez. 2013. p. 87.

execução e avaliação das ações de saúde; o respeito à dignidade dos usuários pelos prestadores dos serviços, como dever inerente à função pública, etc<sup>146</sup>.

Conforme tratado por Araújo e Quintal<sup>147</sup>, o Sistema Único de Saúde no Brasil é fruto de luta e conquistas sociais, especialmente do Movimento Sanitarista em meio ao processo de redemocratização do país, tratando-se de uma Política de Estado que se “aproxima dos princípios do chamado Estado de Bem-Estar-social (*Welfare State*), contrapondo-se à perspectiva liberal e neoliberal que defendem a redução do papel do Estado”.

Segundo António<sup>148</sup>, o Estado de Providência, historicamente conhecido como *Welfare State*, Estado Social ou de Bem-Estar Social, consiste em uma modalidade de organização em que “o Estado aparece como figura central protagonizando todas as atividades prestadoras e de distribuição de bens e de serviços públicos à comunidade”. Nesse sentido, ao Estado compete as prestações necessárias à efetivação do direito.

A instituição do SUS no Brasil foi pioneira, pois representou a primeira vez que se implementava em um país latino-americano um sistema em que a saúde era pensada sob a égide da proteção social, espelhando-se na experiência de outras nações, já bem conhecidas por seu Estado de Bem-Estar, tais como: Reino Unido, Suécia, Espanha, Itália, Alemanha, França, Canadá e Austrália<sup>149</sup>.

Não se nega que a consagração do direito à saúde e o nascimento do SUS viabilizados pela Constituição de 1988, foi fruto de diversos avanços e retrocessos, sendo inquestionáveis as conquistas sociais, principalmente por incorporar um sistema de saúde “gratuito” (pagamento indireto através dos impostos), pautado na universalidade, na equidade e na integralidade<sup>150</sup>.

As principais atribuições do SUS foram elencadas no artigo 200 da Constituição de 1988, destacando-se o controle e a fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias ligadas à saúde e apontando que o sistema público deve atuar desde a produção dos fármacos e dos insumos médicos/hospitalares. A atuação do Sistema Único também inclui as ações de vigilância sanitária e epidemiológica; questões voltadas à saúde do trabalhador e ao seu

---

<sup>146</sup> ROSA, Thabata Cristina Silveira; SAES, Sueli Gonzales; ABULEAC, Fernanda Lessa. A Constituição de 1988 e as Políticas Públicas em saúde no Brasil. **Revista de Gestão em Sistemas de Saúde - RGSS**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 35-49, jan./jun. 2012. p. 38.

<sup>147</sup> ARAÚJO, Kammilla Éric Guerra de; QUINTAL, Carlota. A judicialização do acesso aos medicamentos em Belo Horizonte: uma questão sobre equidade. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Dossiê especial: Políticas Públicas e o Direito à Saúde no Brasil, v. 8, n. 3, dez., p. 212-235, 2018. p. 216.

<sup>148</sup> ANTÓNIO, 2015. p. 81.

<sup>149</sup> BARBOSA, 2013., p. 87.

<sup>150</sup> ARAÚJO; QUINTAL, op. cit., p. 216.

ambiente laboral; saneamento básico; fiscalização e inspeção de alimentos; formação de recursos humanos na área de saúde; dentre outros<sup>151</sup>. Nota-se que a Carta Magna demonstrou, de forma clara, que todas as questões afetas ao direito à saúde deverão ser tratadas no âmbito do Sistema Único de Saúde, o que reforça a sua importância e relevância social para a concretização desse direito.

É cediço que a criação do Sistema Único de Saúde é decorrente dos mandamentos constitucionais da Constituição Federal vigente, porém a sua real instituição se deu em 1990, por intermédio de normas infraconstitucionais, destacando-se as Leis 8.080 e 8.142, representando enorme mudança no padrão de atenção à saúde, introduzindo no Brasil, de forma efetiva, a perspectiva de um direito universal como dever do Estado, mas sem a exigência de pagamento direto, pois sua manutenção decorreria do pagamento dos tributos realizados pelos contribuintes.

Interessante destacar que, desde o momento de sua elaboração, o SUS conviveu com movimentos e interesses contrários à sua concretização como, por exemplo, “empresas médicas, farmacêuticas, empreendimentos hospitalares, de todos os segmentos que se beneficiavam com a venda de serviços de saúde ao setor público”<sup>152</sup> e com o monopólio das prestações de saúde no setor privado.

O Sistema Único de Saúde (SUS) é um dos maiores e mais complexos sistemas de saúde pública do mundo, abrangendo desde os mais simples atendimentos através da atenção primária, até os mais complexos procedimentos, como os transplantes de órgãos, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país.

O sistema público de saúde brasileiro possui destaque, sendo elogiado principalmente ao ser comparado com os sistemas de saúde dos países mais desenvolvidos, pois, ainda que as prestações de saúde não sejam satisfatórias e mostrem-se deficientes para boa parte da população, mesmo assim, não se nega que as políticas públicas de saúde nacional fornecem, de modo universal as prestações materiais de saúde aos usuários do SUS.

Nos Estados Unidos, por exemplo, não existe um sistema nacional de saúde ou um sistema de seguro público universal, logo, mais de vinte e sete milhões de pessoas não têm qualquer tipo de cobertura em saúde e, pelo menos, 33% da população evita buscar tratamento médico por causa do alto custo<sup>153</sup>. Enquanto no Brasil, mesmo com os diversos problemas

---

<sup>151</sup> BRASIL, 1988, art. 200.

<sup>152</sup> VIEIRA, 2018, p. 73.

<sup>153</sup> MARASCIULO, Marília. Por que um sistema nacional de saúde é o ideal para lidar com a pandemia. **Revista Galileu**, 2020. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Saude/noticia/2020/04/por-que-um-sistema-nacional-de-saude-e-o-ideal-para-lidar-com-pandemia.html>. Acesso em 30 de ago. de 2020.

econômicos e sociais existentes, há um sistema nacional de saúde com embasamento constitucional e infraconstitucional que objetiva fornecer aos cidadãos, inclusive estrangeiros no país, a integralidade em tratamentos médicos e hospitalares necessários ao restabelecimento e manutenção da saúde, sendo o SUS considerado uma das maiores conquistas sociais.

Em 2020, o mundo começou a sofrer com uma das maiores crises de saúde da história, em virtude da pandemia de Covid-19, que fora detectada pela primeira vez na China e alastrou-se pelo resto do planeta, causando a morte de milhares de pessoas e impondo caos em diversos sistemas de saúde. Esse cenário pandêmico contribuiu para desnudar a importância do sistema público de saúde no Brasil, visto que o país, marcado por uma latente desigualdade social, não teria como enfrentar os graves efeitos pandêmicos se não existissem políticas públicas de saúde consolidadas na estrutura do SUS. Assim, mesmo com todas as críticas nacionais e internacionais acerca da postura adotada pelo Brasil, o que se deu em grande medida em razão de uma má gestão governamental em âmbito federal, a situação do país, no enfrentamento à pandemia, seria ainda mais catastrófica se não fosse a existência e a consolidação do SUS.

Conforme dados do Conselho Nacional de Secretárias Municipais de Saúde (CONASEMS), “dos países com mais de 200 milhões de habitantes, o Brasil é o único que conta com serviços gratuitos de forma universal”<sup>154</sup>, sendo o SUS o principal instrumento institucional, administrativo e legal de enfrentamento da pandemia.

Segundo a análise de Schwarcz, a crise provocada pelo coronavírus descortinou para a população brasileira a importância do Sistema Único de Saúde e da ciência, desacreditada pelo próprio governo federal, vindo à tona a máxima de que “lutar pelo SUS, nesse momento, é virar um defensor dos direitos humanos”<sup>155</sup>.

### **1.3.1 A normatização do Sistema Único de Saúde e seus princípios fundantes**

Embora decorrente de mandamento constitucional, o Sistema Único de Saúde apenas se concretizou com a promulgação da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, durante o governo de Fernando Collor de Mello, dispondo sobre as “condições para a promoção, proteção e

<sup>154</sup> BRASIL. CONASEMS. **Reconhecer a importância do SUS é o primeiro passo contra a pandemia.** Disponível em: <https://www.conasems.org.br/reconhecer-a-importancia-do-sus-e-o-primeiro-passo-contr-a-pandemia-defendaosus/#:~:text=Dos%20pa%C3%ADses%20com%20mais%20de,m%C3%A3os%20no%20combate%20ao%20v%C3%ADrus>. Acesso em ago. 2020.

<sup>155</sup> SCHWARCZ. Lilia Moritz. **Quando acaba o século XX.** São Paulo: Companhia das Letras, 2020. E-book.

recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”<sup>156</sup>.

A referida norma aponta para as ações e serviços de saúde, asseverando que compete ao Estado prover as condições ao pleno exercício do direito fundamental à saúde que será garantido mediante a formulação e execução de políticas econômicas e sociais, necessárias à sua efetivação.

A Lei nº 8.080/90, precisamente em seu artigo 4º, conceitua o Sistema Único de Saúde como o “conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”<sup>157</sup>.

Dentre os objetivos do SUS, elencados no artigo 5º da Lei nº 8.080/90, destaca-se a finalidade de elaboração de políticas públicas, no campo social e econômico, capazes de fomentar “a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas”<sup>158</sup>, além de identificar e divulgar os fatores condicionantes e determinantes da saúde<sup>159</sup>. Desse modo, para a persecução de tais objetivos, encontram-se incluídas na atuação do Sistema Único de Saúde diversas ações de vigilância sanitária e epidemiológica, saúde do trabalhador, além de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica a qual é objeto do presente estudo<sup>160</sup>.

No seu bojo, a Lei nº 8.080/90 determina expressamente que as ações e serviços de saúde devam seguir as diretrizes impostas pela Constituição Federal, obedecendo ainda os princípios elencados em seu artigo 7º, dentre os quais se destacam a universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; a integralidade de assistência e em todos os níveis de complexidade do sistema; direito à informação; igualdade de assistência à saúde; descentralização político-administrativa com direção única em cada esfera de governo e participação da comunidade<sup>161</sup>.

---

<sup>156</sup> BRASIL. **Lei nº 8.080**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 19 de setembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm). Acesso em ago. 2020.

<sup>157</sup> BRASIL, loc. cit.

<sup>158</sup> BRASIL, op. cit., art. 5º, III.

<sup>159</sup> BRASIL, op. cit., art. 5º, I.

<sup>160</sup> BRASIL, op. cit., art. 6º, I.

<sup>161</sup> BRASIL, 1990.

Dentre os diversos princípios que norteiam o Sistema Único de Saúde, três merecem destaque no que tange ao fornecimento de medicamentos, a saber: o princípio da universalidade, da integralidade e da equidade. Sobre tais princípios, Vasconcelos e Pasche afirmam:

A universalidade assegura o direito à saúde a todos os cidadãos e o acesso sem discriminação ao conjunto de ações e serviços de saúde ofertados pelo sistema. [...] A integralidade pressupõe considerar várias dimensões do processo saúde-doença que afetam os indivíduos e as coletividades e pressupõe a prestação continuada do conjunto de ações e serviços visando garantir a promoção, a proteção, a cura e a reabilitação [...]. A equidade no acesso às ações e aos serviços de saúde [...] justifica a prioridade na oferta de ações e serviços aos segmentos populacionais que enfrentam maiores riscos de adoecer e morrer em decorrência da desigualdade na distribuição de renda, bens e serviços<sup>162</sup>.

O princípio da universalização assegura que todos detém o direito à saúde, razão pela qual as políticas devam atender o maior número de indivíduos, garantindo a todos os serviços públicos de tal natureza, sem qualquer tipo de discriminação, independente de fatores como sexo, raça, renda, ocupação e demais características sociais.

A garantia do fornecimento de fármacos, de forma articulada e contínua, está associada ao princípio da integralidade, denotando a obrigação de se propiciar os meios materiais para a garantia do direito à saúde em todos os níveis de complexidade de assistência, atendendo todas as necessidades da pessoa, correlatas a promoção da saúde, prevenção de doenças e a reabilitação, o que pressupõe a exigência de atendimentos médicos, fisioterápicos, farmacêuticos, dentre outros que se fizerem necessários.

No que se refere ao princípio da equidade, ele decorre da justiça social na medida em que busca dirimir as desigualdades, possibilitando o tratamento desigual aos desiguais quando o objetivo é a satisfação universal do direito à saúde. Ademais, possibilita que os gestores do SUS realizem investimentos mais vultosos onde se verificar a maior carência da população. Em que pese todos terem direito ao acesso de serviços públicos, deve-se levar em consideração que as pessoas não são iguais e não estão nas mesmas condições sociais.

Conforme tratado por Sarlet<sup>163</sup>, os direitos sociais de cunho prestacional, como o direito à saúde, encontra-se a serviço da igualdade, visando o tratamento equânime dos indivíduos e a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material, garantindo a sua dignidade.

---

<sup>162</sup> VASCONCELOS, C. M.; PASCHE, D. F.. O Sistema Único de Saúde. In: GASTÃO, Wagner de Sousa Campos; et al. **Tratado de Saúde Coletiva**. São Paulo: Hucitec, 2006. p. 535.

<sup>163</sup> SARLET, 2010, p. 105.

Sobre a direção do Sistema Único de Saúde, a legislação determina que é única, exercida em cada esfera de governo, competindo ao Ministério da Saúde, no âmbito da União, e as Secretarias de Saúde ou órgão equivalente no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 9º, da Lei nº 8.080/90), demonstrando que as ações do SUS serão exercidas por todos os entes federativos, reforçando a competência concorrente para satisfação do direito à saúde.

Tais disposições normativas referem-se ao princípio da descentralização e comando único do SUS, na medida em que promove a redistribuição de poder e das responsabilidades entre os três níveis de governo, objetivando a prestação de serviços de saúde com maior qualidade, controle e fiscalização pelos cidadãos.

O termo comando único diz respeito à existência de uma autoridade maior em cada ente federativo, tais como: o Ministro da Saúde no âmbito da federal; os Secretários Estaduais de Saúde no âmbito estadual e os Secretários ou Chefes de departamentos de saúde no âmbito dos Municípios.

Nota-se que a Lei nº 8.080/90 estabelece as competências e atribuições a serem desempenhadas pelos entes federativos de forma comum e concorrentes, delimitando, ainda, as competências exclusivas para cada uma das unidades federadas, levando em consideração, principalmente, a capacidade tributária de cada uma delas.

Como exemplo, é notório que a União detém o maior montante dos tributos, tendo maior aptidão para o fornecimento de tratamentos e insumos de maior valor e complexidade ao se comparar com pequenos Municípios. No entanto, também existem críticas quanto a divisão de competências entre os entes usando apenas tal critério, visto que o Brasil é um país de expressivas diferenças econômicas, de modo que um determinado Município pode ter proventos tributários superiores e/ou compatíveis a um Estado, como é o caso da cidade de São Paulo. Assim, nem todas as cidades e Estados poderiam, a princípio, alegar a incompetência para o fornecimento de um fármaco se apoiando na justificativa de diferença tributária entre os entes federados.

A divisão de competência e atribuições também é associada ao princípio da hierarquização e regionalização do Sistema Único de Saúde, na medida em que é necessária a divisão em níveis de atenção para que seja possível, do ponto de vista prático, o atendimento integral de toda a complexa prestação de saúde, principalmente num país de dimensão continental como o Brasil.

O princípio da hierarquização e regionalização aponta para a necessidade de um planejamento das ações de saúde por meio de subdivisões, inclusive, interfederativas porque existem Estados brasileiros que são maiores do que muitos países, o que torna ainda mais

complexa as prestações públicas de saúde. Assim, visando regulamentar a Lei nº 8.080/90, foi promulgado o Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, com a finalidade de disciplinar as diretrizes de planejamento da saúde e a necessária articulação interfederativa.

O Decreto nº 7.508/2011, dentre outras prescrições, aponta para a necessidade de se delimitar regiões de saúde, constituídas por agrupamento de municípios limítrofes, não se esquecendo de verificar as identidades culturais, econômicas e sociais de cada região (art. 2º, I). Segundo a norma, “o acesso universal, igualitário e ordenado às ações e serviços de saúde se inicia pelas Portas de Entrada do SUS e se completa na rede regionalizada e hierarquizada, de acordo com a complexidade do serviço” (art. 8º)<sup>164</sup>.

A consagração constitucional do direito à saúde é extremamente significativa após um longo período no qual a população viveu sob um Estado ditatorial, marcado pela centralização das decisões, o tecnicismo e o autoritarismo. Durante a década de 1980, ocorreu a abertura democrática que reconheceu a necessidade de revisão do modelo de saúde vigente na época, começando o surgimento de propostas com o fito de ampliar a participação popular nas decisões e descentralizar a gestão pública em saúde<sup>165</sup>.

Dentro desta abertura democrática, deu-se a efetivação do direito à saúde, nos moldes da Constituição de 1988, e a criação do SUS por intermédio da Lei nº 8.080/90 que, dentre os seus princípios, destacou a participação popular de modo que a sociedade deve atuar ativamente nas políticas públicas de saúde, não apenas na origem de seu Sistema Único, mas também em seu controle social, razão pela qual devem ser criados canais de participação popular em sua gestão e em todas as suas esferas.

A participação popular na gestão da saúde também decorre do mandamento da Constituição Federal de 1988, precisamente em seu artigo 198, ao tratar das diretrizes do SUS, a saber: descentralização, integralidade, a participação da comunidade e a organização e funcionamento do sistema capaz de torná-lo mais adequado a atender às necessidades da população.

Nesse sentido, a ênfase dada ao controle social na nova Constituição se expressa em novas diretrizes para a efetivação do direito fundamental e social à saúde por meio de instrumentos normativos e da criação legal de espaços institucionais que garantam a

---

<sup>164</sup> BRASIL. **Decreto nº 7.508**. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 de junho de 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em ago. 2020.

<sup>165</sup> ROLIM, Leonardo Barbosa; CRUZ, Rachel de Sá Barreto Luna Callou; SAMPAIO, Karla Jimena Araújo de Jesus. Participação popular e o controle social como diretriz do SUS: uma revisão narrativa. **Revista Saúde em Debate**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 96, p. 139-147, jan./mar, 2013. p. 141.

participação da sociedade civil organizada, principalmente na fiscalização direta do executivo nas três esferas de governo<sup>166</sup>.

Barros aponta a necessidade do controle social sobre a ação estatal dentro da perspectiva da democratização dos processos decisórios, destacando que “ao longo de décadas, os governos submeteram os objetivos de sua ação aos interesses particulares de alguns grupos dominantes, sem qualquer compromisso com o interesse da coletividade”<sup>167</sup>.

No mesmo sentido, Raichelis<sup>168</sup> dispõe sobre o controle social como um dos elementos constitutivos da estratégia política da esfera pública, pois implica no acesso aos processos que informam decisões da sociedade política, capaz de viabilizar a participação da sociedade civil organizada na formulação e na revisão das regras que conduzem as negociações e arbitragens sobre os interesses socialmente relevantes, além da necessidade de fiscalização das decisões realizadas pelos agentes públicos.

Visando atender essa necessidade, foi promulgada a Lei nº 8.142, em 28 de dezembro de 1.990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde, além de estabelecer as transferências intergovernamentais de recursos financeiros da área da saúde. Esta lei determina que o SUS contará com instâncias colegiadas em cada esfera de governo, denominadas Conferências de Saúde e Conselhos de Saúde, tendo como função viabilizar a participação da sociedade em todas as questões afetas ao sistema.

Segundo os termos da lei, a Conferência de saúde deverá reunir-se a cada quatro anos para avaliar a situação de saúde e propor diretrizes para a formulação de políticas públicas (art. 1º, §1º, da Lei nº 8.142/90). Em seu turno, os Conselhos de Saúde são órgãos colegiados compostos por representantes do governo, prestadores de serviços, profissionais de saúde e usuários; competindo atuar na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde, incluindo os aspectos econômicos e financeiros (art. 1º, §1º da Lei nº 8.142/90).

Acerca das características dos órgãos colegiados, Oliveira e Krüger informam que os Conselhos de Saúde atuam comumente com reuniões mensais, sendo formados de forma paritária “com representantes dos usuários, dos trabalhadores da saúde, dos gestores públicos da saúde e dos prestadores privados de serviços de saúde”<sup>169</sup> em obediência aos ditames legais.

<sup>166</sup> ROLIM; CRUZ; SAMPAIO, 2013, p. 141.

<sup>167</sup> BARROS, Elizabeth. O Controle Social e o processo de descentralização dos serviços de Saúde. In: BRASIL. Ministério da Saúde. **Incentivo à participação popular e Controle Social no SUS: textos técnicos para conselheiros de saúde**. Brasília: IEC, 1998. p. 31.

<sup>168</sup> RAICHELIS, Raquel. **Esfera pública e os conselhos de assistência social: caminhos da construção democrática**. São Paulo: Cortez, 2000.

<sup>169</sup> OLIVEIRA, Andréia de; KRÜGER, Tania Regina. Trinta anos da Constituição Federal e a participação popular no SUS. **Revista Argumentum**, Vitória, v. 10, n. 1, p. 57-71, jan./abr. 2018. p. 63.

Verifica-se que o usuário da rede pública de saúde possui mecanismos de atuar nas diretrizes do próprio sistema, passando a ser corresponsável pela gestão do SUS, de forma que a sua omissão ou ação implique necessariamente na efetivação de políticas públicas e na própria satisfação do direito constitucional, seja por meio da atividade dos órgãos colegiados ou, até mesmo, pela via judicial e administrativa, conforme será tratado no presente trabalho.

Desse modo, verifica-se que o SUS compreende a saúde como uma questão de natureza socioeconômica e política, que deve ser abordada no espaço público da sociedade, mediante a participação e controle social, e não como uma questão de aptidão exclusivamente biológico-curativo a ser equacionado pelos serviços médicos e agente públicos<sup>170</sup>.

Analisando a legislação do SUS e suas diretrizes, nota-se que o sistema de saúde público brasileiro propõe um modelo assistencial baseado na “concepção de saúde-doença como processo e em um novo modelo de prática sanitária”, usando o conceito de saúde voltado ao controle, cura e prevenção de enfermidades. Com a vigência e a efetivação da Lei 8.080/90, “a saúde evolui de uma concepção negativa para uma concepção afirmativa, traduzida em qualidade de vida, enquanto as práticas se deslocam do terreno individual para a intervenção integral”<sup>171</sup>.

### ***1.3.2 A normatização do Sistema Único de Saúde e a dispensação de medicamentos***

A ampla consagração do direito à saúde pela Constituição de 1988, com suporte nas legislações infraconstitucionais determinantes para a concretização do SUS, implica na necessidade de fornecimento integral das prestações materiais indispensáveis para a manutenção e o restabelecimento da saúde, destacando o fornecimento de medicamentos. Seguindo essa premissa, a Lei nº 8.080/90 prescreve que está incluída no campo de atuação do Sistema Único de Saúde a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica (art. 6º, I, d).

A legislação do SUS é clara ao determinar que competirá ao Estado e seus entes federativos a prestação de assistência terapêutica integral consistente na “dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou na falta do protocolo” (art. 19-M, I, da Lei nº 8.080/90). Essa dispensação será

<sup>170</sup> OLIVEIRA; KRÜGER, 2018, p.63.

<sup>171</sup> ROSA, Thabata Cristina Silveira; SAES, Sueli Gonzales; ABULEAC, Fernanda Lessa. A Constituição de 1988 e as Políticas Públicas em saúde no Brasil. *Revista de Gestão em Sistemas de Saúde - RGSS*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 35-49, jan./jun. 2012. p. 39.

realizada com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS e de forma complementar pelos gestores estaduais e municipais do sistema público de saúde (art. 19-P, I, II e III, da Lei nº 8.080/90).

Acerca da dispensação de medicamentos, objeto central de análise desta pesquisa, importa destacar que a “incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde” (art. 19-Q, da Lei nº 8.080/90), com o assessoramento da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, sendo vedado o fornecimento de medicamento não aprovados pela ANVISA (art. 19-T, da Lei nº 8.080/90).

Como já tratado, a organização e a estruturação do SUS se dá por intermédio de legislações federais, estaduais e portarias. No que se refere especificamente à assistência farmacêutica, a norma infralegal utilizada é a Portaria GM/MS n. 399, de 22 de fevereiro de 2006, que estabelece as atribuições administrativas de cada um dos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Em resumo, a Portaria GM/MS n. 399 de 2006 estabelece que compete igualmente a todos os entes federativos “promover a estruturação da assistência farmacêutica e garantir, em conjunto com as demais esferas de governo, o acesso da população aos medicamentos cuja dispensação esteja sob sua responsabilidade”<sup>172</sup>, promovendo ou fomentando o seu uso racional, observando as legislações vigentes e as pactuações estabelecidas.

A referida portaria do Ministério da Saúde reforça a tese de que existe a competência concorrente entre todos os entes federativos no que se refere a consagração do direito à saúde e a assistência farmacêutica. No entanto, conforme tratado por Jorge<sup>173</sup>, a norma infralegal apresenta apenas disposições vagas e repetitivas, não servindo para o “estabelecimento de responsabilidades claras de cada ente federado de forma a diminuir as competências concorrentes e a tornar mais claro quem deve fazer o quê, contribuindo, assim, para o fortalecimento da gestão compartilhada e solidária do SUS”<sup>174</sup>.

---

<sup>172</sup> BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria n. 399**. Divulga o Pacto pela Saúde 2006 – Consolidação do SUS e aprova as Diretrizes Operacionais do Referido Pacto. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 de fevereiro de 2006. Disponível em: [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt0399\\_22\\_02\\_2006.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt0399_22_02_2006.html). Acesso em: 10 ago. 2020.

<sup>173</sup> JORGE, Ighor Rafael de. A base normativa da Política de Assistência Farmacêutica: Os efeitos da atividade normativa infralegal. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). **Judicialização da saúde**: A visão do Poder Executivo. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 473-474.

<sup>174</sup> Ibid., p. 474.

É fato que não seria possível a realização de políticas públicas de fornecimento de medicamentos sem a instauração de protocolos mínimos, capazes de padronizar ao máximo e sempre que possível os fármacos que serão fornecidos administrativamente através do SUS. Nesse sentido, o Decreto nº 7.508/2011 dispõe sobre a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME que compreende a “seleção e a padronização dos medicamentos indicados para atendimento de doenças e agravos no âmbito do SUS (art. 25 do Decreto nº 7.508/2011) que será acompanhado pelo Formulário Terapêutico Nacional – FTN, trazendo a prescrição, a dispensação e o uso dos medicamentos (art. 25, parágrafo único, do Decreto nº 7.508/2011).

Segundo os termos do Decreto nº 7.508, competirá ao Ministério da Saúde a publicação e atualização da RENAME e do respectivo FTN, a cada dois anos (art.26, parágrafo único). No entanto, é cediço que a pesquisa científica evolui muito rápido, principalmente na área da farmacologia, ocorrendo a desatualização da listagem federal de medicamentos, uma vez que novos medicamentos são colocados no mercado, trazendo novas possibilidades terapêuticas que se apresentem mais adequadas aos casos clínicos dos usuários SUS.

O Decreto nº 7.508/2011 disciplina também que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão adotar relações específicas e complementares de medicamento, respeitando a responsabilidade dos entes pelo financiamento dos fármacos (art. 27 do Decreto nº 7.508/2011).

Acerca da assistência farmacêutica, esse decreto explicita que o acesso universal e igualitário, princípios basilares do Sistema Único de Saúde, pressupõe, de forma cumulativa, que o usuário esteja assistido por ações e serviços de saúde do SUS; o medicamento deva ser prescrito por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS; haja a dispensação do fármaco ocorrida em unidades indicadas pela direção do SUS, além da prescrição estar em conformidade com a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais, com os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas do SUS, bem como o fármaco deve estar presente na relação de medicamentos complementares estadual, distrital ou municipal (art. 28 do Decreto nº 7.508/2011).

Cordeiro dispõe que a Assistência Farmacêutica é classificada em 03 (três) blocos de financiamentos diversos, a saber: “Componente Básico da Assistência Farmacêutica, Componente Estratégico de Assistência Farmacêutica e Componente de Medicamento de Dispensação Excepcional”<sup>175</sup>.

---

<sup>175</sup> CORDEIRO, 2010, p. 100.

Sobre a forma de alocação de recursos para compra dos fármacos no âmbito do SUS, a autora destaca ainda três possibilidades: “financiamento direto pela União aos Estados e Municípios; co-financiamento da União e dos Estados e repasse direto dos medicamentos”<sup>176</sup>.

Os chamados medicamentos essenciais, relacionados à atenção primária em saúde, compõem o Componente Básico da Assistência Farmacêutica, destinando-se à satisfação das necessidades mínimas de saúde dos usuários, motivo pelo qual, pelas diretrizes do SUS, devem estar disponíveis através das Secretarias Estaduais ou Municipais de Saúde. No mais, o seu financiamento ocorre pela transferência de recursos da União, de acordo com a população dos Estados e Municípios, cabendo “contrapartida destes entes no financiamento por meio de recursos financeiros ou de insumos”<sup>177</sup>. O programa de dispensação de medicamentos essenciais pode se dar de forma centralizada, quando os Estados e Municípios recebem os recursos federais e diretamente efetuam a compra dos fármacos ou, de forma descentralizada, quando o próprio Ministério da Saúde adquire os medicamentos e insumos e os repassa aos Estados e Municípios<sup>178</sup>.

Os medicamentos que compõem o Componente Estratégico de Assistência Farmacêutica são aqueles relacionados “ao controle de endemias como tuberculose, a hanseníase, a malária, a leishmaniose, a doença de Chagas e outras doenças endêmicas de abrangência regional ou nacional, além de anti-retrovirais dos Programas de DST/AIDS, Sangue, Homoderivados e Imunobiológicos”<sup>179</sup>. Em virtude da gravidade, tais fármacos são adquiridos diretamente pelo Ministério da Saúde e distribuídos aos Estados e Municípios.

Em seu turno, os fármacos e insumos, que compõem o “Componente de Medicamento de Dispensação Excepcional”, possuem cofinanciamento federal e estadual, pois são utilizados para o tratamento de enfermidades específicas que atingem um número limitado de pacientes e tratamentos contínuos e prolongados<sup>180</sup>.

A Política Nacional de Medicamentos foi estabelecida pelo Ministério da Saúde através da Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998, que apresenta um anexo contendo justificativa, diretrizes, prioridades, responsabilidades, acompanhamento e sua avaliação. Conforme tratado por Bucci<sup>181</sup>, o propósito da política de medicamentos é mais amplo que a assistência

---

<sup>176</sup> CORDEIRO, 2010, p. 100.

<sup>177</sup> Ibid., p. 101.

<sup>178</sup> Ibid., p. 101.

<sup>179</sup> Ibid., p. 101-102.

<sup>180</sup> Ibid., p. 102.

<sup>181</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde: Um estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coord.). **Judicialização da saúde: A visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 43.

farmacêutica, pois abrange “a produção de medicamentos, a regulamentação sanitária, o desenvolvimento científico e tecnológico, dentre outros objetivos”<sup>182</sup>.

Bucci assevera que na sistemática da atual política de medicamentos, tem a RENAME uma função central de racionalização, servindo como “vetor de organização da produção e provisão de medicamentos, ao mesmo tempo em que institucionaliza, em termos, o compromisso de disponibilidade e fornecimento”<sup>183</sup>.

Sobre a RENAME, que é um importante instrumento de análise acerca da dispensação de medicamentos, vale ressaltar o seu caráter dinâmico, principalmente em virtude da necessidade de atualização periódica como uma de suas prioridades. O processo de atualização de tal lista era intermitente e sem previsibilidade, situação que enfraquecia o seu caráter de referência, deixando a lista de ser vista como “o rosto da política pública”<sup>184</sup>.

A Lei nº 12.401/2011, que alterou a Lei nº 8.080/1990, precisamente em seu art. 19-M, dispõe sobre a assistência terapêutica integral, que consiste em:

- I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011);
- II - oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde - SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado<sup>185</sup>.

Em sequência o Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, possui caráter organizacional, disciplinando o planejamento da saúde, reforçando a importância da RENAME e de outros instrumentos, como o Formulário Terapêutico Nacional e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT), além de adotar nova listagem denominada Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES), com atualização bianual, com o fito de fortalecer a capacidade de articulação entre os órgãos do SUS<sup>186</sup>.

<sup>182</sup> BUCCI, 2017, p. 43.

<sup>183</sup> Ibid., p. 44-45.

<sup>184</sup> Ibid., p. 47.

<sup>185</sup> BRASIL. **Lei nº 12.401**. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 de abril de 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm). Acesso em ago. 2020.

<sup>186</sup> BUCCI, op. cit., p. 51.

Sobre a listagem de medicamentos, Bucci<sup>187</sup> aponta que existem limites que são ressaltados nas ações judiciais sobre o direito à saúde, destacando que o primeiro deles é o econômico, marcado pela contraposição entre “a velocidade no desenvolvimento de novas tecnologias terapêuticas e a escassez de recursos dos orçamentos da saúde pública”<sup>188</sup>, além de existir uma tensão decorrente do “aumento da expectativa de vida da população e a demanda crescente de tratamento, em paralelo com os valores elevados das inovações produzidas continuamente pela indústria farmacêutica”<sup>189</sup>.

Na Lei nº 8.080/1990, existia o art. 19-S que dispunha:

O impacto econômico da incorporação do medicamento, produto ou procedimento às tabelas do SUS não poderá motivar o indeferimento da sua incorporação ou o deferimento da sua exclusão das tabelas, salvo quando a doença ou o agravo à saúde para cuja promoção, proteção ou recuperação o medicamento, o produto ou o procedimento se destinar estiver plena e expressamente contemplada em protocolo clínico e em diretrizes terapêuticas específicas<sup>190</sup>.

As razões que motivaram o veto ao artigo 19 constam na Mensagem nº 113, de 28 de abril de 2011, *in verbis*:

A incorporação de medicamentos, produtos e procedimentos no âmbito do Sistema Único de Saúde é precedida de análise quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e relação custo-efetividade, conforme previsto no parágrafo único do art. 19-O do próprio projeto. A exclusão deste último critério pode acarretar prejuízo ao atendimento da população, além de inviabilizar a negociação com fornecedores visando a redução dos custos, com a consequente otimização e racionalização da aplicação dos recursos públicos<sup>191</sup>.

Compete destacar que as listas públicas de medicamentos são criadas tendo como referência o atendimento médio padrão direcionado aos usuários em grupos e escalas (população diabética, população de crianças, população de idosos, dentre outros)<sup>192</sup>. Também é importante se ater que as amplas listas do Sistema Único de Saúde não garantem por si só o acesso do usuário aos bens e serviços listados, até porque, na realidade, verifica-se situações de descompasso entre os itens ofertados e os oferecidos<sup>193</sup>.

<sup>187</sup> BUCCI, 2017, p. 55.

<sup>188</sup> Ibid., p. 55.

<sup>189</sup> Ibid., p. 55-56.

<sup>190</sup> BRASIL. **Mensagem nº 113**, de 28 de abr. de 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Msg/VEP-113.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Msg/VEP-113.htm). Acesso em: 24 de ar. 2021.

<sup>191</sup> BRASIL, Mensagem nº 113, 2011.

<sup>192</sup> BUCCI, 2017, p. 57.

<sup>193</sup> Ibid., p. 59.

Tanto a Lei nº 8.080/90 (art. 19-T), quanto o Decreto nº 7.508 (art. 29), direcionam-se para vetar o fornecimento de medicamentos que não estejam com o devido registro perante a ANVISA, questão que já foi objeto do Recurso Extraordinário nº 657.718 no qual o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, decidiu pela não obrigatoriedade do Estado em fornecer fármacos não registrados perante a agência sanitária, exceto em casos excepcionais, o que será melhor abordado no capítulo três desta pesquisa.

Em observância às disposições constitucionais e legislações ordinárias que regem o Sistema Único de Saúde, foram desenvolvidas políticas públicas de fornecimento de medicamentos para os usuários, o que deveria, a princípio, se dar de forma administrativa. Porém, em decorrência de diversos fatores que serão analisados no capítulo subsequente, diante da negativa do fornecimento dos fármacos prescritos pela via administrativa, os indivíduos acabam procurando o Poder Judiciário, deflagrando a judicialização do direito à saúde que se concretiza no fornecimento dos fármacos que lhes são necessários, havendo expressivo número de ações judiciais.

## **CAPÍTULO 02 – A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E O FORNECIMENTO PÚBLICO DE MEDICAMENTOS**

O presente capítulo tratará especificamente sobre os efeitos da judicialização e da atividade ativista dos magistrados nas ações em que se pretende o recebimento de fármacos em face dos entes públicos. Na abordagem, serão apontados os conceitos de políticas públicas como instrumentos de concretização dos direitos constitucionais, dentre os quais se destaca o direito fundamental e social à saúde.

Em sequência, será feito um estudo dos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial e sua correlação com o direito à saúde, sobretudo em seu viés prestacional atrelado às políticas públicas de fornecimento de medicamentos.

### **2.1 O papel das políticas públicas**

A seara das políticas públicas se mostra tão complexa que se tornou área específica de estudos, tratando-se de uma disciplina acadêmica que surgiu no Estados Unidos na tentativa de romper com a tradição europeia que se concentrava, com maior ênfase, na análise do Estado e de suas instituições do que na própria produção dos governos<sup>194</sup>.

Desse modo, enquanto na Europa os estudos sobre as políticas públicas se deram através de um desdobramento dos trabalhos já realizados acerca das teorias explicativas sobre o papel do Estado e, uma de suas mais importantes instituições: o próprio governo, nos Estados Unidos surge uma nova disciplina com enfoque nos estudos sobre a ação dos governos de forma autônoma<sup>195</sup>.

A importância de se analisar as políticas públicas se deve ao fato de que nas ditas democracias estáveis, tudo aquilo que o governo faz ou deixa de fazer pode ser formulado cientificamente e analisado por pesquisadores de forma independente, situação que se torna um pressuposto da disciplina que emergiu como subárea da ciência política.

O início das políticas públicas no seio dos próprios governos é um produto da Guerra Fria, sendo introduzida nos Estados Unidos através dos trabalhos de matemáticos, cientistas políticos, analistas de sistemas, engenheiros, sociólogos, dentre outros que foram influenciados

---

<sup>194</sup> SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Revista Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 21-22.

<sup>195</sup> *Ibid.*, p. 22.

pela teoria dos jogos de Neuman, tentando demonstrar que “uma guerra poderia ser conduzida como um jogo racional”<sup>196</sup>.

Desse modo, verifica-se que desde os primórdios de sua concepção as políticas públicas foram pensadas num viés multidisciplinar, ou seja, utilizando-se de diversas áreas do conhecimento com a finalidade de propiciar a maior efetividade e eficiência das ações dos governos.

Muitos autores se dedicam ao estudo das políticas públicas, principalmente aquelas ligadas diretamente com a concretização dos direitos fundamentais e sociais, declinados na Constituição Federal de 1988, sendo importante, como primeira análise, verificar o seu conceito e finalidade.

Sendo assim, Souza leciona que “do ponto de vista teórico-conceitual, a política pública em geral e a política social em particular são campos multidisciplinares, e seu foco está nas explicações sobre a natureza da política pública e seus processos”<sup>197</sup> cuja execução repercute na economia e na própria sociedade.

Em seu turno, Lopes<sup>198</sup> conceitua as políticas públicas, pela perspectiva jurídica, como conjunto heterogêneo de medidas que envolvem leis programáticas, por consequência, orçamento de despesas e receitas.

Sobre o conceito de políticas públicas, Teixeira afirma que:

são diretrizes, princípios norteadores de ação do poder público; regras e procedimentos para as relações entre poder público e sociedade, mediações entre atores da sociedade e do Estado. São, nesse caso, políticas explicitadas, sistematizadas ou formuladas em documentos (leis, programas, linhas de financiamentos) que orientam ações que normalmente envolvem aplicações de recursos públicos. As políticas públicas traduzem, no seu processo de elaboração e implantação e, sobretudo, em seus resultados, formas de exercício do poder político, envolvendo a distribuição e redistribuição de poder, o papel do conflito social nos processos de decisão, a repartição de custos e benefícios sociais. Como o poder é uma relação social que envolve vários atores com projetos e interesses diferenciados e até contraditórios, há necessidade de mediações sociais e institucionais, para que se possa obter um mínimo de consenso e, assim, as políticas públicas possam ser legitimadas e obter eficácia<sup>199</sup>.

<sup>196</sup> SOUZA, 2006, p. 23.

<sup>197</sup> SOUZA, 2006, loc. cit.

<sup>198</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos subjetivos e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 134.

<sup>199</sup> TEIXEIRA, Elenaldo Celso. **O papel das políticas públicas no desenvolvimento local e na transformação da realidade**. 2002. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/a\\_pdf/03\\_aatr\\_pp\\_papel.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/a_pdf/03_aatr_pp_papel.pdf). Acesso em: 02 set. 2020. p. 02.

Bucci ressalta que políticas públicas são programas de ação governamental que buscam a coordenação dos meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, tratando-se de metas coletivas conscientes<sup>200</sup>.

Sobre o papel das políticas públicas, importante destacar o estudo de Lini<sup>201</sup> ao apontar que numa sociedade de consumo, marcada pelas disparidades de acesso aos bens, o Estado deve agir para, no mínimo, atenuar as diferenças existentes entre os detentores dos meios de produção e daqueles que, nem ao menos, conseguem obter sua manutenção básica com o fim de garantir a ordem social. Desse modo, as políticas públicas devem garantir o atendimento das necessidades humanas básicas, servindo como instrumento de cidadania.

Nesse ponto, percebe-se a ligação existente entre o papel das políticas públicas e os fundamentos da metateoria do direito fraterno, tratada no capítulo anterior, na medida em que a execução de tais políticas se relaciona, intrinsecamente, com a ideia de se colocar no lugar do outro, garantindo harmonia fraterna na sociedade ao se buscar instrumentos de garantia de cidadania.

A edição de uma lei voltada à instituição de uma política pública para a promoção de um determinado direito se apresenta como ponto de partida indispensável. Porém, não basta a normatização para a concretização do direito, é preciso que a política seja colocada em prática e se mostre eficiente ao fim almejado. Desse modo, uma vez implantada a norma, será preciso verificar se os resultados esperados estão sendo, de fato, produzidos e se as políticas públicas estão sendo eficientes<sup>202</sup>.

A execução das políticas públicas é procedimento complexo que compreende uma série de fases para que seja possível o alcance dos objetivos constitucionais, tendo, como regra geral, as etapas de formulação, implementação e avaliação.

A fase de formulação compreende a formação de uma agenda, momento em que será verificada uma prioridade pública que represente uma necessidade social. Representa a etapa de elaboração da política pública, com a identificação e a delimitação do problema que será tratado, além de determinar as escolhas das alternativas modais e a avaliação dos custos e

---

<sup>200</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241.

<sup>201</sup> LINI, Priscila. Políticas públicas na fronteira trinacional: o desafio ao pleno exercício da cidadania. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 4, n. 1, 2014, p. 175.

<sup>202</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Trinta anos da Constituição de 1988: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e novas questões. *Revista dos Tribunais*, v.996/2018, out., p.79-95. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, p.01-12, 2018. p. 03.

efeitos. Tal fase apenas é encerrada quando a escolha da alternativa existente for formalizada por meio de uma norma jurídica<sup>203</sup>.

Em seu turno, a fase de implementação refere-se à etapa de planejamento e organização do aparelho administrativo, englobando diversos fatores tais como: recursos humanos, materiais, tecnológicos e financeiros. A referida etapa também abrange a execução e o acompanhamento das atividades desenvolvidas para que, ao final, seja realizada uma avaliação de todo o seu processo e dos efeitos produzidos na sociedade<sup>204</sup>, positivos e/ou negativos.

Compete esclarecer que tais etapas não ocorrem sempre de forma linear, uma vez que podem ocorrer inúmeros fatores capazes de alterar os critérios de criação e de organização das políticas públicas como, por exemplo, a intervenção judicial que também atua como uma variável neste processo, na medida em que permite a participação de atores afastados dos centros das decisões, além de servir para redirecionar a atividade estatal para uma pauta mínima representada pelo conteúdo substancial dos direitos fundamentais<sup>205</sup>.

Desse modo, nota-se que a judicialização do direito também pode atuar como fator a ser observado no processo de elaboração, execução e avaliação de políticas públicas. No caso específico do direito à saúde, em razão do número elevado de ações que chegam ao judiciário buscando o recebimento de prestações dessa natureza, não há como o administrador afastar o fator da intervenção judicial na realização das políticas públicas de saúde.

Saraiva reafirma que o planejamento estatal, principalmente na execução de políticas públicas, não é pautado apenas em critérios técnicos, existindo tensões em sua formulação. O autor salienta que na elaboração das políticas as percepções e interesses dos atores individuais entram em todos os estágios, o que torna a atividade problemática, já que muitas vezes a “política é vista como barganha, o meio ambiente como conflitivo e o processo mesmo é caracterizado pela diversidade e pelas suas limitações”<sup>206</sup>.

Secchi<sup>207</sup>, utilizando a expressão ciclo de política pública, também trata das fases de elaboração das políticas públicas, considerando a existência de sete estágios em seu processo, compreendidos na identificação do problema, formação da agenda, formulação de alternativas, tomada de decisão, implementação, avaliação e a sua extinção.

---

<sup>203</sup> PASSOS, Daniel Silva. **Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade**. São Paulo: Saraiva, 2014. E-book.

<sup>204</sup> PASSOS, 2014, loc. cit.

<sup>205</sup> PASSOS, 2014, loc. cit.

<sup>206</sup> SARAIVA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Orgs.). **Políticas Públicas: Coletânea**. Brasília: ENAP, 2006. p. 33.

<sup>207</sup> SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2º Ed. São Paulo: Cengage Learning, 2014. p. 33.

Interessante se mostra a conceituação de Secchi<sup>208</sup> sobre a fase de identificação do problema, salientando que um problema público é identificado como a diferença entre o que é com aquilo que se esperava que fosse a realidade pública. Trazendo o conceito do autor para a temática do fornecimento de medicamentos pelo SUS, o problema público basilar é o não acesso por boa parte da população aos fármacos indispensáveis à manutenção ou ao restabelecimento de sua saúde, pois se esperava que uma sociedade evoluída seria aquela cujos indivíduos possuíssem acesso às prestações básicas de saúde.

Enquanto a fase de agenda se refere ao conjunto de problemas considerados relevantes<sup>209</sup>, a fase de construção de alternativas “é o momento em que são elaborados métodos, programas, estratégias ou ações que poderão alcançar os objetivos estabelecidos”<sup>210</sup>. Em seu turno, a fase de tomada de decisão refere-se ao momento em que o administrador irá equacionar os interesses dos atores envolvidos e os objetivos e métodos necessários para enfrentar o problema público selecionado<sup>211</sup>.

Para Secchi, somente após ultrapassadas as fases de planejamento, é que a política pública poderá ser de fato implantada, competindo ao administrador “visualizar erros anteriores à tomada de decisão, a fim de detectar problemas mal formulados, objetivos mal traçados, otimismo exagerados”<sup>212</sup>.

A fase de planejamento é de suma importância para a execução de políticas públicas que sejam possíveis de atender aos administrados, inclusive garantindo a universalização do atendimento, como no caso das ações públicas de saúde, até mesmo pelo fato de que, uma vez que determinada política se encontra em execução, via de regra, deverá também ser garantido aos cidadãos a exigência de sua efetividade, se preciso até mesmo através do judiciário.

Em resumo, a tipologia que considera o ciclo de política pública, a concebe como “um ciclo deliberativo, formado por vários estágios e constituindo um processo dinâmico e de aprendizado”<sup>213</sup>.

Para o estudo de políticas públicas, é necessário se ater que compete ao Estado a realização de várias atividades em prol da coletividade, devendo, para tanto, ser realizado um planejamento estratégico capaz de eleger as prioridades e metas governamentais, além da

---

<sup>208</sup> SECCHI, 2014, p. 34.

<sup>209</sup> Ibid., p. 37.

<sup>210</sup> Ibid., p. 37.

<sup>211</sup> Ibid., p. 40.

<sup>212</sup> Ibid., p. 45.

<sup>213</sup> SOUZA, 2006, p. 29.

escolha dos meios adequados para a busca do bem comum, o que se revela como uma ação discricionária, conforme tratado por Siqueira Junior<sup>214</sup>.

No entanto, em determinadas políticas públicas, o Estado é obrigado a agir, afastando a ideia de discricionariedade da administração pública, já que o Estado Democrático e Social de Direito reclama a efetivação dos objetivos consagrados pela Constituição, passíveis de vincular os órgãos do Estado e, até mesmo, a depender da sociedade civil<sup>215</sup>.

Assim, Bedin<sup>216</sup> destaca que, enquanto a aplicabilidade dos direitos negativos, individuais e sociais, não necessita, salvo exceções, da intervenção ativa do Estado para se efetivarem, o mesmo não se verifica com os direitos sociais que demandam ações prestacionais, pois tais direitos reclamam uma conduta positiva do Estado para serem concretizados, seja por meio da atividade legislativa e/ou de atos administrativos, necessitando, inclusive de alocação de recursos.

De acordo com Krell<sup>217</sup>, os direitos fundamentais sociais “não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais”. Desse modo, o Estado deve atuar por meio de sua função legislativa, de atos administrativos e de políticas públicas sociais (de educação, saúde, assistência, previdência, dentre outros) voltadas a tutelar os direitos constitucionais.

Sarlet<sup>218</sup> leciona que os direitos sociais prestacionais estão intrinsecamente ligados às funções de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos disponíveis, além da dispensação de bens essenciais que não estão à disposição, de modo equânime, para todos os indivíduos.

Os direitos prestacionais não se realizam sem uma precedente regulamentação, uma política, um serviço e uma disposição orçamentária, motivo pelo qual possuem natureza prospectiva, inerente à decisões voltadas para o futuro<sup>219</sup>, o que se dá por intermédio da concretização de políticas públicas.

<sup>214</sup> SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. A evolução do Estado. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, v. 2, p. 661-689, maio/2011. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, 2011. p. 08.

<sup>215</sup> Ibid., p. 08.

<sup>216</sup> BEDIN, Débora Cristina Roldão. A efetivação dos direitos sociais pelo poder judiciário e a reserva do possível. **Revista de Direito Público**, Londrina, v. 4, n. 2, p. 12-28, maio/ago., 2009. p. 13.

<sup>217</sup> KRELL, Andreas Joaquim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os(des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 19-20.

<sup>218</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 304.

<sup>219</sup> MOREIRA, Reinaldo Daniel. A efetivação judicial dos direitos sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 75/2011, abr-jun, p. 309-334. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, p.1-18, 2011. p. 05.

Na presente dissertação, destacam-se as políticas públicas de fornecimento de medicamentos que se concretizam através do Sistema Único de Saúde, com fulcro no aparato legislativo e constitucional explicitado no capítulo anterior.

Conforme já tratado, a Lei nº 8.080/1990 prevê, entre outras prescrições, o acesso dos usuários do Sistema Único de Saúde à integralidade das prestações necessárias ao restabelecimento e/ou manutenção da saúde, incluindo a assistência farmacológica, consistente no fornecimento dos medicamentos, respeitando a limitação dos protocolos do SUS e a divisão de competências instituídas para o atendimento público.

Em resumo, o administrado que utiliza a rede de saúde pública, ao receber a prescrição médica determinando o uso de qualquer medicamento, poderá requerer diretamente aos entes federativos o recebimento do fármaco por meio do Sistema Único de Saúde, tendo satisfeita a sua pretensão quando atendida as determinações legais, principalmente se o produto pretendido se encontrar elencado no rol de fármacos padronizados pela Administração, seja em nível municipal, estadual ou federal.

Embora exista a execução de políticas públicas para dispensação de medicamentos, poderá ocorrer situações em que os indivíduos não consigam receber os fármacos pela via administrativa, seja em virtude de prescrições médicas que não estão incluídas nos protocolos do SUS, seja pela escassez de recursos, má administração e organização pública, dentre outros fatores, o que acaba deflagrando ações judiciais por meio do fenômeno da judicialização da saúde.

## 2.2 A judicialização

Sobre o conceito de judicialização, Barroso entende que

[...] a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro<sup>220</sup>.

O fenômeno da judicialização reflete o fato de que as questões políticas e sociais que estariam sujeitas ao campo do processo político majoritário, que competiriam ao legislativo e à

---

<sup>220</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: [https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf). Acesso em: 26 jan. 2017. p. 41.

discricionariedade administrativa, passam a ser enfrentadas e decididas pelo Poder Judiciário, principalmente com o objetivo de preservar a supremacia da Constituição<sup>221</sup>.

A judicialização reflete a dependência, cada vez mais latente, dos tribunais diante das questões de políticas públicas e das controvérsias políticas. O fenômeno envolve um processo complexo e não uniforme que, em regra, inicia-se pela lacuna deixada pelo legislativo ou executivo na normatização e execução de políticas ou definição de orçamento público para a realização de suas ações<sup>222</sup>.

Barroso<sup>223</sup> afirma que uma das principais causas da judicialização é decorrente do processo de redemocratização do Brasil com o novo paradigma constitucional de 1988 que revelou a constitucionalização de uma série de direitos, especialmente os sociais, trazendo a sistemática do controle de constitucionalidade.

Segundo Moreira e Garcia<sup>224</sup>, a judicialização é um fenômeno mundial que ressalta a organização política das democracias contemporâneas, assentadas nas Constituições e, em sua grande maioria, dotadas de Tribunais Constitucionais, afirmando que, quanto mais analítica for a Constituição, “menos se reserva à competência e à atuação do legislador, do parlamentar ou dos tradicionais atores da democracia representativa”<sup>225</sup>, retirando matérias do debate majoritário e transformando-as em normas constitucionais.

Desse modo, a judicialização também pode ser encarada como “um fato que decorre do arranjo institucional existente na opção política feita pelo constituinte que constitucionalizou muitas matérias e converteu todos os juristas e juízes em intérpretes e aplicadores da Constituição”<sup>226</sup>. No entanto, é importante se ater que esse fenômeno possui limites, pois somente será legítima a judicialização do direito que cause reflexos em políticas públicas, refletindo metas previstas no texto constitucional<sup>227</sup>.

Ao tratar da judicialização que causa efeitos nas políticas públicas, é importante compreender que, em sua grande maioria, versa sobre a concretude de direitos fundamentais,

<sup>221</sup> MOURA, Emerson Affonso da Costa. Judicialização, Ativismo e Direitos Fundamentais: A garantia dos pressupostos essenciais ao processo democrático pelas cortes constitucionais. **Revista do Direito Público**, Londrina, v.9, n.1, p.227-244, jan./abr.2014. p. 231.

<sup>222</sup> ANDRADE, Mariana Dionísio de; ROSA, Beatriz de Castro; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro. O *accountability* do serviço público de saúde e a atuação institucional no estado do Ceará. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 3, p.124-144, 2018. p. 134.

<sup>223</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 322-323.

<sup>224</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GARCIA, Ivan Simões. Judicialização e justificação na concretização dos Direitos Fundamentais Sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 103/2017, set./out., p. 121-137. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, p. 01-12, 2017. p. 04.

<sup>225</sup> Ibid., p. 04

<sup>226</sup> Ibid., p. 04

<sup>227</sup> Ibid., p. 05.

conforme tratado por Sarlet, gozando de eficácia imediata (artigo 5º, parágrafo primeiro, da Constituição). Para o autor, tal aplicabilidade imediata possui caráter principiológico, atuando como espécie de mandado de otimização, estabelecendo a exigência para que os órgãos estatais atuem de forma capaz de propiciar a maior eficácia possível aos direitos tutelados<sup>228</sup>.

A respeito da concretização das normas constitucionais, Sarlet relata que:

A necessidade de uma concretização legislativa não se reconduz, todavia, tão somente ao aspecto da determinação do conteúdo, já que os direitos de defesa, de regra, também contêm formulações de cunho aberto e vago, mas que nem por isto deixam de ser diretamente aplicáveis pelos órgãos judiciais, mediante o recurso à interpretação, sem que se cogite – neste particular – de ofensa ao princípio da separação dos poderes. A necessidade de interposição legislativa dos direitos sociais prestacionais de cunho programático justifica-se apenas (se é que tal argumento pode assumir feição absoluta) pela circunstância – já referida – de que se cuida de um problema de natureza competencial, porquanto a realização destes direitos depende da disponibilidade dos meios, bem como – em muitos casos – da progressiva implementação e execução de políticas públicas na esfera socioeconômica<sup>229</sup>.

Não se nega que o judiciário possui uma responsabilidade solidária pela concretização dos direitos inseridos na Constituição Federal, na medida em que todos os poderes da União são corresponsáveis pela efetivação dos direitos fundamentais e sociais, porque a atuação judicial no processo de políticas públicas se mostra como condição *sine qua non* da força imperativa das normas constitucionais<sup>230</sup>.

Nesse sentido, é importante se ater ao Princípio da Maior Extensibilidade que aponta para a necessidade de propiciar ao direito fundamental uma interpretação ampla em decorrência de sua alta carga valorativa, devendo ser interpretado da forma mais abrangente possível<sup>231</sup>.

### **2.3 A legitimidade do Poder Judiciário e o fenômeno da judicialização**

Na atualidade, a crescente importância do Poder Judiciário, principalmente na mediação das relações sociais, enseja o fenômeno da judicialização do direito, revelando que questões de

---

<sup>228</sup> SARLET, 2008. p. 289.

<sup>229</sup> Ibid., p. 312.

<sup>230</sup> PASSOS, 2014, e-book.

<sup>231</sup> COSTA, Fabricio Veiga; MOTTA, Ivan Dias da; ARAÚJO, Dalvaney Aparecida de. Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 7, nº 3, 2017, p. 856.

grande repercussão social estão sendo decididas no âmbito do judiciário e não por meio das instâncias políticas tradicionais: o legislativo e o executivo<sup>232</sup>.

Seguindo tal tônica, sabe-se que de forma prioritária os direitos sociais devem ser concretizados pelo Poder Legislativo que tem a função de positivizar o ordenamento jurídico e pelo Poder Executivo cuja função seria de administrar a máquina pública com base no que foi positivado. Porém, nos casos em que ocorrem falhas nas funções típicas dos poderes, será possível que o Judiciário, por intermédio dos remédios constitucionalmente previstos, possa agir suprindo as omissões e/ou afastando as ilegalidades eventualmente impetradas pelo executivo e o legislativo<sup>233</sup>.

Mostra-se relevante o ensinamento de Passos, ao afirmar que a neutralização do judiciário implica na “supremacia do legislativo ou na hipertrofia do executivo”, situações que devem ser evitadas, pois se tem verificado que o legislativo vem se mostrando incapaz de acompanhar a dinâmica de desenvolvimento da sociedade e a administração pública corre perigo de maior suscetibilidade de abusos e opressão autoritária<sup>234</sup>.

Desse modo, o fenômeno da judicialização da saúde, objeto de análise no presente trabalho, aponta para uma tendência nacional de colocar o Poder Judiciário como principal responsável pela concretização dos direitos sociais e fundamentais, estendendo as suas competências para além de suas funções típicas, o que inclusive causa reflexos na imagem e no papel dos demais poderes.

Conforme analisado por Martins<sup>235</sup>, a clássica divisão dos Poderes de Montesquieu sugere que cada Poder teria uma função típica. Porém, a separação das funções não é absoluta, principalmente diante da verificação da omissão do Estado tendente a ofender os direitos fundamentais, situação em que se deve empregar o chamado “Sistema de Freios e Contrapesos”.

É inquestionável que a Constituição de 1988 adotou o modelo montesquiano de separação de poderes, delimitando os três poderes integrantes da União – executivo, legislativo e judiciário (art. 2º da CF/88), o que fora inclusive elevado aos *status* de cláusula pétrea (art.

<sup>232</sup> JABORANDY, Clara Cardoso Machado; MARINI, Sandra Regina Marini, a (Des)judicialização da Política Pública de Saúde a partir do Princípio da Fraternidade. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, vol. 4/2018, jan-mar, p. 115-132. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, 2018, p. 03.

<sup>233</sup> LEITÃO, Andre Studart; SOUSA, Thiago Patrício de; SILVA, Alexandre Antonio Bruno da. A escolha do estado brasileiro pelo direito fundamental à saúde: o dever de financiar medicamentos de alto custo. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 1, 2018, p.775.

<sup>234</sup> PASSOS, 2014, e-book.

<sup>235</sup> MARTINS, Urá Lobato. A judicialização das políticas públicas e o direito subjetivo individual à saúde, à luz da teoria da justiça distributiva de John Rawls. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 311.

60, §4º, III, da CF/88), salientando a sistemática de pesos e contrapesos estabelecidos constitucionalmente.

No entanto, os críticos da intervenção judicial utilizam-se do pensamento montesquiano sem a devida atualização, ignorando a normatividade dos direitos e dos objetivos fundamentais, afastando o contexto do próprio “espírito da lei”, visto que a própria previsão de possibilidade de controle judicial de constitucionalidade já seria suficiente para demonstrar que a teoria montesquiana não foi incorporada ao ordenamento pátrio em sua concepção pura<sup>236</sup>.

No mesmo sentido, Bedin<sup>237</sup> ressalta que o Estado Social moderno reclama a releitura do princípio da separação dos poderes idealizado por Montesquieu no século XVIII para que seja possível a distribuição de poder apta a garantir um sistema eficaz de freios e contrapesos no intuito de garantir os direitos fundamentais contra o arbítrio e a omissão do Estado.

Na mesma linha, Cambi e Nassif<sup>238</sup> afirmam que a divisão de poderes e funções dos entes públicos é apenas uma parte do sistema constitucional, que hoje não comporta mecânicos hermeneuticamente fechados, ao contrário, são orgânicos e autopoieticos.

Sobre a separação de poderes, Fonte afirma que, primeiramente, fora instituída com o intuito de “evitar o arbítrio potencial que decorre da concentração de poderes na figura de um só titular”<sup>239</sup>, e, num segundo momento, para que “haja o efetivo resguardo dos direitos fundamentais”<sup>240</sup>, assumindo a função de garantir o equilíbrio entre minorias e majorias nas decisões públicas. No entanto, o autor afirma que hoje já se reconhece um “caráter fluído” de tal separação, apontando atribuições ditas preferenciais e não exclusivas de cada poder, ocorrendo o entrelaçamento das funções estatais no Brasil.

Fonte afirma que não existe no direito brasileiro contemporâneo, um nítido marco divisório entre os campos de atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário em matéria de políticas públicas destinadas a concretização de direitos fundamentais que possa ser extraído de maneira direta e inequívoca do texto constitucional<sup>241</sup>.

Nesta sistemática de fluidez entre as funções dos poderes, o judiciário vem agindo sistematicamente na garantia dos direitos sociais e fundamentais, como a saúde, através do fenômeno da judicialização.

---

<sup>236</sup> PASSOS, 2014, E-book.

<sup>237</sup> BEDIN, 2009, p. 23.

<sup>238</sup> CAMBI, Eduardo; NASSIF, Diego. Expansão da jurisdição constitucional e separação de poderes: Uma análise sistêmica à luz da cidadania. Revista dos Tribunais, vol. 916/2012, fev., p. 249-263. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, p.01-11, 2012. p. 04.

<sup>239</sup> FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*.

<sup>240</sup> FONTE, 2013, loc. cit.

<sup>241</sup> FONTE, 2013, loc. cit.

Dentre os Poderes do Estado, o Judiciário destaca-se como “um defensor objetivo e independente da ordem constitucional, servindo como uma contraestrutura instituída ou um contrapoder que deve ser capaz de contrariar qualquer ato ou manobras violadoras da Constituição”<sup>242</sup>. Desse modo, caso as leis, políticas públicas ou as omissões do Estado ofendam a Constituição, competirá ao Judiciário o restabelecimento dos atores políticos e de suas posições institucionais, de modo a submetê-los aos regramentos da Lei Maior<sup>243</sup>.

A questão da legitimidade do poder judiciário para intervir em questões afetas a políticas públicas também possui um cunho histórico. Assim, na contemporaneidade, observa-se que a existência de restrições da intervenção judicial “em temas como a escolha de prioridades e a discricionariedade técnica” da administração é ligada a uma concepção antiga, não representando o “arranjo jurídico” da Constituição de 1988<sup>244</sup>.

De acordo com Passos, embora existam diversos argumentos utilizados como óbice para garantir a legitimidade judicial na satisfação dos direitos vigentes, intervindo em políticas públicas, nenhum deles conseguiu de fato eximir a postura ativa do poder judiciário, já que os próprios objetivos e direitos fundamentais consagrados na Carta Magna demonstram o papel que se espera do órgão julgador<sup>245</sup>.

A teoria política mais conservadora traz a preocupação com o exercício moderado desse poder, apegando-se às ideias liberais para sustentar que a intervenção judicial na política ofenderia o princípio constitucional da separação de poderes, pois a atuação jurisdicional acabaria por invadir competências destinadas constitucionalmente ao legislador e ao administrador público. Como crítica, existe o entendimento de que a intervenção judicial poderá trazer soluções diversas das decisões tomadas pelos agentes escolhidos pelo voto do povo, o que poderia ser visto como estranho à maioria democrática, resultando no risco de uma “ditadura do judiciário”<sup>246</sup>.

Outra crítica da intervenção judicial refere-se ao fato de o processo de políticas públicas revelar um aparelhamento complexo e o judiciário, precipuamente construído para apreciação de casos judiciais individuais, não teria condição de realizar a análise necessária, sem que pusesse em risco toda a estrutura feita pelo executivo com critérios técnicos<sup>247</sup>, conforme já analisado no presente trabalho.

---

<sup>242</sup> CAMBI, 2012, p. 04.

<sup>243</sup> Ibid., p. 11.

<sup>244</sup> PASSOS, 2014, e-book.

<sup>245</sup> PASSOS, 2014, loc. cit.

<sup>246</sup> PASSOS, 2014, loc. cit.

<sup>247</sup> PASSOS, 2014, loc. cit.

O direito revela-se como “subsistema autopoietico aberto, que se comunica com outros sistemas (econômico, religiosos, políticos, etc.)”. Assim, a interferência abusiva do judiciário em questões políticas implicaria na desestabilização do próprio sistema, inviabilizando, inclusive, a concretização dos direitos sociais<sup>248</sup>.

No entanto, no que tange ao direito à saúde, em virtude de seu caráter basilar e seu viés de garantir a própria dignidade da pessoa humana com a fruição de todos os demais direitos, conforme tratado no capítulo anterior, não há como afastar a intervenção judicial com o fito de garantir as prestações materiais necessárias, principalmente quando há omissão do poder público diante dos casos concretos.

A judicialização desnuda a ineficiência dos poderes executivo e legislativo para a efetivação constitucional<sup>249</sup>. Sobre a omissão ou ineficiência de tais poderes diante dos direitos prestacionais, inclusive comprometendo a eficácia dos direitos fundamentais e sociais em seu núcleo mínimo, Bedin salienta que “atribui-se ao Estado-Juiz a competência para impor a execução das políticas públicas estabelecidas em lei, bem como para tutelar direitos subjetivos a determinadas prestações independentemente ou além da concretização pelo legislador”<sup>250</sup>.

Jaborandy e Marini, com o devido cuidado, salientam que existem dois eixos analíticos e com posições contrárias no que se refere ao fenômeno da judicialização, sendo um procedimentalista que defendem um judiciário com poderes limitados, e outro substancialista que defende uma postura mais ativa da jurisdição<sup>251</sup>.

Referindo-se à situação do Brasil e seu ditames constitucionais, Jaborandy e Marini destacam que o seu constitucionalismo dirigente resultou no fenômeno da judicialização, causando interferências nas políticas públicas, porém, tal fenômeno deve se dar de forma excepcional, focando na natureza coletiva dos direitos materializados por meio das políticas públicas<sup>252</sup>.

Tal entendimento é atrelado a uma crítica costumeiramente feita ao fenômeno da judicialização da saúde, principalmente em relação ao grande número de ações individuais que buscam o recebimento de prestações materiais para satisfação do direito. Tais ações seriam fatores negativos e passíveis de impossibilitar o atendimento universal das políticas públicas vigentes, pois, nessa visão, o mais adequado seria o ajuizamento de ações coletivas. Essa situação se mostra polêmica e será melhor analisada em outros pontos da presente dissertação.

---

<sup>248</sup> JABORANDY; MARINI, 2018, p. 03.

<sup>249</sup> JABORANDY; MARINI, loc. cit.

<sup>250</sup> BEDIN, 2009. p. 24.

<sup>251</sup> JABORANDY; MARINI, op. cit., p. 04.

<sup>252</sup> JABORANDY; MARINI, op. cit., p. 04.

Conforme tratado por Bucci<sup>253</sup>, para se conhecer, de fato, uma política pública (existência, conformação e adequação), seria preciso buscar informações no Poder Executivo, pois o Judiciário, diante dos casos concretos apresentados, apenas toma ciência de situações reflexas e parcelas da aplicação da política atingida.

Esse entendimento de Bucci revela a tendência doutrinária em estimular um diálogo entre os poderes, principalmente diante de fenômenos como a judicialização da saúde, como uma alternativa apta a minimizar os seus efeitos que a primeira vista podem se mostrar negativos frente à Administração Pública.

Ao tratar do fenômeno da judicialização, mostra-se interessante o estudo do “direito dos pobres no ativismo judiciário”, realizado por Canotilho ao apontar que o ativismo judicial também está relacionado à opção pelos pobres na ciência do direito e na atividade jurisprudencial, no sentido de primar pela proteção dos excluídos, além de levar em consideração as desigualdades fáticas e jurídicas existentes<sup>254</sup>.

Nessa perspectiva, para Canotilho, a “opção pelos pobres” aponta a necessidade de se atender o princípio da solidariedade e os direitos sociais como regras jurídicas, além da necessidade de dar mais relevo às disciplinas que se preocupam com a pobreza como, por exemplo, questões ligadas ao acesso à saúde<sup>255</sup>.

Nessa perspectiva, é importante salientar o papel da judicialização como forma de garantia da satisfação dos direitos fundamentais e sociais, dentre os quais se destaca o direito à saúde, principalmente levando-se em consideração os hipossuficientes sociais em atendimento ao princípio da solidariedade que se relaciona, também, com a perspectiva do Direito Fraternal tratada no primeiro capítulo.

O fenômeno da judicialização existe e está cada vez mais presente nos Tribunais, o que ressalta a importância de interpretá-lo e utilizá-lo de forma a garantir uma perspectiva mais humanística e fraterna ao direito, conforme já exposto no capítulo um, buscando o efetivo respeito aos direitos humanos e fundamentais.

## 2.4 O ativismo judicial

<sup>253</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde: Um estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coord.). **Judicialização da saúde: A visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 35.

<sup>254</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. O direito dos Pobres no Ativismo Judiciário. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA; Érica Paula Barcha (org.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 33-34.

<sup>255</sup> CANOTILHO, op. cit., p.34.

Barroso afirma que a “judicialização e o ativismo judicial são primos”<sup>256</sup>, porém tais fenômenos não detêm as mesmas origens e causas imediatas. Para o autor, a judicialização perpassa pelo modelo constitucional que permite o direito subjetivo de ação em face de uma pretensão resistida por parte da administração, competindo ao Judiciário decidir diante do caso concreto<sup>257</sup>. Por outro lado, o ativismo judicial é atrelado à “escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”<sup>258</sup>, resultante de uma omissão legislativa passível de impedir “que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”<sup>259</sup>.

Segundo Grinover<sup>260</sup>, o controle da constitucionalidade das políticas públicas por intermédio do Poder Judiciário, representa o ativismo judicial que se mostra como um fenômeno jurídico contemporâneo que visa à efetivação não apenas dos direitos declarados, mas também a adequação dos atos do Poder Público e das políticas públicas aos fins do Estado, descritos no artigo 3º da Constituição.

Sobre o ativismo judicial, Moura<sup>261</sup> afirma se referir ao fenômeno em que ocorre uma atuação intensa e ativa do Poder Judiciário em questões políticas e sociais que caberiam precipuamente aos demais poderes, com a finalidade fundamental de garantir a concretização dos valores e fins da carta constitucional, além de preservar a supremacia axiológica e formal da Constituição Federal.

No que se refere ao ativismo dos magistrados, Barroso afirma que

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas<sup>262</sup>.

<sup>256</sup> BARROSO, 2017. p. 06.

<sup>257</sup> BARROSO, 2017, loc. cit.

<sup>258</sup> BARROSO, 2017, loc. cit.

<sup>259</sup> BARROSO, 2017, loc. cit.

<sup>260</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário: O processo – Estudos e pareceres. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2009. p. 39.

<sup>261</sup> MOURA, 2014, p. 232.

<sup>262</sup> BARROSO, op. cit., p. 06.

Boa parte da crítica acadêmica aponta que o ativismo no Brasil encontra-se relacionado com a crise de legitimidade e representatividade democrática, o “que gera um deslocamento entre os órgãos representativos e a sociedade, e a capacidade ou desinteresse em atender as demandas sociais, produzindo um deslocamento do exercício da cidadania para o âmbito do Poder judiciário”<sup>263</sup>.

Segundo Cappelletti<sup>264</sup>, é inerente à atividade dos magistrados serem também criadores do direito, uma vez que ao serem acionados e, devido ao dever legal de julgar, passam a interpretar de modo a esclarecer, integrar, transformar, o que acaba deflagrando um novo direito, o que não significa que sejam legisladores.

Até porque, é cediço que existem diferenças entre o processo legislativo e o processo judiciário. Sobre o tema Cappelletti dispõe que:

do ponto de vista substancial, tanto o processo judiciário quanto o legislativo resultam em criação do direito, ambos são “*law-making processes*”. Mas diverso é o modo, ou se prefere o procedimento ou estrutura, desses dois procedimentos de formação do direito, e cuida-se de perigosos. O bom juiz bem pode ser criativo, dinâmico e “ativista” e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz<sup>265</sup>.

Não há como negar a existência do fenômeno do ativismo judicial nas ações de saúde em que se pretendem prestações materiais em face dos entes públicos, já que existe uma ampla jurisprudência apontando para o exercício de uma hermenêutica constitucional em que os magistrados atuam ampliando o sentido da norma e, até mesmo, desconsiderando diretrizes impostas pelo legislador.

Conforme tratado no capítulo anterior, a legislação infraconstitucional que versa sobre o fornecimento público de medicamentos, estipula uma série de regras a serem seguidas pela administração na execução das políticas públicas de dispensação dos fármacos, tais como: a inclusão das drogas em listagens oficiais, como a RENAME, e a exigência de registro do produto perante a ANVISA. No entanto, não são raras as decisões judiciais que contrariam tais diretrizes legais, utilizando-se de uma interpretação constitucional que, de certa forma, inova nos precedentes legislativos.

---

<sup>263</sup> MOURA, 2014, p. 234.

<sup>264</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 74.

<sup>265</sup> CAPPELLETTI, 1999, loc. cit.

Neste momento não se discute se são ou não corretas tais decisões judiciais, questão que será mais bem analisada doravante, mas sim a verificação de uma postura ativista dos magistrados diante de questões afetas a judicialização da saúde.

Conforme será tratado nos tópicos subsequentes da pesquisa, não são raras as situações em que o magistrado determina o fornecimento de medicamentos que sequer foram incluídos nos protocolos do Sistema Único de Saúde, agindo na contramão da legislação específica com o ânimo de concretizar o direito social e fundamental à saúde, interpretando-o de modo a integrar e ampliar o alcance da norma, o que denota ativismo judicial.

## **2.5 A judicialização da saúde e o fornecimento público de medicamentos**

Por diversos fatores, chegam diariamente ao judiciário ações para que o Estado e seus entes federados custeiem tratamentos médicos ou forneçam medicamentos sob a ótica da tutela do direito à saúde.

Em tais demandas, o magistrado deve equilibrar o direito à saúde e à vida do jurisdicionado com questões complexas orçamentárias dos entes demandados, devendo emanar a sua decisão de acordo com o caso concreto de cada ação em que será aferida a graduação de responsabilidade de cada ente público<sup>266</sup>.

É neste sentido que se opera a “justiciabilidade” que se refere “à exigibilidade que representa a possibilidade de acesso ao aparato jurisdicional para tutela daquilo que se reconheça como direito subjetivo do indivíduo”, já que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece que todos os direitos fundamentais podem ser exigíveis pela via judicial<sup>267</sup>.

É importante se ater a inafastabilidade da competência do Poder Judiciário para apreciar qualquer lesão ou ameaça ao direito, princípio integrante do Estado Democrático de Direito, elevado ao *status* de garantia fundamental, nos termos do artigo 5º, XXXV da Constituição de 1988. Desse modo, qualquer decisão estatal em saúde, exarada pelo executivo e o legislativo, poderá ser levada a apreciação do Poder Judiciário, podendo a função jurisdicional reverter possíveis omissões, ilegalidades e abusos impetrados. Nessa ordem, qualquer cidadão que entender que o seu direito à saúde se encontra vilipendiado, poderá se socorrer do judiciário.

Um das críticas ao fenômeno da judicialização está atrelada aos riscos da legitimidade democrática, tornando necessário o posicionamento de Habermas no sentido de que:

---

<sup>266</sup> LEITÃO; SOUSA; SILVA, 2018, p.775.

<sup>267</sup> LEITÃO; SOUSA; SILVA, 2018, loc. cit.

O exercício do poder político orienta-se e se legitima pelas leis que os cidadãos criam para si mesmos numa formação de opinião e da vontade estruturada discursivamente. Quando se considera essa prática como um processo destinado a resolver problemas, descobre-se que ela deve a sua força legitimadora a um processo democrático destinado a garantir um tratamento racional de questões políticas<sup>268</sup>.

Nas ações em que se pleiteiam o fornecimento de medicamentos em face dos entes públicos, observam-se muitas decisões deferindo pedidos de fármacos que não se encontram padronizados perante o SUS, contrariando os ditames da legislação infraconstitucional, precisamente a Lei nº 8.080/1990, desconsideração ainda, a divisão de competências atribuída pela legislação infraconstitucional ao entes federativos para o fornecimento de drogas da farmácia básica e de uso excepcional ou de alto custo.

Assim, verifica-se que o Poder Judiciário atua desconsiderando os preceitos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, poderes constituídos por agentes democraticamente eleitos e que deveriam, pelo menos em tese, representar a vontade da sociedade, o que denota uma das principais críticas da judicialização.

No entanto, o fenômeno da judicialização deve servir propiciar o gozo dos direitos sociais e fundamentais, principalmente dos mais vulneráveis, que no Brasil se encontram afastados dos centros de poder e nem sempre são devidamente atingidos e representados pelo Poder Legislativo que, por uma questão histórica, ainda representa de forma considerável os interesses das classes dominantes em detrimento dos demais pobres.

Segundo Martins, para a corrente procedimentalista, “a legitimidade do direito seria alcançada através dos procedimentos democráticos”<sup>269</sup>. Assim, a fruição do direito à saúde dependeria da implementação de políticas públicas, o que ensejaria na vedação do proveito individual através de decisões judiciais, já que representaria ofensa ao procedimento democrático, uma vez que os juízes não são eleitos pelo povo e, dentro desta perspectiva, não poderiam decidir sobre assuntos políticos<sup>270</sup>.

Sobre tal posicionamento, destaca-se o entendimento de que o direito à saúde somente pode ser reclamado pela via judicial por meio de demandas de cunho coletivo, afastando o ajuizamento de ações individuais, seguindo a diretriz do utilitarismo clássico criticado por John Rawls. O utilitarismo defende que a “sociedade atenderia à exigência de justiça quando suas

---

<sup>268</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Fábio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 213.

<sup>269</sup> MARTINS, 2015, p. 315.

<sup>270</sup> MARTINS, 2015, loc. cit.

instituições mais importantes estão planejadas de modo a conseguir o maior saldo líquido de satisfação obtido a partir da soma das participações individuais de todos os seus membros”<sup>271</sup>.

Martins, aplicando a teoria da Justiça de John Rawls, concluiu que a corrente que defende a não interferência do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde no plano individual, favorece a soma de vantagens que o Estado obtém ao efetuar previsões orçamentárias e seguir agindo conforme as suas próprias diretrizes, o que implica na corrente utilitarista<sup>272</sup>. Como exemplo, a autora cita que o pensamento utilitarista poderia defender a improcedência da concessão de um direito individual à saúde, já que a concessão inviabilizaria o direito de outros indivíduos, em virtude da escassez de recursos<sup>273</sup>.

Na mesa esteira de raciocínio, Lins afirma que os direitos fundamentais prestacionais foram instituídos para serem fruídos coletivamente e não de modo isolado, alegando que a obtenção de prestação específica por meio de demandas individuais impede que outras pessoas tenham acesso ao mesmo bem<sup>274</sup>. A autora afasta a ideia de que exista um direito subjetivo a prestações públicas, exceto quando se trata do conteúdo do mínimo existencial<sup>275</sup>.

É nesse ponto que a corrente procedimentalista e utilitarista é afastada da presente pesquisa, na medida em que, diante da tutela do direito à saúde, que de forma indiscutível é atrelada ao conteúdo do mínimo existencial, da manutenção da perspectiva da dignidade da pessoa humana, sendo imprescindível, inclusive, para a fruição de todos os demais direitos, não há como negar a possibilidade de apreciação de ações individuais e a devida concessão das prestações indispensáveis para manutenção e/ou restabelecimento da saúde dos indivíduos, conforme análise dos casos concretos apresentados ao judiciário.

Valle<sup>276</sup> afirma a preferência do controle judicial pela via coletiva, de modo que, ao exigir que a Administração Pública formule uma política por tal via, o judiciário estaria agindo em sua função tradicional, encontrando solução pela ação coletiva que possui caráter universalizante.

Em virtude do grande número de ações que versam sobre pedidos de fornecimentos de medicamentos, objeto da presente pesquisa, e, diante do grande impacto que as decisões judiciais de tal natureza causam na execução das políticas públicas vigentes, bem como o caráter

---

<sup>271</sup> MARTINS, 2015, p. 315.

<sup>272</sup> Ibid., p. 320.

<sup>273</sup> Ibid., p. 320.

<sup>274</sup> LINS, Liana Cirne. A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito do Estado**, n. 12, 2008, p. 223-262.

<sup>275</sup> LINS, 2008, loc. cit.

<sup>276</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio. Dever constitucional de enunciação de políticas públicas e autovinculação: caminhos possíveis de controle jurisdicional. **Fórum Administrativo**, n. 82, 2007, p.15.

universalizante das ações públicas de saúde, não há como negar a preferência da judicialização pela via coletiva, o que não afasta a possibilidade de apreciação das demais ações individuais.

A experiência de ações que versam sobre a temática da saúde pública tem demonstrado que o direito vem tratando de demandas que originalmente pertenceriam a outros subsistemas, tais como: o político e o econômico. Em tais ações, a Constituição é utilizada como instrumento de acoplamento estrutural entre os sistemas de política e de direito<sup>277</sup>.

Em resumo, a Constituição permite que o direito trate de questões afetas ao sistema político à luz de seu código próprio – lícito e ilícito -, tornando-se possível a utilização do direito como instrumento para a consecução dos objetivos políticos de reconstrução social, ficando claro que, quando o magistrado aprecia a legalidade de políticas públicas, não invade o campo político, mas, tão somente, aprecia a conformidade de determinado ato com a legislação vigente<sup>278</sup> à luz da Constituição Federal.

Desse modo, depreende-se que nas ações de saúde o magistrado utiliza-se dos preceitos constitucionais e da análise da extensão do direito fundamental e social à saúde, fazendo conexão entre a política e o direito. No entanto, a política não pode contrariar o direito e os seus fundamentos, sob pena de incorrer em ilegalidade a ser aferida pelo controle judicial.

Araújo e Quintal afirmam que para a criação e estruturação das políticas públicas de saúde, é de suma importância o conhecimento da realidade social, das instituições envolvidas, das barreiras existentes e dos preceitos legais para que as decisões dos agentes públicos sejam efetivas ao fim que se pretende<sup>279</sup>. As autoras sustentam, também, que é imprescindível o conhecimento legal-institucional consistente na habilidade de prever e antecipar os possíveis efeitos das políticas de saúde sobre comportamento/ações individuais e coletivas<sup>280</sup>.

É importante frisar que o “setor da saúde é um ambiente complexo, diverso, variado e dinâmico”, motivo pelo qual as decisões que o permeiam são capazes de atingir diversas formas e dimensões, pois envolvem diferentes tipos de atores (políticos ou não), tornando desafiante o agir, não agir ou definir prioridades quando se trata de questões de saúde<sup>281</sup>.

Sabe-se que as políticas públicas de saúde devem ser formuladas sob o prisma da equidade, em respeito à Lei Orgânica do SUS (Lei nº 8.080/90) e aos ditames constitucionais, conforme fora analisado no primeiro capítulo. Acerca da prescrição do art. 196 da Constituição

<sup>277</sup> PASSOS, 2014, e-book.

<sup>278</sup> PASSOS, 2014, loc. cit.

<sup>279</sup> ARAÚJO, Kammilla Éric Guerra de; QUINTAL, Carlota. A judicialização do acesso aos medicamentos em Belo Horizonte: uma questão sobre equidade. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Dossiê especial: Políticas Públicas e o Direito à Saúde no Brasil, v. 8, n. 3, dez., p. 212-235, 2018. p. 219.

<sup>280</sup> ARAÚJO; QUINTAL, 2018, loc. cit.

<sup>281</sup> ARAÚJO; QUINTAL, 2018, loc. cit.

em que saúde é um “direito de todos e dever do Estado”, resta evidente a figura de um Estado interventor que deve atuar positivamente para a efetivação do direito social e fundamental à saúde, o que se dá por meio de políticas públicas capazes de estabelecer as diretrizes aos setores público e privado<sup>282</sup>.

As críticas de Araújo e Quintal são importantes para análise da judicialização da saúde, já que para as autoras o art. 196 da Constituição, que fundamenta a grande maioria do deferimento de medicamentos, “merece a interpretação que o legislador constituinte objetivou alcançar”<sup>283</sup>. As autoras sustentam que “o legislador constituinte não pretendeu um sistema especial aos que acessam o Poder Judiciário que “oferece tudo a todos”<sup>284</sup>, apontando para necessidade de observar os princípios e diretrizes das políticas públicas vigentes.

Assim, o direito à assistência farmacêutica é dependente de políticas e recursos públicos, atrelado à máxima da justiça distributiva, de modo que as necessidades individuais devem ser contextualizadas dentro da política pública de medicamentos existentes, sempre que possível. No entanto, a prática revela que as ações judiciais de concessão de medicamentos se fundam numa análise simplista do texto constitucional, não observando as diretrizes das políticas públicas e desviando recursos, o que abala a sustentabilidade financeira da política<sup>285</sup>.

Porém, é necessário esclarecer que diante da dimensão das problemáticas ligadas ao direito a saúde e, até mesmo, diante da enorme variabilidade dos quadros clínicos dos jurisdicionados, não há como enquadrar todas as necessidades descritas nas demandas judiciais nos padrões estáticos pré-estabelecidos pela Administração e suas políticas públicas. Assim, é que surge a ressalva do “sempre que possível”, visto que as demandas de saúde dependem de análises individuais à luz dos casos concretos apresentados.

As ações que possuem a temática da judicialização da saúde, em virtude de sua intrínseca ligação com o direito à vida, em sua grande maioria, demonstram e comprovam a situação de perigo que o atraso no fornecimento de uma medicação, por exemplo, poderá acarretar à saúde do paciente/jurisdicionado, restando quase sempre explicitado os preceitos da chamada fumaça do bom direito e do perigo do dano iminente e irreparável. Tal situação acaba resultando na obtenção de liminares, até mesmo porque é difícil esperar uma postura diversa do magistrado diante do risco de que o demandante venha a óbito, caso ocorra a negativa de seus pedidos<sup>286</sup>.

---

<sup>282</sup> ARAÚJO; QUINTAL, 2018, p. 220.

<sup>283</sup> Ibid., p. 228.

<sup>284</sup> Ibid., p. 228.

<sup>285</sup> Ibid. p. 220, 226.

<sup>286</sup> LEITÃO; SOUSA; SILVA, 2018, p. 766.

O grande número de ações e a jurisprudência vigente vêm revelando que está sendo substituído o entendimento de que os direitos econômicos e sociais devam ser tratados como meras normas programáticas e sem aplicabilidade imediata, o que afastaria a prestação jurisdicional no caso das demandas de saúde pela “noção de que as normas constitucionais que consagram esses direitos são, não somente normas de eficácia plena, mas cláusulas pétreas que gozam da mais ampla proteção no nosso sistema jurídico”<sup>287</sup>, perspectiva adotada nesta pesquisa.

A grande problemática é que existe um número expressivo de demandas individuais que pleiteiam, em face dos entes públicos, o fornecimento de diversas prestações em saúde, implicando no fenômeno batizado de judicialização, trazendo diversos efeitos como o consumo relevante dos recursos humanos dos órgãos vinculados à função judiciária, acarretando para o Estado, em sentido amplo, diversos custos referentes à tramitação dos feitos e ao atendimento das decisões emanadas em tais ações<sup>288</sup>.

Porém, é importante esclarecer que, principalmente na realidade brasileira e com respaldo constitucional, o próprio Estado chamou para si a responsabilidade de satisfazer a ampla gama de direitos, principalmente os mais basilares como a saúde, diante da alta carga tributária exigida dos cidadãos que, em contrapartida, estão em seu direito de exigir do poder público as prestações que lhe são indispensáveis.

Nessa senda, o grande dispêndio financeiro do Estado para arcar com os custos acarretados pela judicialização da saúde, não pode servir, por si só, para afastar o direito dos administrados, porque igualmente é grande a carga tributária exigida da população brasileira que deve servir à fruição dos direitos fundamentais e sociais.

Carvalho<sup>289</sup> revela em seu estudo sobre a judicialização que, no caso das ações individuais para a obtenção do Poder Público de prestações de saúde, como o fornecimento de medicamentos, os dados empíricos existentes indicam que tais pretensões são amplamente acolhidas pelo Judiciário, pois a compreensão dos juízes massivamente está voltada por uma maior abrangência do direito à saúde constitucionalmente consagrado.

---

<sup>287</sup> AZEVEDO, André Luiz de; OLIVEIRA, Danielle Candido de; RÜDIGER, Dorothee, Et. Al. A implementação dos direitos humanos sociais: O caso da saúde pública, no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 86/2014, jan.-mar., p. 205 – 236, **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, p.1-24, 2014. p. 06.

<sup>288</sup> CARVALHO, Victor Aguiar de. A judicialização da saúde sob o olhar da Análise Econômica do Direito: um exame dos incentivos ao ajuizamento e à solução extrajudicial de conflitos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n° 3, p. 307-326, 2018. p. 309.

<sup>289</sup> *Ibid.*, p. 310.

Segundo o autor<sup>290</sup>, o Judiciário mostrou a tendência de conceder, em sua grande maioria, qualquer objeto demandado por um paciente/jurisdicionado que demonstre não apresentar condições financeiras de arcar com o tratamento e/ou medicamento pleiteado em juízo, sempre que seja prescrito por um médico. Existem situações em que a prescrição não fora sequer feita por profissional vinculado à rede pública de saúde, afrontando a prescrição do artigo 28 da Lei n. 8.080/90. Carvalho aponta que o índice de êxito em tais ações “já foi estimado em aproximadamente 90% (noventa por cento) dos casos”<sup>291</sup>.

Importante destacar que o fenômeno da judicialização das políticas públicas de medicamentos não é causado tão somente por falhas na execução de tais políticas. Em um estudo realizado em 2018, Carvalho<sup>292</sup> exemplifica que é frequente o pleito de fármacos que nunca foram padronizados pelo SUS, ou seja, não fazem parte de nenhuma listagem de medicamentos do sistema público, como a Relação Nacional de Medicamentos – RENAME, situação que fora verificada em 80,6% (oitenta vírgula seis por cento) das ações do tipo que tramitaram no Estado do Rio de Janeiro. Em sequência, o autor revela uma parcela considerável das decisões judiciais determinando o fornecimento de medicamentos não listados, mas que poderiam ser substituídos por alternativas terapêuticas disponíveis no SUS<sup>293</sup>.

No estudo acima descrito, visualiza-se a existência de situações em que inexistente sequer a tentativa de fazer valer a política pública vigente, sendo um raciocínio óbvio a necessidade de determinar que devam ser fornecidos, sempre que possível, os medicamentos que já se encontram padronizados pelo SUS, em detrimento de qualquer outro, sempre que o fármaco atenda o quadro clínico do paciente sem qualquer prejuízo para ele.

Não se nega que a pesquisa científica evolui, implicando no lançamento de novos medicamentos no mercado, com novas tecnologias biomédicas desenvolvidas, que causam menos efeitos colaterais aos pacientes e garantem melhor qualidade de vida dos pacientes, além de serem desenvolvidos novos tratamentos que implicam a cura de patologias até então desconhecidas na seara médica.

Como tratado no capítulo anterior, a listagem de medicamentos padronizados denominada RENAME, será publicada pelo Ministério da Saúde a cada dois anos, nos termos do artigo 26, parágrafo único, do Decreto nº 7.508. Assim, resta demonstrado que as políticas

---

<sup>290</sup> CARVALHO, 2018, p. 310.

<sup>291</sup> Ibid., p. 310.

<sup>292</sup> Ibid., p. 310-311.

<sup>293</sup> Ibid., p. 310-311.

públicas de saúde não acompanham a velocidade da ciência na promoção do direito, o que acaba acarretando o fenômeno da judicialização.

Por essa razão, é necessário que as demandas de saúde sejam analisadas sempre no caso concreto, de modo que possa ser garantida, sempre que possível, a manutenção da estrutura das políticas públicas vigentes, devendo contribuir para a efetividade do direito e não servir como obstáculo à sua plena satisfação.

Negar ao administrado o direito ao recebimento dos medicamentos mais avançados que garantam maior possibilidade de cura e qualidade de vida, significaria escolher os indivíduos que poderiam gozar ou não do direito à saúde em sua plenitude, visto que afastaria o direito dos mais pobres, situação que não se compatibiliza com as diretrizes constitucionais vigentes, principalmente no que se refere ao princípio da equidade.

Ademais, a exclusão dos hipossuficientes no recebimento dos fármacos mais eficazes, sobre a rasa justificativa de que não foram inseridos nas listagens oficiais das políticas públicas vigentes, não se mostra dentro da sistemática do Direito Fraternal, tratada no capítulo um, de modo que não se pode afastar o fato de que vivemos em sociedade, em que o outro deve ser tratado com igualdade e humanidade, em respeito à sua dignidade inerente e à ordem consagrada aos direitos humanos e fundamentais.

Carvalho<sup>294</sup> destaca que existem fatores a impulsionar os indivíduos a buscarem o Judiciário para satisfação de uma prestação de saúde, como o fornecimento de medicamentos, dentre os quais: a tutela jurisdicional como única via para o recebimento de prestação não fornecida diretamente pelo SUS, havendo elevada chance de êxito; custos advocatícios ou de antecipação de despesas podem ser nulos pela via de juizados especiais da fazenda pública e/ou por meio das Defensorias Públicas dos Estados e da União e, ainda, caso o jurisdicionado não obtenha o acolhimento da demanda, na maioria dos casos, ele é isento das custas sucumbenciais.

No entanto, não se pode perder de vista que o jurisdicionado também se depara com desestímulos ao socorro judicial, ligados aos chamados “custos pessoais” e atrelados às despesas e dissabores que suportará para levar a demanda até o final, principalmente quando o pretenso demandante é portador de enfermidades e hipossuficiente econômico<sup>295</sup>. Destaca-se, também, a morosidade do judiciário nacional e reiterados atrasos nos cumprimentos de liminares e sentenças que acabam deixando o processo extremamente exaustivo para o autor.

---

<sup>294</sup> CARVALHO, 2018, p. 315.

<sup>295</sup> CARVALHO, 2018, loc. cit.

Sobre os motivos que deflagram a judicialização, Lemos<sup>296</sup> afirma que existe uma desconfiança no Poder Executivo, notada pela população e até mesmo pelo próprio Poder Judiciário. A autora também aponta a desconfiança da população com o próprio Sistema Único de Saúde, comprovado, por meio da pesquisa realizada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) em 2014, que concluiu: “90% da população brasileira considera os serviços públicos e privados de saúde péssimos, ruins ou regulares”<sup>297</sup> e “87% dos entrevistados deram nota de zero a sete e se disseram insatisfeitos com a saúde pública”<sup>298</sup>, demonstrando a imagem insatisfatória da população, deflagrando a judicialização.

### ***2.5.1 Efeitos, problemas e soluções para o fenômeno da judicialização da saúde atrelada ao fornecimento de medicamentos pelo sus***

No intuito de retratar a forma como a judicialização da saúde, principalmente voltada para o fornecimento de medicamentos, é tratada no Brasil, Bucci descreve os fatos ocorridos entre junho de 2015 e fevereiro de 2016 quando a “Universidade de São Paulo (USP) recebeu cerca de 13 (treze) mil medidas liminares determinando a entrega da substância fosfoetanolamina sintética a pacientes de câncer”<sup>299</sup>. Porém, conforme relata a autora, a substância não possuía registro perante a ANVISA, não tendo sequer sido percorrida todas as etapas de testagem da viabilidade do tratamento em humanos, motivo pelo qual se depreende que a adoção terapêutica não possuía certeza de eficácia e segurança necessária para o seu uso<sup>300</sup>.

Segundo os relatos de Bucci sobre a judicialização da fosfoetanolamina, tal tratamento foi patenteado por um grupo após uma pesquisa de mestrado sobre o assunto e não se sabe ao certo como ocorreu a sua vasta divulgação como “pílula do câncer”, sendo propagada pelas redes sociais como medicamento que poderia ser obtido pela via judicial<sup>301</sup>. Em tal situação, Bucci aferiu que o judiciário, mesmo sem respaldo científico necessário, de certa forma, reforçou a credence dos poderes especiais de cura do medicamento por intermédio de centenas de decisões judiciais que desconsideraram os protocolos estabelecidos pela ciência,

---

<sup>296</sup> LEMOS, Junia Coelho. A judicialização da saúde como sintoma da desconfiança no Poder Executivo. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coord.). **Judicialização da saúde: A visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 412-413.

<sup>297</sup> Ibid., p. 414.

<sup>298</sup> Ibid., p. 414.

<sup>299</sup> BUCCI, 2017, p. 31-21.

<sup>300</sup> Ibid., p. 31-21.

<sup>301</sup> Ibid., p. 31-32.

fundamentando a procedência dos pedidos com base numa interpretação simplista do artigo 196 da Constituição Federal.<sup>302</sup>

A situação da fosfoetanolamina desnudou a banalização dos problemas da judicialização da saúde, denotando a imagem de que todo e qualquer medicamento pleiteado tende a ser deferido, mesmo diante de qualquer medida do sistema de saúde nacional<sup>303</sup>.

O caso da fosfoetanolamina chamou atenção ao estudo do fenômeno da judicialização visto que a substância sequer era considerada um medicamento e fora desenvolvida num laboratório de química de uma universidade, ou seja, um ambiente que não é voltado à fabricação em massa de fármacos, principalmente em grande escala, para atender as centenas de liminares judiciais determinando o seu fornecimento, tendo em vista que, apenas em 2016, a USP acumulava cerca de 13.000 (treze mil) ações, objetivando o fornecimento de tal droga<sup>304</sup>.

A questão da fosfoetanolamina sintética chegou ao Supremo Tribunal Federal que suspendeu a execução de todas as liminares concedidas em âmbito nacional, ratificando o entendimento desde o princípio defendido pela Universidade de São Paulo no sentido de que a substância se tratava de um estudo acadêmico e não existia um mínimo de evidência acerca de sua eficácia, qualidade e segurança<sup>305</sup>.

Os rumores de que a substância seria milagrosa e a força das redes sociais, impulsionaram o apelo popular que fez a Câmara dos Deputados também ignorar as normas da ciência e aprovar a liberação da apelidada “pílula do câncer” pela aprovação da Lei nº 13.269, de 13 de abril de 2016, mesmo diante das críticas de especialistas e as recomendações de veto integral encaminhadas “pela ANVISA, pela AGU e pelo Ministérios da Saúde, da Ciência, Tecnologia e Inovação e do Desenvolvimento, Indústria e Comércio”<sup>306</sup>.

Em sequência, a constitucionalidade da referida norma foi discutida no Supremo Tribunal Federal, que por maioria de votos, em 19 de maio de 2016, por intermédio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5501, deferiu o pedido de liminar para suspender a eficácia da Lei nº 13.269. Também, por maioria dos votos, o STF declarou a inconstitucionalidade da lei que autorizava o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna através da sessão virtual finalizada em 23 de outubro de 2020.

---

<sup>302</sup> BUCCI, 2017, p. 31-32.

<sup>303</sup> Ibid., p. 34.

<sup>304</sup> SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos; et al. O caso da fosfoetanolamina sintética: Judicialização com risco à saúde. In: BUCCI, DALLARI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). **Judicialização da saúde: A visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 143.

<sup>305</sup> Ibid., p. 161.

<sup>306</sup> Ibid., p. 166.

Bucci ressalta que um dos principais problemas da judicialização da saúde é a concessão exagerada de medidas liminares que se mostram o caminho mais curto para o recebimento de fármacos, embora exista a ilegitimidade dos pedidos em alguns casos<sup>307</sup>. A autora aponta que faltam parâmetros específicos e necessários para a concessão de liminares, alertando que tal deficiência faz com que todo e qualquer esforço empreendido na melhoria do atendimento e da organização da prestação do serviço público de saúde poderá ser em vão diante da inobservância por parte dos magistrados<sup>308</sup>.

No entanto, conforme já tratado, a grande maioria das ações em que se pretende prestações de saúde são caracterizadas pela urgência, restando caracterizado os requisitos autorizativos para o deferimento das liminares, muitas vezes em razão do risco premente de mortes e/ou agravamento do quadro clínico do paciente, de modo que não há como esperar conduta diversa do magistrado ao deferir os pleitos.

Além disso, deve-se levar em consideração situações como os pedidos de fosfoetanolamina sintética, desprovidos de cunho científico sobre a eficácia e viabilidade do tratamento, não representando expressividade frente ao grande número de ações de tal natureza, pois boa parte dos pedidos são referentes a medicamentos produzidos em laboratórios especializados e acompanhados de receituário médico.

Acerca dos efeitos positivos da judicialização da saúde, principalmente voltada ao fornecimento de medicamentos, destaca-se que o fenômeno tem o condão de impulsionar as políticas públicas a se desenvolverem, atendendo aos anseios da sociedade por meio de uma prestação material mais efetiva.

A judicialização também alcança o bem comum, como ocorreu no início da década de 1990, em que o fenômeno ganhou força em relação às ações judiciais para o fornecimento de medicamentos antirretrovirais voltadas ao tratamento do HIV, culminando na incorporação de tais fármacos à política de assistência farmacêutica, tornando o Brasil referência mundial no combate à doença<sup>309</sup>.

Compete destacar que a expansão do fenômeno da judicialização da saúde no Brasil, inclusive na década de 1990, deu-se em decorrência das citadas ações que visaram prestações do Estado para o tratamento da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA) ou AIDS<sup>310</sup>.

---

<sup>307</sup> BUCCI, 2017, p. 65.

<sup>308</sup> BUCCI, 2017, loc. cit.

<sup>309</sup> ARAÚJO; QUINTAL, 2018. p. 230.

<sup>310</sup> AVILA, Ana Paula Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.54934. p. 94.

Assim, as ações individuais e coletivas de saúde em que se pretendiam o fornecimento de fármacos impulsionam o desenvolvimento das políticas públicas pelo Poder Executivo, incorporando em seus protocolos novos tratamentos e medicamentos, atendendo aos anseios da sociedade que se originaram das ações judiciais.

Se não fosse o fenômeno da judicialização da saúde, inclusive de forma maciça, as políticas públicas poderiam estar fadadas ao seu não desenvolvimento, continuando o Estado a não incorporar novos medicamentos em seus protocolos sob a justificativa de questões econômicas, ainda que implicasse num atendimento não satisfatório à população.

No que se refere a atuação do Judiciário nesta seara, sabe-se que, por intermédio da judicialização, o poder julgador tem condições de contribuir na delimitação da extensão do direito à saúde, porém, em matérias de natureza técnico-científica, o poder judicial “necessitará do auxílio dos órgãos técnicos para compreender a natureza e necessidades terapêuticas específicas para a promoção da saúde” sob pena de levar as políticas públicas ao declínio<sup>311</sup>.

Sarlet e Figueiredo<sup>312</sup> reforçam o fato de que Poder Judiciário tem sido amplamente utilizado para solucionar os conflitos concretos atinentes à efetivação do direito à saúde. Os autores afirmam que, como o judiciário não pode responder com o *non liquet*, houve alargamento de sua intervenção, direta e de controle, acarretando “uma hipertrofia jurisdicional nesta seara”<sup>313</sup> que vem sendo modificada “pela busca de critérios práticos e objetivos para a aferição das pretensões formuladas, num claro resgate do sentido da noção de jurisprudência, com destaque para o diálogo interdisciplinar”<sup>314</sup>.

Um dos grandes problemas da judicialização das políticas públicas, principalmente as de saúde, é o caráter multidisciplinar de tais demandas, que muitas vezes são desprezados pelos operadores do direito e agentes públicos.

Sobre essa questão, Alves<sup>315</sup> enumera componentes importantes desta multidisciplinaridade. Como primeiro apontamento, Alves afirma que o julgador carece da visão do administrador e interfere profundamente numa atividade ontologicamente executiva. Segundo o autor, as políticas públicas são desenvolvidas por meio de demandas político-sociais, questões discricionárias e orçamentárias que são, ou deveriam ser, decorrentes de

---

<sup>311</sup> AVILA, 2018, p. 99

<sup>312</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, vol. 3, p. 775-829, ago/2011. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, 2011, p. 12.

<sup>313</sup> SARLET; FIGUEIREDO, 2011, loc. cit.

<sup>314</sup> SARLET; FIGUEIREDO, 2011, loc. cit.

<sup>315</sup> ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Ações de saúde contra o poder público: Ensaio de um roteiro decisório. *Revista de Processo*, vol. 259/2016, p. 333 – 370, setembro, 2016. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, 2016. p. 02.

assessoramentos específicos que levam a Administração Pública ao desenvolvimento de políticas capazes de garantir a universalidade e a igualdade do atendimento público.

Assim, Alves<sup>316</sup> ressalta a necessidade de um componente técnico específico, já que as questões de saúde reclamam o conhecimento médico e da ciência especializada, não podendo as questões de políticas públicas de saúde serem decididas com base em posicionamentos individuais e pautadas em empirismos singelos ou desnudos de fundamento científico. De acordo com o autor, até mesmo o perito médico não consegue resolver as situações concretas apresentadas com o grau de cientificidade necessário, já que representa tão somente uma posição médica individual, frente a uma gama de estudos que devem preceder a formulação de protocolos e políticas públicas de saúde<sup>317</sup>.

Tal crítica, frequentemente levantada frente ao fenômeno da judicialização, também é voltada a postura de alguns magistrados que, embora não detenham conhecimento médico e científico da área da saúde, acabam extrapolando as funções jurídicas e se aventurando em determinar quais medicamentos devem ou não ser ministrados, bem como quais os “pacientes” devem ou não utilizar os fármacos administrativamente ofertados pelo SUS, em algumas das vezes sem lastro probatório mínimo.

Alves<sup>318</sup> também destaca o problema da natureza humana, referente ao peso sob os ombros do julgador em negar um tratamento específico ao jurisdicionado que se encontra sob risco do óbito. Tal questão não pode ser desconsiderada, embora o fato de que os magistrados devam decidir com fundamento no universo de princípios jurídicos, nem sempre são compreendidos pelas opiniões não afetas à ciência do direito, podendo implicar num desconforto psicológico<sup>319</sup>.

Em igual posicionamento, Passos<sup>320</sup> afirma que, na maioria das vezes, a visão do jurista é estreita em matéria de políticas públicas, já que o advogado público, o membro do Ministério Público e o próprio magistrado estão usualmente condicionados a um modelo racional de análise de tais políticas que desconsidera fatores de natureza tipicamente políticos, questões que extrapolam o caminho retilíneo supostamente percorrido, já que os atos ordenados das políticas podem sofrer influências por parte de diversos interesses políticos e administrativos.

---

<sup>316</sup> ALVES, 2016, p. 02.

<sup>317</sup> ALVES, loc. cit.

<sup>318</sup> ALVES, loc. cit.

<sup>319</sup> ALVES, loc. cit.

<sup>320</sup> PASSOS, 2014, e-book.

Assim, o autor assevera que nenhum modelo de análise é suficiente, isoladamente, para compreender as políticas públicas implantadas em sua integralidade<sup>321</sup>.

Visando dirimir os problemas da judicialização da saúde, Sarlet e Figueiredo<sup>322</sup> apontam para a necessidade da especialização dos juízes, principalmente por meio da criação de Varas Especializadas em questões de saúde, buscando o aperfeiçoamento necessário.

Os autores também defendem a necessidade de profissionais especializados, especialmente na área da saúde, aplicando os princípios constitucionais “da subsidiariedade, da eficiência, da solidariedade e da cooperação, pela procura por informações de quem as possa dispor e prestar com maior propriedade e isenção”<sup>323</sup>.

Tais medidas podem ser observadas pela ótica do Direito Fraternal, tratada no capítulo um, inclusive na necessidade de se criar pactos que visem garantir a eficiência da prestação jurídica e a efetividade do direito, bem como está atrelada à própria postura cooperativa dos operadores do direito, de solidariedade e empenho para que sejam proferidas decisões mais assertivas, gerando menos efeitos negativos à administração e à coletividade.

Sant’Ana<sup>324</sup> afirma que tem ganhado espaço a ideia de que existe uma “judicialização excessiva”, de modo que a visão de judicialização da saúde foi sendo gradativamente reduzida para se referir a uma espécie de distorção pelo “excesso de ações e o descabido protagonismo da magistratura e do Poder Judiciário”<sup>325</sup>, pois “vulgarizou-se a ideia de que o Poder Judiciário estaria se metendo no que não deve”<sup>326</sup>, embora a ideia de judicialização possua um conceito mais amplo, principalmente voltado à “aplicação dos métodos ou modelos judiciais de solução de controvérsias”<sup>327</sup>.

Embora as diversas críticas relacionadas ao fenômeno da judicialização, Sant’Ana afirma que o estado da arte sobre o tema não é uniforme, embora sejam raros os exemplos de quem rejeite a importância do acesso à justiça como forma legítima de concretização dos direitos, além do fato de que há a intenção de grande parte dos pesquisadores de contribuir para que tal fenômeno não resulte na desestruturação do SUS, mas sirva como instrumento para que os usuários da rede pública possam efetivamente ter acesso aos bens e serviços de saúde<sup>328</sup>.

---

<sup>321</sup> PASSOS, 2014, e-book.

<sup>322</sup> SARLET; FIGUEIREDO, 2011, p. 21.

<sup>323</sup> SARLET; FIGUEIREDO, 2011, loc. cit.

<sup>324</sup> SANT’ANA, Ramiro Nóbrega. Atuação da Defensoria Pública para a garantia do direito à saúde: a judicialização como instrumento de acesso à saúde. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, nº 3, 2018, p. 197.

<sup>325</sup> Ibid., p. 197.

<sup>326</sup> Ibid., p. 197.

<sup>327</sup> Ibid., p. 197.

<sup>328</sup> Ibid., p. 197-198.

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ trata-se de uma instituição pública com o objetivo de aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário no Brasil, notadamente no que se refere ao controle e à transparência administrativa e processual, tendo, como missão, o desenvolvimento de políticas judiciárias capazes de promover a efetividade da atividade jurisdicional<sup>329</sup>.

O CNJ tem atuado ativamente nas ações de saúde, traçando parâmetros para atuação dos magistrados como, por exemplo, na edição de enunciados interpretativos desenvolvidos por meio de Jornadas de Direito da Saúde que são revisados pelos Comitês Estaduais de Saúde<sup>330</sup>.

No que se refere às fontes de informações necessárias na orientação dos operadores do direito, na análise das questões de saúde, o CNJ criou o Fórum da Saúde, disponível na *internet* para consulta, apresentando um conjunto de atos normativos, recomendações, análises técnicas, manuais de bases técnicas, dentre outras informações que são úteis aos magistrados<sup>331</sup>.

Com o fito de garantir que as decisões judiciais em que se pretende o recebimento de fármacos sejam devidamente fundamentadas e justas, além de tentar minimizar os efeitos da judicialização da política de medicamentos, o aporte bibliográfico dos pesquisadores da área afirma que podem ser exigidos:

- (a) juntada do prontuário médico; (b) prova da omissão administrativa quanto à assistência buscada; (c) questionário do médico que acompanha a parte autora prescrevendo a necessidade do tratamento; (d) prova mínima descritiva da inefetividade do medicamento, produto ou tratamento fornecido pelo SUS; (e) prova de que o medicamento, produto ou tratamento buscado são registrados na ANVISA ou de que não são *off label* ou experimentais; (f) prova da evidência científica da prestação de saúde buscada e não oferecido pelo SUS<sup>332</sup>.

Embora necessária, não existe determinação legal expressa para exigência do rol de documentos, como acima elencado, para as ações, razão pela qual a ausência dos documentos - embora possa levar ao indeferimento da liminar e à improcedência da causa -, não poderá ensejar, de ofício, o indeferimento da petição inicial.

É importante destacar também que as ações de saúde, via de regra, são marcadas pela urgência dos pedidos realizados, de modo que, nem sempre, o jurisdicionado consegue em

<sup>329</sup> BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Quem somos. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos/>. Acesso em: 24 abr. 2121.

<sup>330</sup> BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução n. 238**. Dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de fazenda Pública. Publicada em 06 de setembro de 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2339>. Acesso em ago. 2020.

<sup>331</sup> ALVES, 2016, p. 08.

<sup>332</sup> Ibid., p. 09.

tempo hábil todos os documentos que seriam necessários para a instrução do feito, tendo em vista que a própria burocratização do SUS e a morosidade dos atendimentos públicos são empecilhos ao cumprimento dessas exigências documentais.

Nesse ponto, é importante a análise fraterna do direito, conforme analisado no primeiro capítulo, visto que os operadores do direito devem considerar as vulnerabilidades dos jurisdicionados, principalmente os problemas enfrentados pelos hipossuficientes sociais, de modo a facilitar não só acesso à justiça, fundamental para o gozo do direito, mas também dar a oportunidade aos autores de comprovarem os fatos constitutivos de seu direito, levando-se em consideração as notórias dificuldades enfrentadas pelos usuários do SUS no momento de fixação de prazos e, até mesmo contribuindo, se possível, através de diálogo com a Administração Pública.

Alves<sup>333</sup> salienta que o deferimento das liminares, em ações de saúde, depende da caracterização de urgência e emergência, demonstrada por meio de relatório circunstanciado, devendo, sempre que possível, ser precedida da oitiva de um gestor do Sistema Único de Saúde e do Núcleo de Assessoramento Técnico, não devendo o magistrado ficar à mercê de mera descrição simplista da doença.

Durante a análise probatória, o magistrado deverá também ficar atento aos documentos encaminhados pelo jurisdicionado, principalmente tendo em vista o *lobby* de fabricantes e laboratórios farmacêuticos junto aos médicos para que ocorra a prescrição de seus medicamentos, prática rotineira na seara médica que é passível de comprometer as políticas públicas de dispensação, não deixando de ser medida corruptiva do sistema de saúde<sup>334</sup>.

Nesta perspectiva, Machado<sup>335</sup> destaca que as ações de saúde também podem representar o interesse daqueles que comercializam novos medicamentos que, do ponto de vista econômico, são inacessíveis a uma parcela considerável da população, considerando o SUS como um grande mercado consumidor para a indústria farmacêutica que, nem sempre, representa de fato as necessidades sanitárias da população.

Roma<sup>336</sup>, referindo-se a forma como a judicialização da saúde ocorre no Brasil, denominou o fenômeno de “farmacialização do judiciário”, já que, segundo a autora, o

---

<sup>333</sup> ALVES, 2016, p. 09.

<sup>334</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>335</sup> MACHADO, Marina Amaral de Ávila et al. Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 45, n. 3, p. 590-598, jun. 2011. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89102011000300018&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102011000300018&lng=en&nrm=iso). Acesso em 23 de maio de 2020. p. 594.

<sup>336</sup> ROMA, Zillá Oliva. Da Farmacialização do Judiciário: Breves considerações. *Revista de Processo*, vol. 270/2017, ago., p. 279-310. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, p.01-23, 2017. p. 04-05.

tratamento judicial dado a questão encontra-se parecido com uma farmácia em que o cidadão apresenta uma receita médica e o atendente entrega o fármaco. A única diferença é que, com a judicialização, o pagamento se dá de modo indireto através dos tributos.

Nesse sentido, Roma<sup>337</sup> afirma que, ao tratar o fenômeno como “farmacialização”, não pretende lhe atribuir sentido pejorativo, mas retratar a forma como o judiciário atua diante de muitas ações individuais em que se pretende a dispensação de medicamentos, muitas vezes sendo dispensada a produção de prova pericial, bastando, tão somente, a recusa da Administração Pública e um relatório médico simples e unilateral.

Segundo Roma, com suporte nas lições de Octávio Luiz Motta Ferraz, a forma como é tratada a judicialização das políticas públicas de medicamentos revela-se como a “lógica do cobertor curto”, de modo que “ao puxar o cobertor para cobrir a cabeça, acaba-se desprotegendo os pés”. Isso significa que, ao determinar o fornecimento de fármacos para os pacientes que ajuizaram as ações de saúde, os recursos para financiá-los deixariam de beneficiar outros milhares de pacientes, deixando-os desamparados, “descobertos”<sup>338</sup>.

Porém, o posicionamento de Roma merece uma crítica diante do fato de que a atividade jurisdicional tem se mostrado uma forma de satisfação do direito à saúde, até mesmo única, diante das omissões realizadas pelo poder público, de modo que o fenômeno da judicialização não pode ser reduzido à lógica mercantilista de uma farmácia, visto que compreende a necessidade de uma hermenêutica constitucional apurada, embora se reconheça a necessidade dos apontamentos da autora diante de casos de banalização e descuido por parte de alguns operadores do direito na tratativa do tema, bem como diante da necessidade de se aperfeiçoar a atividade jurisdicional em tal seguimento a fim de evitar efeitos negativos à coletividade.

É cediço que os médicos são os responsáveis pelos cuidados da saúde de seus pacientes, competindo-lhes a função de detectar e diagnosticar as doenças com a indicação dos tratamentos, terapias e medicamentos adequados à cura, controle e/ou restabelecimento da saúde do atendido. No entanto, a complexidade referente à tomada de decisões na área da saúde ocasionou a necessidade da produção de protocolos, inclusive no SUS, baseados em evidências científicas<sup>339</sup>.

Conforme outrora analisado criticamente, umas das questões sensíveis que envolve a temática da judicialização da saúde, é a possibilidade ou impossibilidade de o magistrado interferir em questões médicas, de modo que não se trata de atribuição do poder judiciário a

---

<sup>337</sup> ROMA, 2017, p. 05.

<sup>338</sup> ROMA, 2017, loc. cit.

<sup>339</sup> AVILA; MELO, 2018, p. 88.

emissão de receituários médicos em detrimento daqueles emitidos por profissionais competentes que acompanham os seus pacientes por longos períodos e conhecem com precisão a realidade de seu quadro clínico.

Sobre a substituição do médico pela decisão judicial, nos casos em que o magistrado defere o fornecimento do fármaco sem a presença de um acompanhamento médico e/ou, ao menos, um relatório especializado, o operador do direito encontra-se violando o disposto na Lei nº 12.842/2013 a qual “fixa a competência exclusiva do médico para prescrever os medicamentos indispensáveis para o devido tratamento de saúde do paciente”<sup>340</sup>.

A análise das demandas em que se pretende o recebimento de medicamentos, apontou a existência de casos que, inclusive, estão desprovidos de prescrição médica, como ocorreu com a substância fosfoetanolamina já citada como exemplo, sendo óbvio que “não cabe ao magistrado, agente público estranho à área médica, prescrever o que a pessoa deva ingerir”<sup>341</sup>, não devendo ocorrer a desarroada e indevida intromissão na seara médica.

Sobre o tema, Carvalho<sup>342</sup> aponta que os médicos do SUS prescrevem um tratamento para o seu paciente, entendendo ser o mais adequado de acordo com o quadro clínico analisado, porém, muitas vezes, o paciente não receberá o fármaco se não houver previsão de sua aplicação no Protocolo Clínico e diretrizes do SUS, acarretando um conflito de interesses cada vez mais discutido pela via judicial.

Sousa e Castro<sup>343</sup> apontam que uma das alternativas viáveis para resolver a problemática da judicialização, seria a adoção pelo Estado da forma de gerenciamento de conflitos designada como “*Dispute System Design*” – DSD que, em tradução livre, corresponderia a “Desenho de Sistema de Disputas”.

As autoras apontam que o DSD é um método e não um mecanismo de solução de conflitos a ser utilizado para desenhar, em colaboração com os interessados, um sistema de disputa que:

[...] envolve a análise do conflito e das partes interessas e afetadas; a definição dos objetivos e prioridades do sistema; a criação de consenso e desenvolvimento do sistema; a implementação do sistema, disseminação e treinamento; a avaliação constante do sistema, adaptando-o de forma a

---

<sup>340</sup> SANTOS; et al., 2017, p. 153.

<sup>341</sup> Ibid., p. 154.

<sup>342</sup> CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Sobre a política de dispensação de medicamentos no Brasil: mínimo necessário para a efetivação do direito a saúde. **Revista de Direito Social**, Porto Alegre, v. 29, p. 124, jan./mar., 2008. p. 124.

<sup>343</sup> SOUSA, Mônica Teresa Costa; CASTRO, Maíra Lopes de. Desenhando modelos de sistemas de disputas para a administração pública: proposições acerca da política pública de fornecimento de medicamentos pelo viés do diálogo institucional. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, nº 3, 2018 p.107.

permitir o aprendizado com a experiência. No primeiro momento, o designer vai se ocupar de identificar a demanda, fazendo um levantamento acerca das partes envolvidas, dos fatos ocorridos, dos interesses envolvidos, bem como das formas que aquele tipo de demanda costumeiramente é resolvido, quais os modelos de sistema existentes para seu tratamento. Nesse momento é possível que diversos mecanismos de resolução de conflitos apresentem-se como viáveis, desde a via judicial, como a arbitragem, a mediação, a conciliação, sendo função do designer, em cooperação com as partes, utilizar de cada mecanismo, aquelas ferramentas que melhor se adequem ao caso concreto, não sendo necessário optar por uma, em detrimento da outra<sup>344</sup>.

Por meio do Desenho de Sistema de Disputas, Sousa e Castro apontam para a necessidade de diálogos institucionais com fulcro a construir modelos próprios para abordagem dos conflitos inerentes à ineficiência das políticas públicas de saúde, competindo aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário a busca por meios capazes de equacionar o mínimo existencial e a reserva do possível que serão tratados no presente trabalho em título próprio<sup>345</sup>.

Além do diálogo institucional entre os poderes, Ávila e Melo<sup>346</sup> destacam a necessidade de diálogo entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com *expertise* técnica na área da saúde com o fim de garantir aos juízes a amplitude necessária das questões que envolvam as demandas de saúde, além de conhecer os fundamentos que levaram a não incorporação de determinados fármacos nos protocolos do SUS, por exemplo.

Sobre a discussão de possíveis soluções para o problema da judicialização da saúde, Gotti<sup>347</sup> destaca que qualquer direito social com caráter distributivo, requer uma atividade de planejamento racional e análise global das múltiplas demandas da sociedade, apontando para a necessidade de um ponto de vista macro. A autora também reforça o necessário diálogo entre os poderes constituídos, de modo que ao Poder Judiciário competiria estabelecer os parâmetros negativos que deveriam ser seguidos pelos demais poderes.

Sobre a necessidade de diálogos e alternativas à judicialização da saúde, Rascovski<sup>348</sup> estudou a importância da Defensoria Pública nesta seara, afirmando que muitos problemas enfrentados pela população carente, principalmente na área da saúde, poderiam ter solução extrajudicial.

---

<sup>344</sup> SOUSA; CASTRO, 2018, p.108.

<sup>345</sup> Ibid., p.109.

<sup>346</sup> AVILA; MELO, 2018, 102.

<sup>347</sup> GOTTI, Alessandra. Judicialização do direito à saúde e a insuficiência dos mecanismos tradicionais de resolução de conflitos. In: BUCCI, DALLARI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). **Judicialização da saúde: A visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 192.

<sup>348</sup> RASCOVSKI, Luiz. A Defensoria Pública do Estado de São Paulo e sua atuação na área da saúde. In: BUCCI, DALLARI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). **Judicialização da saúde: A visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 286-287.

Segundo o autor, existe um notório desentendimento entre a população carente, detentora do direito, e o Estado na condição de devedor da prestação de saúde. Rascovski<sup>349</sup> relata que o assistido pela Defensoria, com educação precária, sequer compreende a prescrição médica e, quando procuram os postos de saúde para o recebimento dos fármacos, tão somente lhe é informado a falta do medicamento, sem qualquer indicação do motivo. A negativa de que o fármaco não integra a lista do SUS, não traz nenhuma informação acerca da existência de genéricos ou a possibilidade de sua substituição, além de existir situações em que é negado o fornecimento administrativo dos medicamentos em razão de prescrições médicas incorretas ou incompletas em relação às informações como periodicidade e quantidade necessária ao paciente, o que demonstra o despreparo de uma parcela dos profissionais de saúde no atendimento dos usuários do SUS<sup>350</sup>.

Os problemas narrados por Rascovski seriam facilmente solucionados se os operadores do direito, dentre os quais os membros das defensorias públicas, e os próprios agentes do SUS atuassem de modo mais humanista, atentos aos ditames da metateoria do direito fraterno, analisada no capítulo primeiro dessa dissertação. A falta de informação e tratamento adequado aos usuários da rede pública de saúde, em todos os níveis de atendimento – médico, administrativo, extraprocessual e processual -, é fator que agrava os problemas da judicialização da saúde e impulsiona o grande número de demandas.

A falta de informação clara nos receituários médicos, bem como a falta de compreensão e diálogo adequado com os pacientes pode implicar numa judicialização desnecessária como, por exemplo, nos casos em que se verifica a possibilidade de substituição do fármaco inicialmente prescrito por uma alternativa terapêutica também oferecida pelo SUS, sem qualquer prejuízo à saúde do paciente atendido.

Acerca de alternativas à judicialização, Bucci revela que existem iniciativas locais que se mostraram bem sucedidas, envolvendo Secretarias de Saúde, Procuradorias de Estados e Municípios e as Defensorias Públicas, existindo um “trabalho pré-processual de organização da atividade administrativa, com gestão adequada da informação e, quando é o caso, a construção de soluções negociadas para os casos concretos”<sup>351</sup>.

Bucci enumera algumas estratégias necessárias para a redução do fenômeno da judicialização da saúde. Primeiramente, o Poder Judiciário deveria reverter o automatismo quanto à concessão de liminares, principalmente porque o expressivo número de liminares

---

<sup>349</sup> RASCOVSKI, 2017, p. 286-288.

<sup>350</sup> Ibid., p. 286-288.

<sup>351</sup> BUCCI, 2017, p. 76.

deferidos tem o condão de atrair demandas<sup>352</sup>. Ao descrever tal estratégia, Bucci não faz qualquer ressalva quanto aos requisitos das tutelas de urgência, previstos na legislação processual brasileira, que, ao serem preenchidos, levam o magistrado ao deferimento das liminares para a tutela da saúde. Além do mais, estando presentes “a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”, nos termos do artigo 300 do Código de Processo Civil, não há como esperar outra postura a ser adotada pelos juízes.

Como estratégias capazes de afastar a judicialização, Bucci descreve a necessidade de “rever a apresentação das políticas de assistência terapêutica, melhorando a sua inteligibilidade”, competindo ao Poder Executivo elaborar a revisão dos documentos oficiais inerentes às políticas de saúde, permitindo uma compreensão imediata e clara<sup>353</sup>.

Uma das principais críticas à judicialização das políticas públicas é a desorganização estrutural do “desenho” realizado pelo poder público para o atendimento do fim almejado. Dentro dessa desordem, por meio de decisões judiciais são elencadas novas prioridades, inserindo variáveis que não foram previstas pelo administrador, comprometendo a lógica esperada pela administração. Dessa forma, o planejamento realizado pelo executivo estaria suscetível de qualquer tipo de desvio proveniente das decisões judiciais, o que causa descompasso com os objetivos da própria política pública<sup>354</sup>.

A existência de diversas normas infraconstitucionais esparsas, tratadas no capítulo primeiro, sem qualquer sistematização, acaba impedindo a elucidação dos problemas encontrados na execução das políticas públicas de saúde, fomentando a judicialização.

Assim, Bucci também elenca a necessidade de atuação conjunta entre os poderes Executivo e Legislativo, voltado para a elaboração de “um texto normativo consolidado, integrando as várias portarias e resoluções que hoje tratam fragmentadamente”<sup>355</sup> do fornecimento de fármacos pelo SUS, apontando a necessidade de um texto mais claro, do ponto de vista jurídico, principalmente explicitando as competências de cada ente envolvido, além da necessidade de disciplinar protocolos de atendimento aos usuários finais do sistema, visto que um serviço desorganizado deflagra um atendimento desorganizado<sup>356</sup>.

As questões polêmicas pertinentes à judicialização da saúde muitas vezes se mostram inseridas num contexto de reflexão moral e política. Sobre as reflexões morais, Sandel<sup>357</sup> utiliza

---

<sup>352</sup> BUCCI, 2017, p. 81.

<sup>353</sup> Ibid., p. 82.

<sup>354</sup> PASSOS, 2014, e-book.

<sup>355</sup> BUCCI, op. cit., p. 82.

<sup>356</sup> BUCCI, op. cit., p. 82-83.

<sup>357</sup> SANDEL, Michael J. **Justiça**: O que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020. p. 30-33.

uma história hipotética para análise de suas questões filosóficas em que um bonde perde o controle dos freios e encontra-se desgovernado sobre os trilhos e em alta velocidade. Neste cenário, o autor cria duas alternativas para o motorneiro do bonde: (i) a primeira é deixá-lo em seu percurso, uma vez que não conseguiria freá-lo, situação que colocaria em risco a vida de cinco operários que se encontravam nos trilhos; (ii) a segunda opção, seria a possibilidade de realizar uma manobra de desvio para a direita, onde se encontra apenas um operário sob os trilhos do bonde. Nessa narrativa hipotética, o autor coloca em jogo dilemas morais, levando a reflexão do que seria justo ou não, moralmente aceito ou não. Ou seja, se competia ao motorneiro decidir sobre o óbito de cinco (i) ou apenas um operário (ii), até mesmo levantando a reflexão acerca da possibilidade existente de que independente de sua escolha o resultado (óbito) poderia não depender de sua atitude, já que os operários poderiam evadirem-se do local antes de serem atingidos pelo bonde.

Analisando a situação da judicialização da saúde, sob o manto das reflexões de Sandel, uma das críticas ao fenômeno, é referente a necessidade de se garantir a universalidade do atendimento, havendo alegações no sentido de que o julgamento procedente de uma demanda de saúde poderia colocar em risco o direito da coletividade. À título de exemplo, ao deferir um pedido de medicamento de alto custo em benefício de apenas um demandante, o magistrado, dentro da perspectiva da crítica em comento, estaria desviando recursos públicos que poderiam ser utilizados para garantir a saúde de diversos outros indivíduos.

Retornando ao caso hipotético de Sandel, seria como se o magistrado estivesse diante da possibilidade de tomada de decisão entre salvar a vida de um ou de vários indivíduos, além de suscitar a dúvida se competiria ao juiz tal decisão. No entanto, como cediço, as questões que envolvem a judicialização da saúde não são tão simplistas assim, de modo que as decisões judiciais devem ser fundamentadas com base em todo o aparato jurídico vigente, devendo ser considerado a expressiva contribuição tributária dos cidadãos, as questões complexas da economia nacional e a própria estrutura das políticas públicas.

Por fim, ainda é importante destacar que compete à Administração Pública demonstrar de forma cabal a inexistência de recursos financeiros públicos para o pagamento das demandas de saúde pleiteadas na sistemática da judicialização, não podendo o Estado transferir tal ônus ao jurisdicionado, pois, até prova em contrário, deve-se acreditar no potencial estatal de prover as necessidades básicas de saúde, inclusive impostas pela norma constitucional.

### ***2.5.2 O problema do acesso à justiça***

Dentre as expressivas críticas ao fenômeno da judicialização, está a disparidade de acesso à justiça no Brasil, pois, como cediço, muitos brasileiros ainda estão à margem da tutela jurisdicional. Dessa forma, mesmo que exista o aparato legal para consagração do direito à saúde e toda a estrutura material do judiciário nacional, muitos indivíduos desconhecem o que deve ser feito para o recebimento dos medicamentos prescritos que necessitam e lhes foram negados administrativamente.

Assim, o princípio da igualdade, inclusive fundante do Sistema Único de Saúde, nessa perspectiva, encontra-se violado, principalmente diante da universalização do atendimento público, visto que parcela da população, que possui conhecimento de seus direitos, consegue, de fato, socorrer ao judiciário para o recebimento da prestação material de saúde de que necessita, enquanto o mesmo não ocorre com a parcela mais carente da população.

Segundo tratado por Cárcova<sup>358</sup>, o princípio romano do *nemine licet ignorare jus* (ninguém pode ignorar a lei), difundido no sistema de direito, implica em injustiças na modernidade, até mesmo pelo fato de que nem todos possuem o conhecimento de seus direitos. Na obra intitulada “A opacidade do Direito”<sup>359</sup>, o autor relata que nem sempre o direito é inteligível para todos, existindo disparidade na forma de sua compreensão até mesmo entre os seus próprios operadores.

Sant’Ana aponta que uma das críticas à judicialização da saúde, principalmente em demandas individuais, é no sentido de que se trata de um fenômeno de elite e simboliza o “alargamento das iniquidades no acesso à saúde”<sup>360</sup> e o “próprio comprometimento do caráter universal do SUS”<sup>361</sup>.

Neste sentido, Sant’Ana afirma que a judicialização teria como “vilões” as elites e o próprio setor privado, principalmente a indústria farmacêutica, contrapondo-se com as “vítimas” que seria a gestão do SUS e os pobres<sup>362</sup>. Segundo o autor, a indústria farmacêutica impulsiona novos produtos e as elites nacionais invocam seus advogados para acionarem o Poder Judiciário buscando o fornecimento dos fármacos às custas do Sistema Único, apontando que “o excesso de ordens judiciais para o custeio de medicamentos de alto custo desorganiza a gestão e o orçamento do SUS, prejudicando os pobres que dependem dele”<sup>363</sup>.

---

<sup>358</sup> CÁRCOVA, Carlos María. **A opacidade do Direito**. São Paulo: Editora LTr São Paulo, 1998. p. 19.

<sup>359</sup> CÁRCOVA, 1998.

<sup>360</sup> SANT’ANA, 2018, p.199.

<sup>361</sup> SANT’ANA, 2018, loc. cit.

<sup>362</sup> SANT’ANA, 2018, loc. cit.

<sup>363</sup> SANT’ANA, 2018, loc. cit.

Porém, analisando dados empíricos de pesquisas realizadas nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, Sant'Ana concluiu que “o conjunto das pesquisas acadêmicas existentes permite afirmar que as classes populares não estão alijadas do acesso à justiça ou são vítimas da judicialização da saúde”<sup>364</sup>. Para o autor, “a tese da judicialização pelas elites é um mito propugnado pelo nível político da gestão do SUS e, equivocadamente, ratificado por parte da academia, inclusive em âmbito internacional”<sup>365</sup>.

Segundo ao autor, a judicialização da saúde no Brasil é um instrumento à disposição de todas as classes sociais, porque os indivíduos e grupos das classes mais baixas são exatamente aqueles que mais sofrem com os efeitos da “exclusão no acesso e a precarização do sistema público”<sup>366</sup>, sendo que “é exatamente para eles que a judicialização (...) se apresenta como instrumento mais precioso para o acesso à saúde”<sup>367</sup>.

Em resumo, não se nega a existência de dificuldade de acesso à justiça pela parcela mais carente da população, que muitas vezes não possui o conhecimento de seu direito, em virtude da opacidade que foi tratada por Cárcova<sup>368</sup>, possuindo ampla dificuldade de ter acesso ao judiciário, por questões econômicas e sociais, mesmo que exista no país instituições como a Defensoria Pública. Porém, mesmo diante dos inegáveis problemas de acesso à justiça, ainda sim a judicialização é um fenômeno capaz de viabilizar a efetivação e concretude do direito fundamental e social à saúde aos mais vulneráveis, inclusive por intermédio das Defensorias Públicas, conforme tratado por Sant'Ana<sup>369</sup>.

Também compete esclarecer que as demandas de saúde, nos termos da legislação nacional, podem ser propostas nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, regidos pela Lei nº 12.153/2009, com competência para julgar causas cujo valor não exceda a 60 (sessenta) salários mínimos vigentes (art. 2º), sendo que de acordo com a interpretação conjunta a Lei nº 9.099/1990 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), precisamente o art. 9º, permite-se, nas causas com valor de até 20 salários-mínimos, a dispensa do advogado para o ingresso das ações.

Seguindo as diretrizes da legislação processual civil, o valor da causa é calculado através da somatória de doze prestações pleiteadas, nos casos em que os pedidos versem sobre

---

<sup>364</sup> SANT'ANA, 2018, p.202.

<sup>365</sup> Ibid., p.202.

<sup>366</sup> Ibid., p.199.

<sup>367</sup> Ibid., p.199.

<sup>368</sup> CÁRCOVA, 1998.

<sup>369</sup> SANT'ANA, 2018.

obrigações continuadas, como a maioria dos casos para o recebimento de fármacos de uso contínuo e por tempo indeterminado.

Desse modo, verifica-se que a legislação e o aparato institucional brasileiro permitem, a depender do valor dos medicamentos pleiteados, que os indivíduos busquem a tutela jurisdicional sem o ônus da contratação de um advogado, além da possibilidade dos mais carentes se socorrem às Defensorias Públicas Estaduais e da União.

Em um país de dimensões continentais como o Brasil, marcado por desigualdades econômica e social latentes, decorrentes de seu contexto histórico de segregação, escravidão e coronelismo, a satisfação plena dos direitos sociais é um desafio para as chamadas “minorias sociais”, tanto no âmbito administrativo quanto na seara judicial.

Na questão específica da saúde, Schwarcz<sup>370</sup>, utilizando os dados do IBGE de 2018, que apontam a existência de incontestável desigualdade no atendimento dos brasileiros, evidenciando que mulheres, indivíduos entre 25 e 49 anos, pretos e pardos, pessoas com baixo ou médio nível de instrução e o grupo que não possui plano de saúde, representam aqueles com maiores taxas de não atendimento pelos serviços de saúde, destacando, ainda, que tais números são encontrados nas regiões Norte e Nordeste, reconhecidamente como regiões mais pobres do país.

Em sua análise, Schwarcz também destaca que os trabalhadores informais apresentam maiores riscos de saúde se comparados com os trabalhadores formais; pardos e pretos possuem “56,7% a mais de chances, em relação aos brancos, de apresentar um estado de saúde classificado como ‘não bom’”<sup>371</sup>, situação oriunda do contexto histórico e social do Brasil.

Nessa senda, nota-se que grande parcela da população brasileira, frequentemente alijada de seus direitos fundamentais, são aqueles que mais necessitam do Poder Judiciário para efetivação do direito à saúde, principalmente no viés material atinente ao fornecimento de medicamentos. No mais, não se pode perder de vista que é justamente tal parcela da população que possui maior dificuldade de se socorrer ao judiciário para a concretude de seus direitos.

Seguindo os critérios popularizados por Thomas Piketty, atrelado ao percentual da renda total que foi apropriada pelo 1% (um por cento) mais rico, Arretche<sup>372</sup> afirma que no Brasil os mais ricos acumulam cerca de um quarto da renda total no país, embora efetuem o pagamento de apenas de apenas 1,8% (um vírgula oito por cento) de imposto sobre sua renda.

---

<sup>370</sup> SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 131.

<sup>371</sup> Ibid., p. 131-132.

<sup>372</sup> ARRETICHE, Marta. Metade cheia ou metade vazia do copo?. Encarte Oxfam. **Cada vez mais desigual**. Ed. 104, Abr/2016. Disponível em: < <https://diplomatie.org.br/cada-vez-mais-desigual/> > Acesso em: 23 mar. 2021. p. 04

Nessa lógica, a população mais rica do país se beneficia, em razão do contexto histórico nacional marcado por amplos privilégios e herança escravocrata, de acumular a maior parte da renda nacional, arcando com uma pequena carga tributária em comparação com a sua expressiva renda amealhada. No entanto, a presente pesquisa se preocupa com a parcela mais pobre da população brasileira, visto que é a mais atingida diante da negativa do fornecimento de prestações públicas atinentes aos direitos sociais, como as prestações de saúde, mesmo arcando com elevada carga tributária em comparação aos míseros rendimentos auferidos.

Nessa sistemática, não se nega que a judicialização da saúde também é um fenômeno que desnuda a desigualdade estruturante do Brasil, na medida em que a parcela mais pobre do país encontra maior dificuldade de acesso ao judiciário para buscar seus direitos, enquanto a parcela mais rica da população goza de maior acesso à justiça até mesmo para garantia de prestações estatais indispensáveis, que deveria chegar aos vulneráveis com primazia, principalmente em virtude do contexto histórico nacional, do pagamento de altas taxas tributárias frente a sua renda e a notória impossibilidade financeira de arcar com o custo particular de bens e serviços, inclusive atrelados ao mínimo existencial como se verá na próxima seção.

## **2.6 Do mínimo existencial ao máximo existencial e a teoria da reserva do possível**

Sarlet salienta que os direitos sociais fazem parte de um patrimônio comum e universal a ser conciliado com o fato de que tais direitos, principalmente em sua dimensão prestacional, são diretamente impactados “pelo grau de desenvolvimento e prosperidade econômica dos Estados individualmente considerados, mas também, e cada vez mais, na perspectiva transnacional”<sup>373</sup>, atrelado ao fenômeno da globalização e da existência de crises econômicas.

Segundo o autor, a sociedade se encontra diante de uma crise do Estado Social que reflete no enfraquecimento do Estado e da própria noção de democracia, atrelado às crises econômicas, tendo reflexos na redução da capacidade do Estado de assegurar a fruição dos direitos fundamentais, fortalecendo a dominação do poder econômico em prejuízo do poder estatal e da própria ordem jurídica<sup>374</sup>.

---

<sup>373</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações. **Espaço Jurídico Journal of Law, Joaçaba**, v. 16, n. 2, p. 459-488, jul./dez. 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.18593/ejll.v16i2.6876>. Acesso em ago. de 2020. p. 462.

<sup>374</sup> *Ibid.*, p. 464.

Assim, Sarlet leciona que o Estado Social (*Welfare State*), capaz de garantir a justiça social por meio “dos procedimentos e limites do Estado Democrático de Direito (...) e, conseqüentemente, também os direitos sociais, se encontram fortemente impactados pela crise econômica e, em certo sentido, também se encontram vivenciando uma crise”<sup>375</sup>.

É importante salientar que os chamados “segmentos excluídos da população” que se encontram à margem da sociedade, sofrem com a opressão socioeconômica, razão pela qual não figuram como concretos detentores de direitos subjetivos públicos, sendo afastados da titularidade de seus fundamentais<sup>376</sup>.

Desse modo, quando ocorre a redução do papel do Estado, principalmente diante de seu dever de promoção dos direitos fundamentais, não necessariamente resultará num aumento das liberdades individuais e da própria democracia, mas sim contribuirá para a escassez da efetividade e concretude dos direitos<sup>377</sup>.

Nota-se claramente que a concretização dos direitos sociais, dentre os quais se destaca a saúde, possui intrínseca ligação com a capacidade financeira do Estado, da forma como são alocados os recursos públicos, além da capacidade de gestão, de modo que não é possível afastar o viés econômico da discussão que envolve a judicialização da saúde pública.

Analisando os diversos argumentos utilizados acerca da judicialização da saúde, Lemos<sup>378</sup> verifica que existe um desgaste das teses jurídicas levantadas pela Administração Pública, dentre as quais se destaca a teoria da reserva do possível que, em grande escala, são imediatamente excluídas pelo Poder Judiciário.

Cerqueira Junior e Cavalcanti<sup>379</sup> conceituam o Princípio da Reserva do Possível ou Princípio da Reserva de Consistência como uma construção jurídica germânica que surgiu numa demanda judicial em que determinados estudantes buscavam cursar o ensino superior público, sob o argumento da garantia da livre escolha da profissão, trabalho ou ofício. Em tal ação, restou assentado pela Suprema Corte da Alemanha que só se poderia exigir do Estado prestações em benefício dos interessados quando observados os limites do princípio da razoabilidade. Desse modo, como os direitos sociais, via de regra, exigem uma prestação ativa do Estado, estariam sujeitos à teoria principiológica da reserva do possível, devendo ser

---

<sup>375</sup> SARLET, 2015, p. 463.

<sup>376</sup> *Ibid.*, p. 465.

<sup>377</sup> *Ibid.*, p. 465.

<sup>378</sup> LEMOS, 2017, p. 396.

<sup>379</sup> CERQUEIRA JÚNIOR, Carlos Alberto Cardoso; CAVALCANTI, Vanessa Ribeiro Simon. A judicialização do direito humano à saúde: uma discussão acerca da efetivação de direito essencial, por meio da prestação jurisdicional, sem prejuízos ao mínimo existencial. **Revista Jurídica Portucalense / Portucalense Law Journal**, Porto, n. 20, 2016. DOI: [http://dx.doi.org/10.21788/issn.2183-5705\(20\)2016.ic-01](http://dx.doi.org/10.21788/issn.2183-5705(20)2016.ic-01) p. 19.

analisadas as questões de forma racional e podendo ser justificada a sua limitação em virtude das condições sociais, econômicas, conjunturais e estruturais aferidas no caso concreto.

Sobre a reserva do possível, Sarlet<sup>380</sup> aponta que a teoria alemã traduz a percepção de que os direitos sociais vinculados às prestações materiais dependeriam da verificação da disponibilidade de recursos financeiros do Estado, questão atrelada ao âmbito discricionário das decisões do governo e elencadas no orçamento público.

Notória problemática a ser enfrentada no direito brasileiro é a tentativa de incorporar teorias estrangeiras na específica situação social, histórica e econômica do país. Nesse sentido, Cerqueira Junior e Cavalcanti apontam que “o Princípio da Reserva do Possível consiste em uma falácia decorrente de um Direito Constitucional Comparado (e equivocado), na medida em que, situações de países de níveis diferentes de desenvolvimento econômico e social não podem ser comparadas”<sup>381</sup>.

Desse modo, não há como incorporar na realidade brasileira, sem qualquer mitigação e/ou adaptação, uma teoria criada na Alemanha, um país que não é marcado por grandes crises na concretude de direitos sociais, não tendo o contexto histórico de expressiva exclusão de cidadãos ao gozo dos direitos básicos como ocorre no Brasil, não se verificando número significativo de indivíduos com dificuldade de acesso médico/hospitalar, medicamentos, educação e alimentação, dentre outras situações marcantes no nação brasileira.

Neste sentido, Dirley Cunha Junior afirma que:

é extremamente discutível e de duvidosa pertinência o traslado de teorias jurídicas desenvolvidas em países de bases cultural, econômica, social, e histórica próprias, para outros países cujos modelos jurídicos estão sujeitos a condicionamentos socioeconômicos e políticos completamente diferentes. Os institutos jurídico-constitucionais devem ser compreendidos a partir da história e das condições socioeconômicas do país em que se desenvolveram, de modo que é impossível transportar-se um instituto jurídico de uma sociedade para outra, sem se levar em conta os condicionamentos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos<sup>382</sup>.

Sobre as teorias que podem trazer obstáculos à concretude do direito fundamental e social à saúde, Alves<sup>383</sup> também salienta o princípio da realidade e a reserva do possível. A autora não desconhece a importância dos aspectos econômicos na satisfação do direito, principalmente diante da questão de distribuição de recursos, competindo à Administração

<sup>380</sup> SARLET, 2015, p. 470.

<sup>381</sup> CERQUEIRA JÚNIOR; CAVALCANTI, 2016, p. 19.

<sup>382</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley Cunha Junior Apud. CERQUEIRA JÚNIOR; CAVALCANTI, 2016, p. 21.

<sup>383</sup> ALVES, Cândice Alves. **Direito à saúde: Efetividade e proibição do retrocesso social**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2013. p. 196.

Pública a eleição de suas prioridades políticas<sup>384</sup>, porém, ressalta que “a contingência material não invalida os direitos sociais”<sup>385</sup>.

Em igual posicionamento, Cerqueira Junior e Cavalcanti<sup>386</sup> afirmam que, entre o dilema de proteger o direito à vida e à saúde, ambos inalienáveis e prescritos na Constituição Federal, ou prevalecer o interesse financeiro secundário do Estado, por razões éticas, é imposto ao julgador a opção de primar pelo respeito à saúde humana e a vida.

Os autores salientam que o princípio da reserva do possível não pode ser empregado para resguardar as omissões da Administração Pública em suas políticas de interesse privado<sup>387</sup>. Sendo verificado que não fora atendido o “padrão mínimo” de direitos sociais, assegurando as condições materiais indispensáveis à concretude do direito, bem como diante da omissão legislativa, restará configurada a legitimidade do Poder Judiciário para intervir de modo ativo e capaz de garantir o chamado mínimo existencial<sup>388</sup>.

Braga<sup>389</sup> realizou uma análise de noventa e cinco acórdãos do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, utilizando para sua coleta as expressões “fornecimento” e “medicamentos”, aferindo que apenas três julgados citaram de forma expressa a teoria da reserva do possível. O autor concluiu que o argumento da reserva do possível fora pouco analisado pelos desembargadores federais do tribunal destacado, sendo tal argumentação afastada, mesmo antes de uma análise concreta acerca dos recursos disponíveis para o fornecimento do fármaco pretendido, o que se deve em razão de posições firmadas pelos Tribunais Superiores acerca do tema ou pela preferência do direito à vida e à saúde em detrimento da existência ou não de recursos financeiros<sup>390</sup>.

Braga destaca que existe um “sentimento”, por parte dos operadores do direito, de que o argumento da reserva do possível é utilizado, tão somente, como desculpa do Poder Público para o não cumprimento de uma obrigação constitucional, não podendo ser aplicado no Brasil, principalmente em razão do histórico de não concretização de direitos sociais<sup>391</sup>.

Existe críticas recorrentes acerca da aplicação da teoria da reserva do possível, conforme apontam Cerqueira Junior e Cavalcanti, pois invocar a escassez de recursos como justificativa

---

<sup>384</sup> ALVES, 2013, p. 196.

<sup>385</sup> *Ibid.*, p. 198.

<sup>386</sup> CERQUEIRA JÚNIOR; CAVALCANTI, 2016, p. 22.

<sup>387</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>388</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>389</sup> BRAGA, Paulo Vitor Bergamo. Judicialização, Assistência Farmacêutica e Argumentação: Análise da Jurisprudência do TRF da 3ª Região. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). **Judicialização da saúde: A visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 381-382.

<sup>390</sup> *Ibid.*, p. 382.

<sup>391</sup> *Ibid.*, p. 382.

de decisão no conflito entre os direitos à vida e à saúde de uma pessoa em contraponto ao direito à vida de outra pessoa a fim de não garantir a universalidade do atendimento, mostra-se “leviana”, principalmente porque se está diante de privilégios orçamentários de outras áreas, não tão essenciais, como diversas regalias e exageros salariais de representantes públicos, ao ser comparada a realidade da maioria dos brasileiros<sup>392</sup>.

Alves<sup>393</sup> salienta que as decisões judiciais deverão se atentar às provas robustas que foram produzidas nas ações que versam sobre prestações de saúde, até mesmo porque a simples alegação de ausência de recursos não pode ser utilizada para a mitigação do direito social. A autora afirma que, embora possam ocorrer momentos de crises financeiras severas, passíveis de admitir a restrição na efetivação do direito, o que somente deve ser admitido no momento específico de crise, tal restrição não se estende depois de cessados os seus efeitos.

A teoria da reserva do possível pode ser afastada ao ser contraposta à outras teorias que também são amplamente discutidas na seara da judicialização da saúde, destacando as teorias do mínimo existencial e do conteúdo mínimo dos direitos fundamentais.

Almeida<sup>394</sup> explica que a ideia de conteúdo mínimo deriva da garantia de um núcleo essencial dos direitos fundamentais, que também fora positivado pela primeira vez na Constituição da Alemanha de 1949 (art. 19, 2º), sendo inserida ainda no bojo das Constituições de Portugal de 1976 (art. 18º, 3) e da Espanha de 1978 (art. 53, I). Em resumo, o dito núcleo essencial serviria como “limite dos limites” frente ao exercício legislativo, impedindo restrições de direitos fundamentais, impossibilitando que o Parlamento esvazie o conteúdo do direito e/ou modifique a sua utilidade.

Significativa problemática é definir o que seria o núcleo essencial dos direitos fundamentais, o que poderá ocorrer tanto de modo absoluto quanto relativo. Almeida<sup>395</sup> dispõe que a teoria absoluta indica um núcleo material que é insuscetível de restrições, desconsiderando as circunstâncias do caso concreto; por sua vez, para a teoria relativa, a delimitação do núcleo será encontrada após a observação da proporcionalidade, de modo que o âmbito protegido da intervenção desarrazoada do legislativo poderia variar a depender do caso em análise, existindo, ainda, tentativas de teorias mistas.

A vinculação da ideia de núcleo essencial a ser protegido nos direitos sociais, deve-se também ao Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações

---

<sup>392</sup> CERQUEIRA JÚNIOR; CAVALCANTI, 2016, p. 26.

<sup>393</sup> ALVES, 2013, p. 198.

<sup>394</sup> ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. Direito à saúde no Brasil: Parâmetros normativos para densificação de um conteúdo mínimo. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 21, n. 1, p. 149-168, jan./jun. 2020. p. 152.

<sup>395</sup> Ibid., p. 152.

Unidas que teve a missão de produzir interpretações do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 via comentários gerais<sup>396</sup>. O referido Comitê, através do Comentário Geral n. 3, trouxe a tese de que é possível determinar um núcleo mínimo dos direitos sociais que deva ser resguardado judicialmente, razão pela qual devem existir como “remédios judiciais para sua proteção”<sup>397</sup>.

É importante salientar que existem divergências na afirmação de que o mínimo existencial possui definição sinônima da ideia de núcleo ou conteúdo essencial. No Brasil, inclusive, há quem defenda que “o mínimo englobe um conjunto de necessidades e direitos essenciais aos seres humanos”<sup>398</sup>; e quem enquadre o mínimo existencial como os verdadeiros direitos fundamentais e sociais, já que “prescinde de lei ordinária e não se limita pela reserva do possível”<sup>399</sup>. Por fim, segundo Sarlet e Figueiredo, o mínimo existencial “é um direito autônomo aos direitos fundamentais sociais, composto de prestações mais básicas para uma vida digna (saudável), não se confundindo com o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, embora seja possível alguma sobreposição”<sup>400</sup>.

De forma categórica, Toledo afirma que se entende como mínimo existencial “o conjunto dos direitos fundamentais sociais mínimos para a garantia de patamar elementar de dignidade humana”<sup>401</sup>, porém, prescreve que “dentro dos direitos fundamentais sociais, poucos são os que compõem o mínimo existencial. Daí serem eles chamados de direitos fundamentais sociais mínimos e que apenas o núcleo essencial desses direitos forma o conteúdo do mínimo existencial”<sup>402</sup>.

Em seu turno, Cerqueira Junior e Cavalcanti<sup>403</sup> afirmam que o mínimo existencial é atrelado ao núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, positivado na Constituição Federal de 1988, dentro os princípios fundamentais, abrangendo a garantia de atendimento às necessidades vitais básicas, como as atreladas ao direito à saúde.

Por sua vez, Barcellos, buscando delimitar o núcleo mínimo dos direitos, baseia-se numa construção consensualista, defendendo que compõe o “mínimo existencial todas as prestações de saúde de que as pessoas já necessitaram, necessitam ou irão necessitar provavelmente”<sup>404</sup>.

---

<sup>396</sup> ALMEIDA, 2020, p. 153.

<sup>397</sup> Ibid., p. 153.

<sup>398</sup> Ibid., p. 156.

<sup>399</sup> Ibid., p. 153.

<sup>400</sup> SARLET; FIGUEIREDO apud ALMEIDA, 2020, p. 153.

<sup>401</sup> TOLEDO, Cláudia. Mínimo existencial: A Construção de um Conceito e seu Tratamento pela Jurisprudência Constitucional Brasileira e Alemã. PIDCC, Aracaju, a. VI, v. 11 n. 01, p.102-119, fev., 2017. p. 103.

<sup>402</sup> Ibid., p. 104.

<sup>403</sup> CERQUEIRA JÚNIOR; CAVALCANTI, 2016, p. 19.

<sup>404</sup> BARCELLOS apud ALMEIDA, 2020, p. 157.

No mesmo sentido, Toledo<sup>405</sup>, analisando o contexto socioeconômico do Brasil, entende que o direito à saúde, assim como o direito à educação, integra o conteúdo do mínimo existencial e o seu núcleo essencial porque possui “(i) interesse individual razoável, cuja satisfação (ii) não desequilibra o orçamento público (uma vez que este deve ser planejado mediante ordem de prioridade de investimento dos recursos financeiros), a garantia de (...) um nível básico de assistência médica”<sup>406</sup>.

Atento ao fato de que o modelo teórico tradicional relativo aos direitos fundamentais se mostra, muitas vezes, insuficientes, Dantas<sup>407</sup> aponta nova pré-compreensão, capaz de orientar a interpretação e a aplicação do direito fundamental e social, revelando a importância de se pensar na ideia, não de mínimo, mas de máximo existencial.

Dantas afirma que a necessidade da defesa do máximo existencial, como direito fundamental e propósito do Estado, o que denota não só a necessidade de superação do mínimo vital, mas também uma nova compreensão atinente aos direitos fundamentais, sob a visão da “indivisibilidade e da promoção das condições que habilitem as capacidades para o exercício real e efetivo das liberdades”<sup>408</sup>. O autor destaca ainda, que a expansão global do constitucionalismo, que não se restringe mais as fronteiras do Estado reforça o paradigma do direito fundamental ao máximo existencial<sup>409</sup>.

Nessa perspectiva, a análise dos direitos fundamentais sob a ótica do máximo existencial, propõe o desenvolvimento das capacidades humanas, não se limitando apenas à sobrevivência dos indivíduos, até mesmo porque defende a indivisibilidade de tais direitos como pressuposto da superação das necessidades básicas<sup>410</sup>.

Embora o estado da arte venha apontando de forma inequívoca que o direito à saúde e seu viés prestacional encontram-se abrangidos pela ideia de núcleo essencial e mínimo existencial, os estudos de Dantas apontam para o sentido de ampliar a proteção dos direitos sociais e fundamentais, de modo que o indivíduo faça jus não só a prestações básicas necessárias à sua sobrevivência, mas também a concretude da integralidade de seus direitos consagrados.

Nesse ponto, nesta perspectiva, compete resgatar a discussão acerca da evolução científica e o surgimento de novos medicamentos no mercado, ainda não incluídos nos

---

<sup>405</sup> TOLEDO, 2017, p. 115.

<sup>406</sup> TOLEDO, 2017, loc. cit.

<sup>407</sup> DANTAS, Miguel Calmon Teixeira de Carvalho. **Direito Fundamental ao Máximo Existencial**. 2011. v.1, 436 p. / v.2, 321 p. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011, disponível em: <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/8703>. Acesso em 30 de ago. 2020. p. 23-24

<sup>408</sup> Ibid., p. 19.

<sup>409</sup> Ibid., p. 27.

<sup>410</sup> Ibid. p. 28-29.

protocolos do SUS, os quais geram menos efeitos colaterais e melhor qualidade de vida ao paciente. Por intermédio da teoria do máximo existencial, resta patente o direito dos jurisdicionados/administrados aos novos fármacos, até mesmo pelo fato de tal entendimento não se limitar apenas à sobrevivência dos indivíduos, depreendendo a superação das necessidades básicas e maior amplitude na efetivação da norma constitucional.

Em resumo, Dantas salienta que o direito ao máximo existencial se relaciona com a ideia de que o Estado, por intermédio de seus poderes executivo e legislativo, não pode se esquivar de executar políticas públicas que “promovam progressivamente a ampliação dos níveis de prestação para além do mínimo vital e em direção ao conteúdo essencial pela satisfação suficiente das necessidades vinculadas aos deveres”<sup>411</sup> que lhe são impostos pela norma constitucional e em virtude de sua alta carga tributária.

Por fim, a ideia de máximo existencial guarda relação com o princípio da proibição de retrocesso ou de regressividade em matéria de direitos sociais a qual se relaciona com o princípio da segurança jurídica e seus desdobramentos, representando a garantia de proteção dos direitos fundamentais e apontando que devem ser afastadas todas as medidas que resultem contrárias aos parâmetros da norma constitucional vigente<sup>412</sup>.

---

<sup>411</sup> DANTAS, 2011, p. 517.

<sup>412</sup> SARLET, 2015, p. 476-48.

### **CAPÍTULO 03 – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DIREITO À SAÚDE: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL**

Ao longo da história, o Poder Judiciário passou a ganhar cada vez mais protagonismo no cenário mundial e nacional. No Estado Liberal, a Constituição representava tão somente mera carta política de onde se depreendiam direitos e deveres, sendo destaque o Poder Legislativo, na medida que, em maior grau, competia a lei infraconstitucional prever as situações e os comandos<sup>413</sup>. No entanto, com a premente necessidade de se efetivar os direitos sociais através de políticas públicas, o protagonismo passou a ser do Poder Executivo que atuou como o responsável por satisfazer as demandas sociais, constituindo o dito Estado Social<sup>414</sup>.

Por derradeiro, fora constatada a dificuldade e a ineficiência do executivo em satisfazer as promessas das novas Constituições dirigentes que, em resumo, traziam imposições ao Estado para a garantia do cumprimento de seus comandos, ocasião em que o Poder Judiciário ganhou maior *status* e protagonismo, representando uma alternativa ao cidadão que se encontrava à mercê da ineficiência e/ou carência das prestações públicas, fazendo emergir a ideia do, então, Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucional de Direito<sup>415</sup>.

É na perspectiva do Estado Democrático de Direito que se observou o surgimento de fenômenos como a judicialização da saúde que, conforme já tratado, possibilitou a sociedade, de forma individual ou coletiva, buscar a satisfação plena do direito social e fundamental que, embora constitucionalmente consagrado, nem sempre era garantido de forma direta através das políticas públicas vigentes, principalmente no caso do fornecimento de prestações indispensáveis, como os medicamentos fornecidos pelo SUS.

Analisando o judiciário brasileiro de forma estrutural, nota-se a importância das instâncias superiores no fomento da concretização de direitos, visto que a jurisprudência é fonte considerável no ordenamento jurídico pátrio, capaz de orientar a hermenêutica jurídica e direcionar o entendimento dos magistrados, sobretudo, em questões complexas atreladas à judicialização da saúde.

Muitas vezes, diante da tensão existente entre os diversos atores envolvidos em tais demandas de saúde, e, ao se deparar com questões complexas que, muitas vezes, extrapolam o

---

<sup>413</sup> PENNA, Bernardo Schmidt Teixeira. Ativismo judicial à brasileira: — Papel criador do intérprete x papel criativo do intérprete — Dois casos paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, Guanambi, v. 3, n. 1, julho-dezembro, 2016, p. 59.

<sup>414</sup> PENNA, 2016, loc. cit.

<sup>415</sup> PENNA, 2016 loc. cit.

raciocínio meramente jurídico, os juízes acabam seguindo as orientações jurisprudenciais e as utilizando como fundamento de suas decisões.

Desse modo, revela-se importante a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como última instância da justiça nacional, possuindo papel de guardião e intérprete da norma constitucional. O STF, em diversas decisões, posicionou-se diante de casos que versavam sobre a temática da judicialização da saúde, inclusive referentes aos pedidos de fornecimento de medicamentos por entes públicos.

Assim, no presente capítulo será analisado o papel do STF na hermenêutica constitucional e na concretude do direito, especificamente o direito à saúde em seu viés prestacional para o fornecimento de fármacos pelo SUS, sendo analisados os casos em que houve Repercussão Geral reconhecida pela Corte.

### **3.1 O papel do Supremo Tribunal Federal e a hermenêutica constitucional**

Bonizzato<sup>416</sup>, ao estudar questões voltadas ao papel de guardião da Constituição, utiliza as lições de Hans Kelsen numa análise predominantemente jurídica. Segundo o autor, para compreender a teoria de Kelsen, é preciso se ater ao fato de que ele participou ativamente da elaboração da Constituição da Áustria de 1920, introduzindo a ideia de um Tribunal Constituinte diferente dos modelos existentes na época, com fulcro na concepção de pluralismo político e separação de poderes, tendo como função o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos<sup>417</sup>.

Desse modo, a concepção kelseniana se fundou na guarda da Constituição através de um órgão independente e distinto do próprio Parlamento e do Executivo, com o fito de garantir a proteção das minorias frente as decisões tomadas pela dita maioria, presente nos poderes legislativo e executivo<sup>418</sup>. Tal defesa das minorias, fora chamada, nessa concepção, de contramajoritária e, nas ideias de Kelsen, deveria ser exercida pelo Tribunal Constitucional<sup>419</sup>.

Segundo Bonizzato<sup>420</sup>, apresentando contraposição à posição de Kelsen, afirmou que Carl Schmitt defendeu a existência de um poder neutro capaz de solucionar as divergências

---

<sup>416</sup> BONIZZATO, Alice Ribas Dias. Revisitação necessária ao enfrentamento entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre o guardião da constituição: Uma clássica dialogia teórica sobre questões institucionais. In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana (coord.). **Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo**. Curitiba: Editora Juruá, 2016, p. 236.

<sup>417</sup> Ibid., p. 236.

<sup>418</sup> Ibid., p. 236-237.

<sup>419</sup> Ibid., p. 237.

<sup>420</sup> Ibid., p. 237.

emergidas entre os poderes de forma equidistante, atuando numa posição horizontal e não acima deles. Nesta perspectiva, ao lado dos demais poderes, estará o Guardião da Constituição cuja função política seria estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder, cumprindo o seu papel. Por isso, Kelsen, numa outra análise sobre a neutralidade, defendeu que “o controle de atos emanados pelos órgãos estatais não deve ser confiado a um dos órgãos cujo ato deva ser controlado”<sup>421</sup>. Desse modo, conclui-se que, para Kelsen, o dito “Guardião da Constituição”, na contramão do posicionamento de Schmitt, deveria estar equidistante dos demais poderes e não ao lado destes.

A análise da teoria constitucional de Kelsen, realizada por Bonizzato<sup>422</sup>, aponta que a jurisdição é política e a função de um Tribunal Constitucional possuiria valor político ainda maior do que os demais tribunais, revelando a necessidade do exercício da função judicial com independência, até mesmo judiciária.

Em resumo, o Tribunal Constitucional ou Guardião da Constituição deveria atuar com neutralidade, por tratar-se de instituição independente dos demais Poderes do Estado e vinculada diretamente ao texto constitucional, rechaçando a ideia de que o “Presidente do Reich” deveria exercer a proteção da Carta Magma, pois o chefe do Estado também representa um dos poderes previstos constitucionalmente e passível de ser envolvido em conflitos que devam ser controlados<sup>423</sup>.

Desse modo, “o exercício da atividade de um Tribunal Constitucional caracterizar-se-ia, principalmente, pelo critério de aplicação da lei e, em menor grau, pela criação do direito, embora o seu desempenho seja contínuo no desempenho da atividade”<sup>424</sup>.

Não se pode afastar a importância da função garantidora dos ditames da Constituição a ser realizada pela jurisdição constitucional, visto que ela é indispensável a todo país afeto ao ideal de Estado Democrático de Direito<sup>425</sup>.

Nessa lógica, é cediço que, no Brasil, quem exercer a função de Guardião da Constituição por excelência é o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do poder judiciário brasileiro, que obteve destaque institucional com o advento da Carta de 1988 em relação à promoção e à proteção dos direitos fundamentais, inclusive sociais, bem como no controle dos atos realizados pelo Estado. Assim, houve a expansão das atividades da Corte em decorrência

---

<sup>421</sup> BONIZZATO, 2016, p. 237.

<sup>422</sup> Ibid., p. 240.

<sup>423</sup> Ibid., p. 244.

<sup>424</sup> Ibid., p. 245.

<sup>425</sup> PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos**: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Tradução de Thomaz da Rosa Bustamante com a colaboração de Bruno Stiegert. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2013, p. 33.

da evolução da teoria da interpretação/hermenêutica ocorrida nos últimos anos. O STF passou a ser visto como o responsável por realizar a “adaptação da ordem jurídica ao mundo real”<sup>426</sup>.

Ocorreu a ampliação da competência do Supremo Tribunal Federal desde a promulgação da Constituição de 1988, conferindo à Corte o papel de guardião da Lei Maior com a função de resguardar as garantias constitucionais, colocando-o como órgão de cúpula responsável pela última palavra em termos de interpretação constitucional, garantindo o seu poder de revisar leis e atos normativos, reforçando a ideia de que no Brasil existe supremacia judicial<sup>427</sup>.

Sobre o papel contramajoritário da jurisdição constitucional, Sarmiento<sup>428</sup> afirma que os juízes constitucionais, por não estarem dependentes dos eleitores, poderão institucionalmente proteger os direitos básicos, sobretudo das minorias que sofrem o arbítrio das ditas maiorias, inclusive desempenhando “o papel de representantes argumentativos da sociedade”<sup>429</sup>, ao abrir-se aos “influxos provenientes da sociedade civil de modo a potencializar a participação democrática dos diferentes grupos sociais no âmbito da hermenêutica constitucional”<sup>430</sup>.

Sarmiento<sup>431</sup> defende que o cidadão não pode ser mero expectador do processo hermenêutico, devendo ser garantida a possibilidade de participação popular no processo judicial que visa concretizar o texto constitucional. Somente dessa forma, o autor afirma que será garantida a “legitimidade democrática da jurisdição constitucional”<sup>432</sup>. Entretanto ele aponta que existem autores defendendo, até mesmo, a ideia de uma jurisdição constitucional fora das cortes, inclusive realizada por movimentos sociais no intuito de atender as demandas e expectativas dos atores não institucionais da sociedade<sup>433</sup>.

De certa forma, a Constituição brasileira de 1988 trouxe, em seu bojo, maior abertura constitucional, alargando os legitimados ativos capazes de instaurarem o controle abstrato de

---

<sup>426</sup> BONIZZATO, 2016, p. 246-247.

<sup>427</sup> NERI, Bianca Garcia; SCHUELER, Luciana Benevides de. As Teorias do Constitucionalismo Popular e dos Diálogos Institucionais na construção de um desenho constitucional democrático. In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana (coord.). **Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo**. Curitiba: Editora Juruá, 2016, p. 638.

<sup>428</sup> SARMENNTO, Daniel. Para democratizar a jurisdição constitucional: Representação argumentativa, sociedade civil e acesso ao STF. In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana (coord.). **Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo**. Curitiba: Editora Juruá, 2016, p. 251.

<sup>429</sup> Ibid., p. 252.

<sup>430</sup> Ibid., p. 252.

<sup>431</sup> Ibid., p. 253.

<sup>432</sup> Ibid., p. 253.

<sup>433</sup> Ibid., p. 254.

constitucionalidade, o que não pode deixar de ser visto como certa democratização da jurisdição constitucional<sup>434</sup>, ainda que incipiente, deflagrando impactos na hermenêutica da lei maior.

Utilizando-se da teoria dos diálogos institucionais na análise da supremacia judicial, Neri e Schueler<sup>435</sup> apontam a possibilidade de interação entre as Cortes no processo hermenêutico constitucional e os atores políticos, agindo contra o que elas denominam como o monopólio interpretativo. Nessa perspectiva, as autoras afirmam que os atores, que poderiam ser vistos como adversários, passam a dialogar de forma cooperativa, o que não significa que o Judiciário deva diminuir a sua autoridade, mas sim atuar no papel de concretizar o texto constitucional através do diálogo com as instâncias de poder político.

Nesse ponto, até mesmo a função hermenêutica da norma constitucional na atualidade se relaciona com os ditames do chamado Direito Fraternal de modo que a interpretação das normas constitucionais reclama uma postura cooperativa de seus operadores, não podendo se afastar do dever de pensar no outro como integrante importante da sociedade, principalmente os mais vulneráveis, por intermédio de um viés mais humanista e conectado aos direitos humanos.

Em todo caso, segundo Pulido<sup>436</sup>, toda controvérsia acerca da delimitação das atribuições e funções da jurisdição constitucional deduz uma aceitação da Corte Constitucional como instituição do próprio Estado. Na ótica do autor, os mais competentes constitucionalistas, filósofos do direito e da política “coincidem em afirmar que as ideias democráticas e os princípios da supremacia da Constituição e do respeito aos direitos fundamentais por parte do Parlamento e todos os órgãos do Estado são compatíveis, e inclusive correlativamente necessários”<sup>437</sup>. No entanto, a questão principal é estabelecer o limite das Cortes Constitucionais na tutela dos direitos fundamentais frente aos demais poderes, de modo que não empobreça a democracia representativa e não haja uma usurpação dos poderes e funções do legislador<sup>438</sup>.

Nota-se que tal preocupação é similar a diversas questões polêmicas já analisadas sobre a judicialização da saúde, conforme capítulos anteriores, até mesmo porque o fenômeno também é fruto da hermenêutica constitucional realizada pelas instâncias superiores.

---

<sup>434</sup> SARMENTO, 2016, p. 254-255.

<sup>435</sup> NERI; SCHUELER, 2016, p. 632.

<sup>436</sup> PULIDO, 2013, p. 34.

<sup>437</sup> Ibid., p. 34.

<sup>438</sup> Ibid., p. 35.

Vermeule<sup>439</sup>, em estudo sobre o impacto da opinião pública, revela que uma de suas funções seria assegurar o cumprimento da Constituição, o que deve ser analisado com ressalvas, pois o autor utiliza como exemplo a realidade americana. Segundo ele aponta, “os juízes estão parcialmente limitados pela antecipação do que a opinião pública irá ou não aceitar”<sup>440</sup>, embora tal efeito possa também impactar o “legislativo constitucional” que, por sua vez, poderá considerar que os juízes irão ceder às pressões externas.

Segundo Vermeule<sup>441</sup>, a opinião pública poderá ter papel de limitador político dos juízes, assim, uma decisão tida como “expressivamente contra majoritária provocará a resposta esmagadora de (outras) instituições políticas”<sup>442</sup>. No entanto, o autor chama atenção para a possibilidade da chamada “tirania da maioria”<sup>443</sup>, no sentido que a maioria, representando os interesses dos mais fortes da população, poderia acabar direcionando a dita opinião pública até mesmo pela crença de que todos desejam concordar com a maioria.

A questão da opinião pública, na hermenêutica constitucional das Cortes, também poderia ser uma forma de afastar o elitismo que assola o direito contemporâneo. Conforme tratado por Neri e Schueler<sup>444</sup>, os autores que pensam dessa forma se baseiam na chamada Teoria do Constitucionalismo Popular que, em resumo, defende que “o governo pertence ao povo, e não aos juízes”<sup>445</sup>, estando baseada na “retirada do poder de interpretação da Constituição das mãos do judiciário e devolvê-lo ao povo, seu detentor originário”<sup>446</sup>.

Nessa senda, a teoria dos diálogos institucionais se contrapõe à teoria do constitucionalismo popular, na medida que não propõe o extermínio da supremacia judicial, mas o diálogo e/ou interação com os atores políticos e o próprio Supremo, agindo contra o monopólio hermenêutico constitucional do Poder Judiciário<sup>447</sup>.

Compete esclarecer que Neri e Schueler<sup>448</sup> salientam que na realidade brasileira não haveria um diálogo institucional propriamente dito, mas, ainda assim, seriam verificadas práticas de diálogo por meio de mecanismos de participação popular previstos no texto constitucional, tais como: as audiências públicas e a figura do *amici curiae*.

---

<sup>439</sup> VERMEULE, Adrian. Governo de opinião pública: A teoria da Constituição de Bryce. In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana (coord.). **Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo**. Curitiba: Editora Juruá, 2016, p. 30.

<sup>440</sup> Ibid., p. 31

<sup>441</sup> Ibid., p. 30-32.

<sup>442</sup> Ibid., p. 32.

<sup>443</sup> Ibid., p. 35.

<sup>444</sup> NERI; SCHUELER, 2016, p. 633-634.

<sup>445</sup> Ibid., p. 634.

<sup>446</sup> Ibid., p. 634.

<sup>447</sup> Ibid., p. 634.

<sup>448</sup> Ibid., p. 638.

No intuito de criar uma aproximação entre o Poder Judiciário e a sociedade, a Lei Federal nº 9.868/99, precisamente em seu artigo 9º, parágrafo primeiro, trouxe a possibilidade de realização de audiências públicas no STF, buscando um diálogo entre os aspectos fáticos e os preceitos jurídicos, propiciando a apreciação conjunta de ambos, afastando o perfil racionalista de processo que separa o fato do direito<sup>449</sup>.

Na presente pesquisa, destaca-se a Audiência Pública nº 04 que foi convocada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, à época o Ministro Gilmar Mendes, realizada nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009, tratando da judicialização da saúde, sendo convocada para subsidiar o julgamento de processos que discutiam a concretização desse direito previsto no artigo 196 da Constituição Federal, especificamente em relação ao oferecimento de medicamentos e tratamentos médicos pelo Poder Público.

Sobre a Audiência Pública nº 04, Limberger e Saldanha<sup>450</sup> destacaram que se tratou de metodologia processual capaz de agregar mais legitimidade democrática à atuação da Corte, uma vez que considerou as manifestações de representantes da sociedade civil participantes desse ato público, criando abertura para a participação de novos sujeitos inicialmente não inseridos no contexto do processo tradicional e individualista do STF, contribuindo, assim, para uma decisão coletivamente construída, buscando respostas constitucionalmente mais adequadas.

Na questão específica da judicialização da saúde e do fornecimento público de medicamentos, a participação da sociedade e de diversos outros atores não afetos diretamente à seara jurídica se mostra relevante, pois as decisões dessa natureza são sempre precedidas de questões multicêntricas e especificidades não relacionadas ao campo estritamente jurídico.

Sobre a participação democrática na interpretação da norma constitucional, é importante o posicionamento de Häberle, apontando que “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la”<sup>451</sup>. Por essa razão, toda atualização da norma constitucional realizada por qualquer indivíduo, ainda que de forma parcial, estabelecerá uma interpretação constitucional antecipada<sup>452</sup>.

---

<sup>449</sup> LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A judicialização da política pública e o direito à saúde: A construção de critérios judiciais e a contribuição do Supremo Tribunal Federal. **Revista Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 12, n. 2, jul./dez., 2011, p. 292.

<sup>450</sup> Ibid., p. 294.

<sup>451</sup> HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição:** Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Medes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 13.

<sup>452</sup> Ibid., p. 13-14.

Assim, no entendimento de Häberle, todo indivíduo que vive num contexto regulado pela norma, é direta e indiretamente um intérprete dessa norma, atuando em seu processo hermenêutico<sup>453</sup>. Segundo o autor, não são apenas os agentes jurídicos que vivem as normas, motivo pelo qual não são os únicos aptos a interpretá-la<sup>454</sup>.

Streck<sup>455</sup> aponta a importância de se problematizar o sentido do ativismo judicial, pois o fato de o STF declarar um ato inconstitucional, não teria, necessariamente, relação com os conceitos de ativismo e judicialização da política, na medida em que a declaração de inconstitucionalidade, por si só, não poderia ser considerada como decisão de “ativismo/judiciopolítica”.

É importante destacar que, se existe a possibilidade de inconstitucionalidade de uma lei por exemplo, tal decisão se mostraria benéfica para a democracia, porque, ao menos se espera, que a Corte estaria fazendo valer a norma constitucional.

Por isso, Streck ressalta que “judicializar a política pode não ser exatamente o mesmo que praticar o ativismo”<sup>456</sup>, visto que a judicialização é contingencial, sendo verificada na maioria das democracias, não sendo, portanto, um mal em si mesma. Assim, segundo Streck, a judicialização seria um problema de incompetência na prática de determinado ato, como na execução de políticas públicas, enquanto o ativismo se revelaria uma problemática atrelada ao comportamento dos juízes ao substituírem “juízes morais pelos seus, a partir de sua subjetividade”<sup>457</sup>.

Em outra análise, Costa e Souza<sup>458</sup> apontam que o Poder Judiciário brasileiro, ainda que de forma tímida, vem adotando condutas consideradas ativistas. No entanto, segundo os autores, o ativismo judicial observado ainda é limitado, principalmente pela teoria concretista moderada adotada pelo STF. Em resumo, ela se refere à “declaração de omissão legislativa ou administrativa após o transcurso de um lapso temporal significativo, que não é quantificado pela Suprema Corte, para que os poderes exerçam suas funções, sob pena de o Judiciário aplicar de forma análoga ou inédita decisão de efeitos erga omnes até que a omissão seja sanada”<sup>459</sup>.

---

<sup>453</sup> HÄRBELE, 1997, p. 15.

<sup>454</sup> HÄRBELE, 1997, loc. cit.

<sup>455</sup> STRECK, Lenio Luiz. A fabricação de enunciados pelo Poder Judiciário como forma de Ativismo Judicial pós-moderno. In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana (coord.). **Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo**. Curitiba: Editora Juruá, 2016, p. 279.

<sup>456</sup> Ibid., p. 285.

<sup>457</sup> Ibid., p. 285.

<sup>458</sup> COSTA, Paulo Victor Rodrigues; SOUZA, Elden Borges. A efetividade do direito fundamental à saúde à luz do estado de coisas inconstitucional. **Revista Campo Jurídico**: Barreiras, v.7 n.2, Julho-Dezembro, 2019, p. 212.

<sup>459</sup> Ibid., p. 212-213.

Na perspectiva analítica adotada por Costa e Souza<sup>460</sup>, o ativismo judicial não representa uma atividade ilegítima porque a legitimidade do Estado de Coisas Inconstitucionais só se manifestaria através de casos concretos, de acordo com o regular exercício do poder judicial e sob os limites institucionais que, por sinal, não são tão claros, além das diversas variáveis políticas e sociais afetas.

Penna<sup>461</sup> aponta que nos Tribunais Constitucionais se observa a maior presença do dito ativismo judicial, ocorrendo confusão entre a guarda da Constituição e o poder de inová-la. O autor afirma que não existe uma posição certa e precisa da Corte quanto à atitude criativa de seus membros que, por sinal, não apresenta simetria de pensamento na temática do ativismo, situação vista como forma de disfarçar a postura discricionária passível de levar à insegurança jurídica<sup>462</sup>.

Vale destacar que o direito fundamental à saúde, no Brasil, sempre viveu uma realidade inconstitucional, em razão da ineficiência das políticas públicas existentes e, também, pela negligência do próprio Poder Judiciário que, muitas vezes, omitiu-se em tratar de matérias relacionadas à saúde pública<sup>463</sup>.

Costa e Souza apontam que tal omissão do Judiciário é oriunda dos vícios teóricos da dita “doutrina majoritária”, tendo como exemplo “a classificação de normas estabelecida por José Afonso da Silva”<sup>464</sup>, principalmente ao estabelecer normas de eficácia plena e limitada, além de se escusar da análise de omissões inconstitucionais sob a justificativa de que “só existe realidade inconstitucional nas normas de eficácia limitada, deixando de declarar a inconstitucionalidade de normas de eficácia plena e contida”<sup>465</sup>.

Nessa sistemática, seria necessária a reformulação da hermenêutica das normas constitucionais, no intuito de resolver questões afetas ao estado de coisa inconstitucional, vivenciado pela saúde pública brasileira.

Sobre a interpretação da norma constitucional, Härbele destaca que deve ser encarado o tema da “constituição e realidade constitucional”, apontando para necessidade de incorporação das ciências sociais e das teorias jurídico funcionais, utilizando um método que seja capaz de atender o interesse público<sup>466</sup>.

---

<sup>460</sup> COSTA; SOUZA, 2019, p. 213.

<sup>461</sup> PENNA, 2016, p. 61.

<sup>462</sup> Ibid., p. 62.

<sup>463</sup> COSTA; SOUZA, 2019, p. 215.

<sup>464</sup> Ibid., p. 216.

<sup>465</sup> Ibid., p. 216.

<sup>466</sup> HÄRBELE, 1997, p. 13.

Não se nega que a garantia e a efetividade dos direitos fundamentais descritos no texto constitucional exigem o controle de constitucionalidade realizado pela Corte, sendo imprescindível a frequente análise da legislação que articula e concretiza tais direitos, tratados de forma aberta e vaga na Constituição, transformando-os em proibições, permissões, mandatos e habilitações determinadas<sup>467</sup>.

Na análise da supremacia judicial na interpretação da norma constitucional, Neri e Schueler também abordam o ativismo judicial, informando que “o judiciário ao adotar uma postura ativista não leva em consideração a existência de limitações de cunho institucional”<sup>468</sup>, tendo em vista que “nenhum dos poderes é capaz de, por si só, solucionar controvérsias que surgem acerca dos direitos, fazendo-se necessário, assim, um arranjo que permita a colaboração entre os atores políticos e as cortes na interpretação e aplicação da Constituição”<sup>469</sup>.

Em sua crítica, Streck resume que “os Tribunais e o STF fazem política quando dizem que não fazem; eles fazem ativismo quando dizem que não fazem; e judicializam quando sustentam não fazer”<sup>470</sup>.

Outra crítica sobre a conduta adotada pelo Poder Judiciário diz respeito à “canonização” das decisões do Tribunal Superior que, segundo Costa e Souza<sup>471</sup>, consiste na falta de desenvolvimento crítico dos tribunais referente às matérias políticas. Em outras palavras, os tribunais não conseguem realizar abordagens críticas e formular propostas que provoquem os Poderes Legislativo e Executivo. Assim, isso legitima o STF a interferir na realidade constitucional, na medida em que os demais poderes e outros órgãos do Judiciário não conseguem, de fato, dar uma solução à situação inconstitucional que se representa na realidade da saúde pública no Brasil<sup>472</sup>. Desse modo, o Supremo consegue se desvincular das críticas de uma possível discricionariedade, passando a agir de forma aceita.

Conforme tratado por Brandão<sup>473</sup>, vivemos num tempo de expansão global do Poder Judiciário que se verifica não apenas no viés da globalização da jurisdição constitucional, mas também no fenômeno da judicialização, quando os magistrados e as Cortes tendem a “dominar a produção de políticas públicas e de normas (...) que antes vinham sendo decididas por outros

---

<sup>467</sup> PULIDO, 2013, p. 30.

<sup>468</sup> NERI; SCHUELER, 2016, p. 633.

<sup>469</sup> Ibid., p. 633.

<sup>470</sup> STRECK, 2016, p. 286.

<sup>471</sup> COSTA; SOUZA, 2019, p. 214.

<sup>472</sup> COSTA; SOUZA, loc. cit.

<sup>473</sup> BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: Teorias, condições e o caso brasileiro. In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana (coord.). **Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo**. Curitiba: Editora Juruá, 2016, p. 293-294.

departamentos estatais, especificamente o Legislativo e o Executivo”<sup>474</sup>. Desse modo, há tendência de transferir o poder de tomada de decisões daqueles que foram eleitos – membros do Legislativo e do Executivo – para os juízes<sup>475</sup>.

Brandão<sup>476</sup> afirma que a incerteza política futura é fator determinante para análise do fenômeno da expansão global do Poder Judiciário, na medida em que os sistemas políticos, em que existe um partido dominante, detendo significativa parcela do poder político, há tendência em se privilegiar a flexibilização da Constituição e a restrição à *judicial review*; enquanto os sistemas políticos com diversos grupos políticos na competição eleitoral, ou seja, não existe um partido dominante, há uma tendência de maior rigidez constitucional e elevação da *judicial review*. Dessa forma, a alternância de grupos políticos no poder impacta na expansão do judiciário, inclusive na seara da judicialização, pois a expansão da democracia também se revela com o alargamento das funções judiciais.

Desse modo, não se nega que existem condições importantes para viabilizar o fenômeno da judicialização, inclusive no Supremo, destacando a existência da democracia. Outra condição importante é a descentralização da Administração Pública, na medida em que em países com estrutura administrativa mais descentralizada e fundada em direitos, os juízes desempenham uma função mais ativa na contenção de atos administrativos tendentes a prejudicar direitos individuais, como ocorre nos Estados Unidos<sup>477</sup>.

Por fim, também se revela como condição preponderante para expansão do fenômeno da judicialização, a perda de confiança da sociedade em seus agentes políticos e nas próprias instituições, fazendo com que os indivíduos depositem todas as esperanças no Poder Judiciário<sup>478</sup>.

Vieira e Dimoulis<sup>479</sup> recorrem ao contexto histórico para concluir que a Carta Magna de 1988 não fora um pacto social entre iguais, embora também não possa ser encarada como mera carta simbólica, pois apesar de se tratar de um pacto assimétrico, estabeleceu direitos a serem respeitados e metas a serem alcançadas.

Os autores salientam que a normativa da Constituição brasileira tem alcançado um grau de resiliência, por meio de um desenho institucional que tem facilitado a efetividade da

---

<sup>474</sup> BRANDÃO, 2016, p. 294.

<sup>475</sup> Ibid., p. 294-295.

<sup>476</sup> Ibid., p. 301.

<sup>477</sup> Ibid., p. 306.

<sup>478</sup> Ibid., p. 307.

<sup>479</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMULIS, Dimitri. Compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual: Reflexões sobre a Constituição resiliente de 1988. In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana (coord.). **Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo**. Curitiba: Editora Juruá, 2016, p. 456-458.

norma, destacando o elemento da figura do Judiciário moderador<sup>480</sup>. Assim, o Poder Judiciário “assumiu o papel de calibração do sistema constitucional e dos mecanismos habilitadores para a tomada de decisão democrática”<sup>481</sup>, tratando o STF como “instância legitimadora das mudanças induzidas pelo legislador e pelo executivo na implementação da constituição”<sup>482</sup>.

Nota-se que a forma como o Supremo Tribunal Federal vem exercendo a sua hermenêutica constitucional, com práticas atreladas ao fenômeno da judicialização e ao ativismo judicial, faz, aos poucos, com que o Legislativo reaja contra decisões do STF, motivo pela qual o diálogo institucional pode representar alternativa viável contra tal tensão entre os poderes e a crítica do monopólio interpretativo do Judiciário<sup>483</sup>.

Conforme tratado por Pulido, a interpretação dos direitos fundamentais, como no direito à saúde, na moderna teoria do direito, reclama o reconhecimento do princípio da ponderação<sup>484</sup>. Nesse caso, quando o juiz utiliza o princípio da ponderação, sua função consiste em analisar a situação concreta, adotando a utilização do princípio mais adequado ao caso sob análise, de acordo com as circunstâncias específicas apresentadas, sendo um exercício hermenêutico.

Sobre o alcance da jurisprudência da Corte Constitucional, Pulido<sup>485</sup> esclarece que a sujeição do juiz está relacionada a todo o ordenamento jurídico, visto que a vinculação do julgador, tão somente à lei em sentido formal, não contribui para o fomento do chamado Estado Constitucional. Nessa perspectiva, o autor afirma que a força vinculante da jurisprudência é um método para tornar efetivo os princípios norteadores da igualdade e da universalidade, embora não se negue que, em determinadas circunstâncias, possa ocorrer a necessidade de se tratar diferentemente dois casos semelhantes em virtude de peculiaridades existentes em cada um deles<sup>486</sup>.

Uma crítica que se faz à força vinculante da jurisprudência constitucional, é que “se o juiz inferior e o posterior devem estar sujeitos ao decidido tempos atrás pelo juiz superior, então o direito corre o risco de se fossilizar”<sup>487</sup>, motivo pelo qual será necessária a criação de uma doutrina que satisfaça a possibilidade dos juízes das instâncias inferiores de apresentar novas propostas interpretativas/hermenêuticas no sistema jurisprudencial<sup>488</sup>.

---

<sup>480</sup> VIEIRA; DIMULIS, 20016, p. 458-459.

<sup>481</sup> Ibid., p. 459.

<sup>482</sup> Ibid., p. 459.

<sup>483</sup> NERI; SHUELER, 2016, p. 641.

<sup>484</sup> PULIDO, 2013, p. 192.

<sup>485</sup> Ibid., p. 193.

<sup>486</sup> Ibid., p. 195.

<sup>487</sup> Ibid., p. 195.

<sup>488</sup> Ibid., p. 195.

Piovesan<sup>489</sup> estudou a justiciabilidade, que em resumo consiste na possibilidade de buscar os direitos sociais e econômicos por meio do Poder Judiciário nas Cortes nacionais, utilizando como ferramenta através de uma análise jurisprudencial realizada no Supremo Tribunal Federal e no Supremo Tribunal de Justiça. No caso específico do fornecimento de medicamentos e assistência médico-hospitalar, a autora aferiu que o STF consagrou o direito à saúde como consecutivo do direito à vida, determinando o fornecimento gratuito das prestações de saúde<sup>490</sup>.

Por meio do referido estudo, conclui-se que as Cortes Superiores no Brasil tendem a assegurar o direito à saúde, trazendo-o como prerrogativa constitucional inalienável e indisponível, apresentando tendência jurisprudencial que desfaz uma ideia formalista e procedimental do direito com o fito de salvaguardar o direito à vida<sup>491</sup>.

Analisando a jurisprudência do STF e do STJ, Piovesan<sup>492</sup> não afasta a existência de tendência majoritária passível de proteger o direito à saúde, mas também salienta a tendência minoritária com fulcro numa ideia liberal clássica e no conceito clássico de separação de poderes, tendente a afastar a justiciabilidade do direito social e a fundamentalidade da saúde, trazendo como principais argumentos os critérios de discricionariedade e conveniência da Administração, a ofensa ao princípio da separação de poderes e questões orçamentárias atreladas à teoria da reserva do possível.

Outra questão importante aferida nos estudos de Piovesan<sup>493</sup> diz respeito à jurisprudência das Cortes Superiores que observou que as demandas de saúde são em sua expressiva maioria individuais. No entanto, a autora leciona que também existem ganhos num montante expressivo de ações individuais, sobretudo as de saúde, na medida em que podem propiciar uma resposta legislativa universal como, por exemplo, a edição de uma lei que garanta o fornecimento obrigatório de determinado medicamento que seria negado pela via administrativa, como ocorreu no caso dos fármacos antirretrovirais utilizados para o tratamento do HIV, exemplo já tratado no capítulo anterior.

Seguindo o entendimento de Piovesan<sup>494</sup> sobre a judicialização dos direitos sociais e econômicos, destacando-se o direito à saúde, é possível deixar uma contribuição

---

<sup>489</sup> PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: Desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (coord.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 57-58.

<sup>490</sup> Ibid., p. 58.

<sup>491</sup> Ibid., p. 64.

<sup>492</sup> Ibid., p. 65.

<sup>493</sup> Ibid., p. 65.

<sup>494</sup> Ibid., p. 69.

transformadora e emancipatória, na medida em que apresenta um rompimento gradativo de uma visão conservadora e formalista do direito, sendo necessário reinventar a relação do Poder Judiciário para que seja um verdadeiro *locus* de afirmação de direitos.

Compulsando a legislação processual civil vigente, conforme o disposto no artigo 988, inciso II, do Código de Processo Civil, as decisões emanadas pelo STF, como regra geral, possuem efeitos vinculantes ao Poder Executivo, responsável pela execução de políticas públicas, e aos demais órgãos do próprio Judiciário sob pena de se utilizar a chamada Reclamação Constitucional no caso de descumprimento, visando garantir a autoridade das decisões do Supremo<sup>495</sup>.

No atual cenário brasileiro, em que há a tentativa de levar a população a um completo descrédito de órgãos julgadores como o Supremo Tribunal Federal, podendo ocasionar num descrédito da própria ordem constitucional, interessante é a análise sobre o pessimismo e o direito realizada por Santos Neto e Diniz<sup>496</sup>. Os autores, com fundamento nas lições kantianas, salientam que “a Constituição deveria ser escrita contendo contornos tais que poderiam governar até mesmo um povo de demônios”<sup>497</sup>, apontando que a norma constitucional deveria considerar “a possibilidade do povo se comportar não como anjos, mas sim como demônios”<sup>498</sup>.

Nesse sentido, também se revela importante o papel de instituições, principalmente do Supremo Tribunal Federal em atuar para recuperar uma atmosfera otimista na sociedade, mesmo se constatada a existência de uma massa que insiste em alijar as minorias, tentando refutar direitos e conquistas sociais como o Sistema Único de Saúde.

### 3.2 O instituto da Repercussão Geral

Uma das modificações incorporadas no sistema jurídico brasileiro através da Emenda Constitucional nº 45/2002, que trouxe algumas mudanças na estrutura do Poder Judiciário, foi o filtro realizado no Recurso Extraordinário, atualmente previsto no artigo 102, parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988, denominado Repercussão Geral<sup>499</sup>.

---

<sup>495</sup> COSTA; SOUZA, 2019, p. 214.

<sup>496</sup> SANTOS NETO, Arnaldo Barbosa; DINIZ, Ricardo Martins Spíndola. Direito e Pessimismo: reflexões sobre um constitucionalismo necessário para governar “até mesmo um povo demônios”. In: BORGES, Alexandre Walmott; COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. **Constitucionalismo e Geopolítica**: estudos comparados sobre a efetividade constitucional. Uberlândia: LAECC, 2017, p. 79-88.

<sup>497</sup> Ibid., p. 86.

<sup>498</sup> Ibid., p. 87.

<sup>499</sup> CORDEIRO, Adriano Consentino. A eficácia da repercussão geral e os mecanismos de filtros nas cortes supremas. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**, Umuarama/PN, v. 15, n. 2, jul./dez., 2012, p. 162.

Tal mecanismo trouxe, de certa forma, a possibilidade de o Supremo escolher as causas que julgará, atuando realmente como um filtro sobre os casos incidentes nos recursos extraordinários de competência do STF, no intuito de afastar do órgão de cúpula as questões tidas como de menor importância, passando a se dedicar a causas de interesse de grandes seguimentos da sociedade<sup>500</sup>. Dentre as quais, destaca-se, na presente pesquisa, as ações de saúde dotadas de grande relevância, tanto do ponto de vista político e jurídico, quanto do ponto de vista social e econômico.

A figura da Repercussão Geral no ordenamento nacional se deve ao grande número de demandas que passaram a chegar no judiciário, dentre elas questões de menor complexidade e importância, razão pela qual fez-se necessário um filtro processual capaz de organizar as ações da Corte Suprema.

Em que pese a existência de críticas ao instituto, não há como negar que o filtro da repercussão geral é uma realidade regulamentada pela Lei nº 11.418/2006 que a disciplinou processualmente, reforçando a competência do Supremo na análise e julgamento dos temas de grande importância no Estado Constitucional.

Compete esclarecer que é através dos Recursos Extraordinário e Especial em casos específicos que o jurisdicionado, na condição de recorrente, buscará a efetividade e a uniformidade de interpretação do direito objetivo. Portanto, o Recurso Extraordinário não é destinado ao reexame da matéria de fato, uma vez que exige, para sua impetração os requisitos do esgotamento dos recursos anteriores e do pré-questionamento dos temas nas instâncias que, em regra, antecedem o STF<sup>501</sup>.

Na sistemática recursal, o recurso especial, direcionado ao STJ, e o recurso extraordinário, direcionado ao STF, possuem características que os diferenciam dos demais recursos previstos na legislação, motivo pelo qual são considerados recursos “excepcionais”<sup>502</sup>. Ambos os recursos se aproximam da necessidade de prévio esgotamento das instâncias ordinárias, por não terem a vocação de corrigir injustiças do julgado recorrido, e sim buscar a homogeneização da interpretação da Carta Magna (recurso extraordinário) e da legislação federal infraconstitucional (recurso especial), servindo, tão somente, para revisão de questões de direito, dentre outras peculiaridades<sup>503</sup>.

---

<sup>500</sup> CORDEIRO. 2012, p. 162.

<sup>501</sup> Ibid., p. 163-164.

<sup>502</sup> MICHEL, Voltaire de Freitas; DEITOS, Marc Antoni; ZALAZAR, Claudia Elizabeth. A interpretação da Repercussão Geral pelo STF nos Precedentes sobre Direito Sanitário. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 15, n. 1, Jan-Abr, 2019, p. 28.

<sup>503</sup> Ibid., p. 28.

A seleção dos fatos que devam ser considerados como de Repercussão Geral ocorre pela elaboração de uma lista de casos que criam “significativo impacto em questões do ambiente econômico, político, social ou jurídico”<sup>504</sup>, capazes de merecer a análise hermenêutica do Supremo que, por sua vez, dará a solução que prevalecerá, inclusive “sobre as demais manifestações dos órgãos do Poder Judiciário”<sup>505</sup>.

Desse modo, a definição dos casos que se enquadram como de Repercussão Geral não deve ser meramente fruto da reunião de opiniões dos ministros da Corte ou de suas impressões particulares acerca das causas que serão apreciadas; mas sim deverá ser atrelada a temas significativos que se enquadram nos dispositivos pactuados no Carta Magna. Embora não exista um conceito fechado do que venha ser sua representação, sabe-se que o instituto se concretiza em função de fatos que revelam grande espectro de pessoas ou um segmento social, excluindo como filtro os interesses individuais e particulares com o fito de fortalecer a norma constitucional, na medida em que reserva ao STF a análise de matérias tipicamente constitucionais<sup>506</sup>.

É cediço que no ordenamento brasileiro as normas constitucionais devem ordenar, disciplinar e guiar a interpretação do Direito Processual Civil, definindo, desse modo, os seus limites e possibilidades<sup>507</sup>. Com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, a definição legal do instituto da Repercussão Geral foi tratada no artigo 1.035, parágrafo primeiro, ao prescrever que “para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”<sup>508</sup>, mantendo praticamente inalterada a concepção que se tinha no CPC de 1973.

Para Fachin e Fortes<sup>509</sup>, a previsão de conceitos jurídicos não determinados pelo legislador infraconstitucional, não expressando, de forma clara e pormenorizada, o que se entende por questões relevantes e transcendentais capazes de caracterizar o instituto da Repercussão Geral, não significa o mero afastamento da concretude do caso a ser analisado, mas evidencia a importância da análise da Corte, principalmente, porque competirá ao

---

<sup>504</sup> CORDEIRO, 2012, p. 164.

<sup>505</sup> Ibid., p. 164.

<sup>506</sup> Ibid., p. 164-165

<sup>507</sup> FACHIN, Luiz Edson; FORTES, Luiz Henrique Krassuski. Repercussão Geral do Recurso Extraordinário: Dever de demonstração da transcendência e relevância da questão constitucional. *Revista de Processo Comparado*, vol. 7/2018, p. 227-251, Jan./Jun., 2018, **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, 2018, p. 02.

<sup>508</sup> BRASIL. **Lei nº 13.105**. Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 de março de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em 26 mar. 2021.

<sup>509</sup> FACHIN; FORTES, op. cit., p. 03.

recorrente a demonstração de que o recurso extraordinário se encontra em harmonia com o preenchimento de tais conceitos indeterminados.

Assim, no entendimento de Fachin e Fortes, o recorrente é o protagonista na demonstração do “modo como o julgamento da questão que se pretende ver discutida no recurso extraordinário impactará de forma transcendente em uma questão relevante em dimensão econômica, política, social ou jurídica”<sup>510</sup>. Assim, pela perspectiva de tais autores, o recurso extraordinário consegue reconciliar “o interesse subjetivo do recorrente”<sup>511</sup> com “o interesse de tutela objetiva da ordem jurídica constitucional em sua transcendência e relevância”<sup>512</sup>.

Fachin e Fortes tentam justificar a perspectiva democrática do Recurso Extraordinário, pois o relator pode admitir a manifestação de terceiros, desde que subscrita por procurador habilitado e nos termos do Regimento Interno do STF, para auxiliar na demonstração do cumprimento e enquadramento do instituto da Repercussão Geral. Porém, segundo os autores, a participação de terceiros na condição de *amici curiae* somente deverá ser admitida quando o recorrente se desincumbir de seu dever de demonstrar a Repercussão Geral em seu recurso, de modo que a figura do terceiro servirá como reforço da tese de relevância e transcendência da questão constitucional<sup>513</sup>.

Nesse ponto, é importante advertir que os fundamentos utilizados para demonstração do Recurso Extraordinário, embora possam admitir o recurso, não têm o condão de vincular a decisão de mérito do Supremo por se tratar de um canal de controle de constitucionalidade no direito brasileiro<sup>514</sup>.

Não existe unanimidade acerca dos efeitos positivos da repercussão geral, no entanto, parcela da doutrina alerta para o risco de o instituto ser utilizado como um “pinçamento”, na medida em que atribui ao STF o poder de escolha das demandas que julgará, não levando em consideração os interesses individuais dos recorrentes, o que pode ser visto como violação dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório<sup>515</sup>.

A escolha pela preferência de privilegiar o interesse geral em detrimento dos interesses individuais dos recorrentes, esbarra na antiga discussão teórica acerca do papel da Corte

---

<sup>510</sup> FACHIN; FORTES, 2018, p. 03.

<sup>511</sup> Ibid., p. 03.

<sup>512</sup> Ibid., p. 03.

<sup>513</sup> Ibid., p. 04.

<sup>514</sup> Ibid., p. 04.

<sup>515</sup> MICHEL; DEITOS; ZALAZAR, 2019, p. 30.

Suprema: se ela deveria atuar apenas no interesse dos litigantes/recorrentes e/ou se também deveria servir ao interesse público<sup>516</sup>.

Conforme já tratado na presente pesquisa, considerando o papel do STF na guarda da Constituição e de intérprete maior das normas constitucionais, inclusive influenciando sobremaneira os juízes singulares e os tribunais inferiores por sua jurisprudência e parametrizando as decisões judiciais através do efeito vinculante de suas decisões, não há como negar que a Corte Constitucional deverá agir não só no interesse dos litigantes ante os recursos opostos, mas também no interesse público.

Para reforçar a sua natureza de filtro recursal, bem como para que o instituto da Repercussão Geral cumpra a finalidade para a qual fora criado, sendo reconhecida a existência da repercussão geral num Recurso Extraordinário interposto, essa decisão também se manifestará sobre os reflexos para todos os outros recursos que versam sobre matéria idêntica em razão da existência de efeito vinculante da decisão<sup>517</sup>.

Nesse sentido, diante do efeito vinculante das decisões de repercussão geral, o Supremo exercerá as suas atividades jurisdicionais como um legislador, na medida em que as questões polêmicas e complexas apresentadas, que deveriam ser resolvidas no âmbito do legislativo, passarão a integrar o debate da Corte, numa sistemática pouco participativa e democrática, fazendo com que o STF não tenha apenas o *status* de guardião da Constituição, mas também o de legislador em matéria fiscal, orçamentária e até mesmo em relação à políticas públicas<sup>518</sup>.

Constada a existência da Repercussão Geral pela Corte, será determinada a suspensão do processamento de todos os processos que estiverem pendentes e em trâmite, individuais ou coletivos, que abordem a mesma questão, até que seja decidido o mérito do recurso extraordinários que ensejou tal repercussão. No mais, nos termos da legislação processual vigente, o Recurso Extraordinário com o reconhecimento da Repercussão Geral pelos membros do Supremo deverá ser julgado no prazo determinado de um ano, além de gozar de preferência sobre os demais feitos, exceto no caso de recursos que envolvam réus presos e pedidos de *habeas corpus*<sup>519</sup>.

---

<sup>516</sup> KERN, Christoph A.; FEIJÓ, Maria Angélica (Trad.); KOCHER, Ronaldo. O papel das Cortes Supremas. *Revista dos Tribunais*, vol. 948/2014, p. 47, out., 2014. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, 2014, p. 03.

<sup>517</sup> CORDEIRO, 2012, p. 173.

<sup>518</sup> BONAT, Débora; ROESLER, Claudia Rosane; PEIXOTO, Fabiano Hartmann. A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal: um exame sobre suas causas e possíveis consequências no período de 2011 a 2016. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 15, n. 1, set. 2019, p. 115.

<sup>519</sup> MICHEL; DEITOS; ZALAZAR, 2019, p. 31.

A utilização de tal instituto como filtro contribui para a elucidação de duas situações complexas no sistema judiciário brasileiro: primeiro referente ao aumento significativo de recursos nos Tribunais, inclusive no Supremo e, segundo, pela baixa efetividade das decisões do STF diante da inobservância do princípio da duração razoável do processo<sup>520</sup>.

Esse instituto contribuiu para reduzir o número de recursos ao Supremo, como comprovam as estatísticas do Portal de Informações Gerenciais do STF, evidenciando que, em 2006, foram distribuídos aos onze Ministros um total de 54.575 recursos extraordinários e no ano subsequente (2007), em que passou a ser exigido o requisito processual da Repercussão Geral desde o segundo semestre, foram distribuídos 20.002 recursos extraordinários<sup>521</sup>, somente nesse período. A expressiva queda no número de recursos se apresentou em 2008, primeiro ano inteiro em que a Repercussão Geral foi exigida, atingindo o importe de apenas 21.742 recursos extraordinários nesse ano todo<sup>522</sup>.

Não há como negar que ações enquadradas na sistemática da judicialização da saúde, tais como as que pleiteiam do Estado e de seus entes públicos o fornecimento de fármacos, ao chegarem ao STF através do Recurso Extraordinário, devem ser enquadrados como questões de repercussão geral, por todos os fundamentos já tratados na presente dissertação, de modo que tais ações se inserem num contexto de interesse público relevante, principalmente em razão de seus impactos econômico, político, social e jurídico que podem estar simultaneamente previstos.

### **3.3 Análise da jurisprudência do Supremo com enfoque nos casos que ganharam status de Repercussão Geral**

Como analisado anteriormente, a judicialização da saúde, principalmente atrelada ao fornecimento de medicamentos, é um fenômeno complexo e multidisciplinar, envolvendo uma série de questões polêmicas que são frequentemente discutidas nos recursos promovidos nas instâncias superiores.

Nota-se que os acórdãos dos tribunais tentam frequentemente fixar parâmetros a serem adotados pelos magistrados, apresentando, muitas vezes, decisões no sentido de limitar o fornecimento dos medicamentos pleiteados através da imposição de “regras” a balizarem a atividade jurisdicional.

---

<sup>520</sup> BONAT; ROESLER; PEIXOTO, 2019, p. 113.

<sup>521</sup> Ibid., p. 114.

<sup>522</sup> Ibid., p. 114.

O próprio Supremo Tribunal Federal (STF), em diversas ocasiões, decidiu sobre o fornecimento de medicamentos pelo SUS, evidenciando certa parametrização das decisões jurisdicionais sobre a matéria.

Dessa forma, será analisado, por meio de um corte espacial e material abaixo descrito, os supostos parâmetros delineados pelo Supremo no fornecimento de medicamentos sob a ótica do fenômeno da judicialização da saúde, bem como verificando se houve, ao longo dos anos, uma mutação constitucional para delimitar a fruição de tal direito.

Como corte espacial, será realizada a revisão e análise da jurisprudência do STF, enquanto última instância jurisdicional do país, sendo a Corte responsável pela interpretação das normas constitucionais e garantia de seu cumprimento por excelência. Como delimitação material, será realizada a análise das decisões que versem exclusivamente sobre a judicialização da saúde, especificamente no caso das demandas que versam sobre o fornecimento de medicamentos em face dos entes públicos com Repercussão Geral reconhecida pelo Supremo.

A jurisprudência a ser analisada, nos recortes acima descritos, foi obtida através de busca no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal a partir das expressões “fornecimento” e “medicamento”, sendo encontrados 212 (duzentos e doze) acórdãos, porém, apenas 12 (doze) deles foram assinalados com o filtro da Repercussão Geral reconhecida<sup>523</sup>.

Dos 12 (doze) acórdãos assinalados com o filtro de Repercussão Geral, apenas 08 (oito) decisões são referentes ao fenômeno da judicialização da saúde voltados ao fornecimento de medicamentos pelo SUS, referente a análise de 05 (cinco) Recursos Extraordinários que tiveram Repercussão Geral reconhecida. Desse modo, a seguir será realizada a análise apenas de tais recursos que tiveram a Repercussão Geral reconhecida, a saber: RE 605.533, RE 657.718, RE 607.582, RE 855.178 e RE 566.471.

### **3.3.1 A legitimidade do Ministério Público – Recurso Extraordinário nº 605.533**

No Recurso Extraordinário (RE) nº 605.533, promovido pelo Ministério Público em desfavor do Estado de Minas Gerais, apresentando como interessados diversos Estados da federação, fora promovido visando a cassação de um acórdão formalizado no julgamento de uma ação civil pública ajuizada por um parquet, no qual a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por maioria, firmou o entendimento de ilegitimidade ativa do

---

<sup>523</sup> Pesquisa realizada no site < <http://portal.stf.jus.br/> >, no dia 08 de abril de 2021.

Ministério Público para a tutela de direitos individuais homogêneos, extinguindo o processo sem resolução de mérito.

O *leading case* que ensejou o RE nº 605.533 é uma ação civil pública (ACP) em que o Ministério Público pleiteou ao Estado de Minas Gerais o fornecimento de determinados medicamentos em favor de uma paciente determinada, bem como requereu o fornecimento dos fármacos pleiteados, por extensão, para todos os demais portadores de hipotireoidismo e hipocalcemia que fossem residentes no município de Uberlândia/MG<sup>524</sup>.

Em sequência, o referido pedido do Ministério Público na ACP foi acolhido em 1ª Instância, porém, foi negado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) em virtude do recurso interposto pelo Estado de Minas Gerais, implicando na reforma da sentença, declarando a ilegitimidade do órgão ministerial para a defesa de direitos individuais homogêneos em sede de ação civil pública. Na ocasião o TJMG entendeu que as atribuições institucionais do MP, de acordo com as normas constitucionais e as hipóteses legais de cabimento da ação civil pública tratadas na Lei nº 7.347/1985, não abrangeria a tutela de interesses individuais de pessoas determinadas, mesmo hipossuficientes, trabalho que deveria ser realizado por intermédio da defensoria pública<sup>525</sup>.

Na mesma oportunidade, o TJMG entendeu que o requerimento de extensão do pedido formulado na ACP a todos os usuários do SUS, residentes no município de Uberlândia/MG, representava “pedido genérico e subjetivamente indeterminado”, afrontando a legislação vigente à época, além de ser capaz de colidir com o “equilíbrio da política governamental de competência do Poder Executivo”, resultando em violação ao princípio constitucional da separação dos Poderes<sup>526</sup>.

No Supremo Tribunal Federal, em sede do RE nº 605.533, o Ministro Relator Marco Aurélio ressaltou que a intenção do parquet na demanda *leading case* seria utilizar uma paciente como exemplo para poder atingir o objetivo de fornecer os medicamentos pleiteados a todos aqueles que estivessem acometidos das mesmas comorbidades e não tivessem condições financeiras de arcar com os custos dos fármacos, de modo que a ação ganhou contornos de ação civil pública<sup>527</sup>.

---

<sup>524</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 605.533. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, data de julgamento: 15 de outubro de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751969399>. Acesso em 18 mar. 2021. p. 549.

<sup>525</sup> Ibid., p. 549.

<sup>526</sup> Ibid., p. 550.

<sup>527</sup> Ibid., p. 547.

Por tal razão, o Ministro Relator Marco Aurélio assim se posicionou sobre a repercussão geral do tema:

Está-se a ver a importância da matéria no que, ao primeiro exame, envolve não o individual, não o subjetivo delimitado, mas interesses difusos e coletivos. Não é demais afirmar ser a saúde direito de todos e dever do Estado, conforme previsto no artigo 196 da Constituição Federal. Tenha-se presente competir ao Ministério Público, no âmbito das funções institucionais a serem desenvolvidas, promover o inquérito e a ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos, além do patrimônio público e social e do meio ambiente. Cumpre ao Supremo definir se, na espécie – em que se busca compelir o Estado de Minas Gerais a proceder à entrega de remédios a portadores de certas doenças –, o Ministério Público tem, ou não, legitimidade para a ação civil pública, valendo notar que se mostraram indeterminados os indivíduos que necessitam dos medicamentos<sup>528</sup>.

Desse modo, o Ministro Marco Aurélio propôs que fosse assentada a tese de que “o Ministério Público é parte legítima para ajuizamento de ação civil pública que vise o fornecimento de remédios a portadores de certa doença”<sup>529</sup>.

O Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto, ressaltou as atribuições do Ministério Público, inclusive no âmbito civil, que não se limitaria à tutela do patrimônio público estatal, mas também deveria agir como defensor do “interesse social” (art. 127, *caput*), da “relevância pública” (art. 129, II), do “patrimônio social” e de “outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III). Ressaltou, ainda, que as ações e serviços de saúde são expressamente qualificadas como de “relevância pública”, além do fato de que, nos termos do art. 129, II, da CF/88, o Ministério Público seria vocacionado para a fiscalização dos serviços de saúde pública<sup>530</sup>.

Moraes argumentou que a análise da própria legislação infraconstitucional vigente, especificamente a Lei nº 7.347/1985 e a Lei nº 8.625/1993, permitiria depreender a legitimidade e as atribuições do Ministério Público, irmanando a atuação do órgão “a quaisquer situações que envolvam um interesse social de relevância transcendente ao interesse concreto de indivíduos ou segmentos econômicos específicos”<sup>531</sup>.

Desse modo, Moraes concluiu pela ampla legitimidade do Ministério Público para atuar em ações que versassem sobre o fornecimento de medicamentos tidos como indispensáveis à tutela do direito à saúde, possuindo capacidade institucional para atuar em

<sup>528</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 605.533. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, data de julgamento: 15 de outubro de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751969399>. Acesso em 18 mar. 2021. p. 548.

<sup>529</sup> Ibid., p. 547.

<sup>530</sup> Ibid., p. 551.

<sup>531</sup> Ibid., p. 552.

questões afetas à judicialização no campo da interação entre o sistema judicial e a população necessitada, o que não descartaria a participação de outros órgãos igualmente capacitados<sup>532</sup>.

Ao votar no RE nº 605.533, Moraes usou como exemplo a experiência ocorrida no Estado de São Paulo, através do programa intitulado ACESSA SUS, em que foi promovida “uma cooperação técnica entre os órgãos do sistema de saúde e os órgãos e entidades do sistema de justiça”, destacando a participação do Ministério Público de São Paulo em conjunto com a Secretaria de Estado da Saúde, a Defensoria Pública e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, de forma cooperativa, uniram-se para estabelecer o “protocolo de fluxos de serviços de triagem e orientação farmacêutica, nutricional e correlatos pelo SUS e seus reflexos no Sistema de Justiça”<sup>533</sup>.

Em tal experiência, os órgãos assumiram, conjuntamente, os compromissos institucionais entre os envolvidos, indicando as rotinas e os procedimentos que seriam realizados e permitindo o fluxo de informações entre eles, de modo que nos casos submetidos ao judiciário, os operadores do direito (juiz de direito, promotor de justiça e defensor público) passariam a ser orientados através das informações compartilhadas através do programa “ACESSA SUS”<sup>534</sup>.

Em virtude dessa prática, Moraes afirma que ocorreu a redução no número de ações sobre a judicialização da saúde, tendo em vista que não seria necessária a intervenção judicial em virtude da atuação conjunta dos órgãos competentes em observância aos critérios técnicos estabelecidos, garantindo à saúde das próprias políticas públicas<sup>535</sup>.

Nota-se que, o posicionamento do ministro, encontra-se em consonância com apontamentos realizados por diversos autores, conforme analisado no capítulo anterior, especialmente no que se refere à necessidade de promover o diálogo institucional entre os próprios órgãos e operadores do direito e, também, entre os Poderes judiciário, executivo e o legislativo.

Experiências tratadas na presente pesquisa como, por exemplo, a do Estado de São Paulo, utilizada por Moraes em seu voto, reafirmam a busca de soluções para afastar efeitos negativos da judicialização da saúde, implicando em ações cooperativas entre os órgãos

---

<sup>532</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 605.533. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, data de julgamento: 15 de outubro de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751969399> . Acesso em 18 mar. 2021. p. 554.

<sup>533</sup> Ibid., p. 554.

<sup>534</sup> Ibid., p. 555.

<sup>535</sup> Ibid., p. 556.

públicos, secretarias de saúde e os próprios poderes públicos como mecanismos aptos a fomentar a concretude do direito de forma mais célere e eficaz à população.

Tais posicionamentos também se coadunam com as questões propostas pelo Direito Fraternal, analisado no capítulo primeiro do presente trabalho, reclamando uma postura mais ativa e de maior comprometimento dos operadores do direito e dos demais atores envolvidos no fornecimento das prestações públicas de saúde, seja através da função jurisdicional ou diretamente pela administração pública pelas políticas e diretrizes do SUS.

Também no RE nº 605.533, o Ministro Edson Fachin, através do voto vogal, asseverou a necessidade de assegurar a legitimação extraordinária do *Parquet*, seja federal ou estadual, para pleitear, inclusive na qualidade de substituto processual, o fornecimento de medicamentos “essenciais à manutenção da vida de pessoa individualmente considerada, ou mesmo de grupos de pessoas que sofrem da mesma moléstia e necessitam do mesmo medicamento”<sup>536</sup>.

Tal posicionamento se justifica nas situações em que o MP atua para salvaguardar o evidente interesse individual indisponível do cidadão, que é socialmente relevante na medida em que decorre do basilar direito fundamental à vida, em consonância com a incumbência constitucional do órgão descrita no artigo 127, *caput*, da Constituição Federal<sup>537</sup>.

Por sua vez, embora se considere de certa forma, simples a questão da legitimidade do Ministério Público, o Ministro Luís Roberto Barroso sustenta que a controvérsia se torna complexa quando o MP pleiteia o fornecimento de um fármaco que não foi incorporado pelo SUS em suas listagens oficiais, salientando que, nessas situações, seria necessário que um órgão técnico responsável pela inclusão ou não do medicamento participasse da lide no intuito de explicitar o motivo de sua não incorporação<sup>538</sup>.

Tal preocupação está voltada para uma das maiores problemáticas da judicialização da saúde referente a obrigação ou não do Estado em fornecer medicamentos não incorporados nas listagens oficiais do SUS, conforme os parâmetros determinados na legislação infraconstitucional vigente, inclusive analisados no capítulo um.

Para Barroso, a problemática está na judicialização da saúde envolvendo pretensões individuais que revelam o privilégio daqueles que possuem acesso à justiça, conforme tratado em capítulo pretérito, de modo que as demandas de saúde devam ser igualmente garantidas a

---

<sup>536</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 605.533. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, data de julgamento: 15 de outubro de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751969399>. Acesso em 18 mar. 2021. p. 556.

<sup>537</sup> Ibid., p. 556.

<sup>538</sup> Ibid., p. 574-575.

todos os cidadãos que se encontrem nas mesmas situações, ou seja, possuam o mesmo quadro clínico<sup>539</sup>.

Porém, através do estudo ora realizado, é possível aferir que não há como afastar o papel do judiciário na concretude do direito à saúde diante de omissões dos demais poderes do Estado, bem como da imprescindibilidade das prestações judicializadas que devem ser verificadas no caso concreto.

No mesmo RE nº 605.533, foi interessante o posicionamento do Ministro Luiz Fux ao considerar que o direito à saúde possui vieses coletivos e individuais, ambos de interesse público incontestável, representando uma “matriz coletiva *lato sensu*”. Independente disso, inclusive no plano individual, o direito à saúde manifesta conteúdo indisponível inerente ao direito à vida e à manutenção da dignidade da pessoa humana<sup>540</sup>.

O posicionamento de Fux pode ser interpretado sob a ótica do direito fraterno na medida em que a vida em sociedade reclama a valorização do direito de todos os indivíduos, afastando-se da lógica utilitarista e trazendo a perspectiva humanista.

Fux reforçou o seu posicionamento ao apontar que a superação do Estado de Direito pelo Estado Social evidencia a necessidade de se concretizar prestações positivas do Estado, buscando a efetivação dos direitos declarados no ordenamento, reconhecendo que as Constituições são dotadas de normas jurídicas de observância obrigatória, de acordo com a força normativa da Constituição apregoada por Konrad Hesse<sup>541</sup>, assegurando o direito ao recebimento das prestações de saúde por intermédio de ações individuais ou coletivas.

Na oportunidade do julgamento do acórdão do RE nº 605.533, o Ministro Gilmar Mendes argumentou sobre a judicialização, observando que está havendo a mitigação dos direitos fundamentais que representam uma conquista do Estado Social. Mendes relata a situação do cidadão que paga todos os seus tributos esperando a concretude, ao menos, “do tripé saúde-segurança-educação”, mas diante da ineficiência do Estado, não cumprindo o seu dever ao receber o dinheiro dos contribuintes, deflagra-se a judicialização de direitos<sup>542</sup>.

O posicionamento de Mendes se baseia na teoria do mínimo existencial tratado no capítulo anterior, pois há o dever do Estado em fornecer aos cidadãos as prestações inerentes à manutenção de sua própria dignidade, destacando-se o direito à saúde. Ademais, diante da

---

<sup>539</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 605.533. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, data de julgamento: 15 de outubro de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751969399>. Acesso em 18 mar. 2021. p. 575.

<sup>540</sup> Ibid., p. 580.

<sup>541</sup> Ibid., p. 580.

<sup>542</sup> Ibid., p. 589.

elevada carga tributária cobrada do povo brasileiro e da necessidade premente de evoluir a concretização dos direitos, necessária se faz a adoção da perspectiva do máximo existencial, conforme defendido por Dantas<sup>543</sup> e analisado no segundo capítulo.

Após amplo debate e dos votos dos Ministros presentes, o STF fixou a seguinte tese: “o Ministério Público é parte legítima para ajuizamento de ação civil pública que vise o fornecimento de remédios a portadores de certa doença”<sup>544</sup>.

Noutro norte, é importante destacar que o Supremo havia se posicionado, inclusive em sede de repercussão geral, em favor da legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento da Ação Civil Pública em defesa de interesses difusos na análise do RE nº 733.433. Embora o *leading case* que ensejou a análise da questão versava sobre a obrigação de se manter em funcionamento as creches e as escolas da rede municipal de educação infantil do município de Belo Horizonte, o acórdão utiliza como exemplo a questão do fornecimento público de medicamentos, referindo-se ao acórdão do RE nº 605.533 para justificar a legitimidade da Defensoria Pública do Estado<sup>545</sup>.

### **3.3.2 A questão dos medicamentos não registrados na ANVISA – Recurso Extraordinário nº 657.718**

Outro tema de repercussão geral - objeto de análise no Recurso Extraordinário nº 657.718 de Minas Gerais - teve, como recorrente, uma cidadã representada pela Defensoria Pública em face do Estado de Minas Gerais, tendo como assistente diversos outros Estados da federação, sendo a problemática o fornecimento pelo Estado de medicamentos não aprovados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

O caso serviu como paradigma para análise da Repercussão Geral, sendo decorrente de uma ação judicial em que a parte autora pretendia o recebimento de um fármaco que o Estado de Minas Gerais se recusou a conceder de forma administrativa: o medicamento *Mimpara 30mg* utilizado para o tratamento de hiperparatireoidismo secundário em paciente com insuficiência

<sup>543</sup> DANTAS, Miguel Calmon Teixeira de Carvalho. **Direito Fundamental ao Máximo Existencial**. 2011. v.1, 436 p. / v.2, 321 p. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011, disponível em: <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/8703>. Acesso em 30 de ago. 2020.

<sup>544</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 605.533. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, data de julgamento: 15 de outubro de 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751969399>. Acesso em 18 mar. 2021. p. 608.

<sup>545</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 733.433. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, data de julgamento: 04 de novembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10669457>. Acesso em 18 mar. 2021.

renal em diálise. A recusa no fornecimento se deu sob a alegação de que estava ausente o registro da droga de origem estrangeira na ANVISA<sup>546</sup>. Tal demanda foi julgada procedente em primeira instância, porém a sentença foi reformada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais que entendeu não ser possível compelir o Estado ao fornecimento de medicamento que sequer possuía registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Embora tenha ocorrido o registro do medicamento pleiteado antes do julgamento final do RE em comento, não foi acatada a preliminar suscitada pela Procurador-Geral da República para pôr fim à análise do tema, tendo em vista que o STF se posicionou favorável a análise da controvérsia em sede de Repercussão Geral no intuito de determinar um parâmetro para os demais casos sobre a mesma matéria e em trâmite nos tribunais<sup>547</sup>.

O Ministro Marco Aurélio, atuando como relator, apresentou diversos argumentos, dentre os quais a insegurança de se determinar o fornecimento de um medicamento não registrado na ANVISA, visto que o registro do produto trata-se de obrigação legal inafastável, inclusive, para a fabricação e importação com fins comerciais, conforme os termos do 12 da Lei nº 6.360/76<sup>548</sup>.

Em resumo, o registro representaria condição necessária para que a Agência Sanitária pudesse verificar a eficácia e a qualidade do produto, bem como fiscalizar a sua produção, motivo pelo qual o não registro implicaria numa presumida inadequação do fármaco, inclusive em relação à riscos à saúde do paciente diante da ausência de sua regulamentação nacional e regular análise de sua procedência.

Aurélio afirmou que não existe contradição em vedar o fornecimento dos medicamentos não registrados na ANVISA, seguindo seu posicionamento no voto prolatado em outro Recurso Extraordinário (RE nº 566.471/RN) em que se mostrou favorável a dispensação de fármacos de alto custo e caráter excepcional, mesmo que não incluídos na Política Nacional de Medicamentos<sup>549</sup>.

Em seu turno, o Ministro Luís Roberto Barroso não se escusou de reafirmar a necessidade de respeito à força normativa da Constituição e de sua efetividade, porém apresentou preocupação, afirmando que o sistema “apresentou sintomas graves de que pode

---

<sup>546</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 657.718. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, data de julgamento: 22 de maio de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312026>. Acesso em 18 mar. 2021. p. 11.

<sup>547</sup> Ibid., p. 11-12.

<sup>548</sup> Ibid., p. 13-14.

<sup>549</sup> Ibid., p. 14-15.

morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos”<sup>550</sup>.

O Ministro e autor se referia ao excesso de decisões caracterizadas como “extravagantes e emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis”<sup>551</sup>, referindo-se aos pedidos de fornecimento de fármacos experimentais e de eficácia duvidosa, além dos tidos como de terapia alternativa.

A questão levantada por Barroso relembra situações já vivenciadas pelo judiciário, como no caso da fosfoetanolamina sintética, exemplificada em capítulo pretérito, em que ocorreu uma avalanche de ações judiciais pretendendo o recebimento da substância que nem era considerada remédio e não existiam provas de seu poder curativo contra o câncer, sendo notório que o judiciário não poderia agir na contramão das evidências científicas sob a alegação de promover a concretização do direito à saúde, o que acarretaria um prejuízo ainda maior à coletividade.

Pelo voto de Barroso, é possível aferir que o seu entendimento foi contrário à falta de critérios para se determinar o fornecimento de medicamentos, como o seu regular registro na ANVISA, porque poderia pôr em risco a continuidade das políticas públicas, sendo passível de desorganizar a atividade administrativa, impedindo a racional alocação dos recursos públicos<sup>552</sup>.

Sobre a questão econômica, Barroso salienta que o registro do fármaco na agência regulatória também seria responsável pelo controle de preço das drogas médicas, de modo que os medicamentos desprovidos de registro nacional tenderiam a ter valores mais elevados, inclusive decorrentes da própria importação. O Ministro exemplificou que “de 2011 a 2013, a Secretaria Estadual de Saúde de São Paulo gastou cerca de R\$ 88,5 milhões apenas para atender menos de 700 demandas judiciais por medicamentos não registrados na agência reguladora”<sup>553</sup>.

No entanto, o ônus financeiro poderia justificar a permanência do não registro dos medicamentos perante a ANVISA, tão somente para afastar a exigibilidade do fármaco através do SUS, situação que está em desacordo com a perspectiva de concretude do direito, não podendo o Estado se escusar de registrar produtos com eficácia comprovada e indispensáveis

---

<sup>550</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 657.718. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, data de julgamento: 22 de maio de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312026>. Acesso em 18 mar. 2021. p. 34.

<sup>551</sup> Ibid., p. 34.

<sup>552</sup> Ibid. p. 34-35.

<sup>553</sup> Ibid., p. 35-36.

aos tratamentos de saúde, na medida em que compete, sobretudo aos entes públicos, acompanharem os avanços científicos.

Porém, a questão do custo do direito não é a única problemática analisada no RE 657.718/MG, na medida em que Barroso também apontou, como questão importante, a própria falta de comprovação da eficácia, segurança e qualidade dos medicamentos pleiteados diante da ausência de seus registros perante a agência reguladora nacional<sup>554</sup>.

Barroso salientou que o registro do medicamento na ANVISA não se tratava de questão meramente burocrática, depreendendo que o procedimento também possui amparo constitucional porque o Estado brasileiro, sob o manto da Constituição de 1988, estabeleceu um sistema de normas de vigilância sanitária das drogas e insumos médicos<sup>555</sup>.

Assim, a Carta Magna também incumbiu ao SUS o ônus de controlar e fiscalizar os procedimentos, produtos e substâncias ligadas a saúde<sup>556</sup>. Para o Ministro Barroso, existiria afronta ao direito fundamental à saúde quando o Estado fosse compelido judicialmente a fornecer medicamento não registrado na ANVISA, porque não haveria provas de submissão das drogas aos testes e critérios técnicos mínimos exigidos nacionalmente, situação que poderia representar risco à saúde pública<sup>557</sup>.

Em sequência, Barroso apontou que a questão objeto do RE 657.718/MG também denotaria violação ao princípio constitucional da separação de poderes, uma vez que haveria invasão de uma função privativa do Poder Executivo, correspondente à chamada reserva da administração, como é o caso do registro na ANVISA de qualquer novo medicamento para que possa ser disponibilizado à população, através da prática de uma série de atos administrativos necessários e técnicos, visando salvaguardar a saúde pública, devendo ser respeitados, inclusive pelo Poder Judiciário<sup>558</sup>.

Barroso salientou a importância em determinar parâmetros para o fornecimento de medicamentos não aprovados na ANVISA, sendo necessário “diferenciar os casos que se referem a medicamentos meramente experimentais dos casos que tratam de medicamentos que já concluíram todas as etapas de testes, mas que ainda se encontram sem registro na agência reguladora”<sup>559</sup>.

---

<sup>554</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 657.718. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, data de julgamento: 22 de maio de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312026>. Acesso em 18 mar. 2021. p. 35.

<sup>555</sup> Ibid., p. 41.

<sup>556</sup> Ibid., p. 38.

<sup>557</sup> Ibid., p. 41.

<sup>558</sup> Ibid., p. 41-43.

<sup>559</sup> Ibid., p. 46.

No entanto, a mora irrazoável da administração pública no registro de medicamentos, ultrapassadas as fases de testes e de comprovação científica, no entendimento de Barroso, não poderia impedir o fornecimento do medicamento. Assim, a inércia injustificada da ANVISA não poderia obstar que os pacientes tivessem acesso aos medicamentos necessários para o restabelecimento ou manutenção da saúde sob pena de ofensa ao direito fundamental e social à saúde, sendo, nesses casos, justificável a intervenção judicial<sup>560</sup>.

Nota-se que, mais uma vez, foi necessária a análise da tutela do direito no caso concreto apresentado, visto que as demandas de saúde são procedidas de questões multicêntricas, não existindo fórmula exata capaz de solucionar, de forma idêntica, todos os casos, porque existem múltiplas alternativas terapêuticas para múltiplos quadros clínicos, havendo pacientes que necessitam de atendimentos excepcionais para garantia de igual gozo do direito à saúde.

Na tentativa de formalizar a questão, Barroso apontou três requisitos para o fornecimento dos fármacos não registrados: o medicamento deveria ter sido submetido ao registro no Brasil; o fármaco deveria possuir registro perante outros renomados órgãos e/ou agências de regulação no exterior, além da inexistência de substituto terapêutico registrado na ANVISA para o tratamento da patologia do paciente/jurisdicionado; requisitos capazes de demonstrar que o registro do medicamento pela ANVISA aguardaria prazo irrazoável e representaria situação excepcional em que a droga deveria ser fornecida<sup>561</sup>.

Outro aspecto relevante tratado, seria sobre a responsabilidade pelo pagamento dos medicamentos não registrados em decorrência da mora desarrozoada da agência. Fora levantado no RE que “quando não houver prova da impossibilidade de custeio, a obrigação estatal se restringirá a viabilizar a importação do fármaco sem registro na Anvisa, devendo o próprio requerente arcar com todos os custos envolvidos nesse processo”<sup>562</sup>. Assim, não poderia a Administração Pública arcar com o fármaco que não passou por seu crivo técnico e administrativo de segurança.

Tal posicionamento merece crítica em razão da elevada carga tributária existente na sociedade brasileira que coloca nas mãos do Estado o dever de contraprestação, principalmente em demandas que envolvam a fruição do direito à saúde.

---

<sup>560</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 657.718. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, data de julgamento: 22 de maio de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312026>. Acesso em 18 mar. 2021. p. 47-48.

<sup>561</sup> Ibid., p. 48-50.

<sup>562</sup> Ibid., p. 52.

Nesse ponto, é importante repisar a teoria tratada por Dantas acerca do máximo existencial relacionado com a ideia de que o Estado, por intermédio de seus poderes executivo e legislativo, não poderia se esquivar de executar políticas públicas que promovessem, de forma progressiva, a ampliação dos níveis de prestação, não se limitando ao mínimo vital, agindo na direção do conteúdo essencial, buscando a satisfação suficiente das necessidades da sociedade vinculadas aos deveres estatais<sup>563</sup> impostos pela norma constitucional e, principalmente, em virtude dessa alta carga tributária.

Por fim, Barroso, em seu voto vista, afirmou que as ações que pleiteiam medicamentos não registrados na ANVISA, deveriam incluir a União no polo passivo da demanda, porque tais litígios seriam resolvidos no âmbito da Justiça Federal<sup>564</sup>.

O entendimento de Barroso se justifica em razão de a União ser a maior detentora da capacidade tributária para arcar diretamente com os custos de tais medicamentos, na maioria dos casos importados, além de possuir maior vocação para atuar em questões diplomáticas que envolvam a importação de substâncias farmacêuticas. No entanto, tal questão também é criticada visto que a União encontra-se mais afastada do jurisdicionado, principalmente dos hipossuficientes, em relação aos demais entes públicos, situação que poderá criar óbices às cobranças dos produtos demandados e servirão como justificativa à mora da administração pública.

Com o fito de restringir o alcance da judicialização, o Ministro Edson Fachin propôs no nº 657.718/MG a adoção da seguinte tese:

No âmbito da política de assistência à saúde, é possível ao Estado prever, como regra geral, a vedação da dispensação, do pagamento, do ressarcimento ou do reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, se (e somente quando) demonstrar, além da ausência de mora, o cumprimento de todos os controles fixados para a política regulatória, caso em que, verificando-se ação ou omissão que viole direito coletivo ou individual, se legitima a chancela de fornecimento pelo Poder Judiciário<sup>565</sup>.

---

<sup>563</sup> DANTAS, 2011, p. 517.

<sup>564</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 657.718. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, data de julgamento: 22 de maio de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312026>. Acesso em 18 mar. 2021. p. 53.

<sup>565</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 657.718. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, data de julgamento: 22 de maio de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312026>. Acesso em 18 mar. 2021., p. 101.

Por sua vez, o Ministro Alexandre de Moraes apresentou voto vista que, dentre outros argumentos, ressaltou a evolução dos precedentes da Corte, relatando o precedente por ele tido como pioneiro, lavrado pelo Ministro Celso de Mello no RE 267.612, em que, pela primeira vez, fora consagrado a efetividade do direito fundamental à saúde para além da mera norma programática e institucional, passando a ressaltar o poder do indivíduo de exigir do Estado as prestações necessárias para a tutela de prestações que garantam um mínimo existencial indispensável à sua saúde<sup>566</sup>.

Alexandre de Moraes destaca que a decisão acerca da controvérsia do RE nº 657.718/MG é mais ampla que meras questões afetas à teoria da reserva do possível e de limitações orçamentárias, administrativas e burocráticas, apontando que não se trata de situação de Estado *versus* indivíduo, mas sim da “necessidade de se validar jurídica e constitucionalmente como legítimas ou não as opções do Poder público de interiorizar coletivamente o direito à saúde mediante políticas públicas estudadas, planejadas e fixadas em critérios razoáveis”<sup>567</sup>, levando-se em consideração que a arrecadação tributária é finita e, os pedidos de medicamentos não registrados na ANVISA, estão fora do planejamento das políticas públicas executadas.

Nessa perspectiva, Moraes aponta que não pretende valorizar os princípios constitucionais da programação orçamentária em detrimento do direito basilar à saúde, o que resultaria numa mitigação daquilo que se entende como mínimo existencial. Mas o Ministro preocupa-se com a capacidade do Poder Público de garantir, do ponto de vista econômico, todas as políticas públicas vigentes, não se restringindo à assistência médica<sup>568</sup>.

Moraes não nega que as políticas de assistência farmacêutica devam continuar com padronizações, inclusive não existindo nenhum país capaz de implementar o acesso público a todos as alternativas terapêuticas existentes no mundo. No entanto, o Ministro salienta que, em questões afetas à saúde, sempre existem excepcionalidades diante da existência de pacientes com quadros clínicos que não se enquadram nos modelos taxativamente impostos, devendo ser avaliadas as exceções e propiciada a modernização do sistema<sup>569</sup>.

Em que pese a importância do judiciário, o Ministro Dias Toffoli destacou, em seu voto, que a agência de vigilância sanitária exerce significativa forma de controle estatal sobre

---

<sup>566</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 657.718. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, data de julgamento: 22 de maio de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312026>. Acesso em 18 mar. 2021., p. 111.

<sup>567</sup> Ibid., p. 113.

<sup>568</sup> Ibid., p. 115.

<sup>569</sup> Ibid., p. 121.

a prestação privada de saúde e, de forma mais abrangente, aos demais elementos que interferem na saúde da população, de modo que não há como desconsiderar a importância de sua atuação sob pena de se colocar em risco a vida humana<sup>570</sup>.

Barroso tentou sintetizar o consenso da maioria dos Ministros no RE nº 657.718/MG, destacando os pontos que permitiram ao Supremo firmasse a fixação da seguinte tese:

- 1) O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.
- 2) A ausência de registro na Anvisa impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.
- 3) É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamentos sem registro sanitário em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016) quando preenchidos os três requisitos:
  - I. A existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras.
  - II. A existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior.
  - III. A inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.
  - IV. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão ser necessariamente propostas em face da União<sup>571</sup>.

Analisando os requisitos elencados pelo Supremo para o fornecimento excepcional de medicamentos não registrados na ANVISA, nota-se que a obrigatoriedade de cumulação dos requisitos é extensiva e representa um ativismo judicial, na medida em que não é mera hermenêutica da norma constitucional expressa e/ou, até mesmo, da legislação infraconstitucional vigente, representando um parâmetro que extrapola a interpretação do direito social e fundamental à saúde.

A existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior e a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil, seria passível de demonstrar a necessidade do fármaco pleiteado, além da viabilidade e cientificidade do tratamento que poderá ser aferida por intermédio de relatórios médicos e/ou perícia especializada. Desse modo, entende-se que é desarrazoada qualquer tentativa de impor ao jurisdicionado o ônus de comprovar questões técnicas relacionadas ao registro do fármaco no Brasil.

---

<sup>570</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 657.718. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, data de julgamento: 22 de maio de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312026>. Acesso em 18 mar. 2021. p. 184.

<sup>571</sup> Ibid., p. 156.

Diante dos critérios apontados pelos STF para que seja fornecido um fármaco não registrado na ANVISA, Araújo e Junqueira afirmam que a mora capaz de ensejar a excepcionalidade deve ser aquela atribuída à ANVISA, afastando, assim, “os casos em que a mora decorre de procedimento ou de inércia do fabricante do medicamento, como em atender providências solicitadas pela agência reguladora”<sup>572</sup>. Isso se deve ao fato de que a existência do pedido de registro de um determinado fármaco não garante, por si só, que as diligências necessárias serão prestadas pelo fabricante para que o processo administrativo de registro seja concluído<sup>573</sup>.

Por essa razão, as autoras apontam que não se pode atrelar a razoabilidade da mora ao prazo legal de forma absoluta, como restou estabelecido no acórdão, uma vez que nem toda demora no registro de medicamentos pode ser vista como irrazoável, passível de autorizar a fornecimento excepcional do fármaco sem registro<sup>574</sup>. Assim, Araújo e Junqueira sustentam que é necessário ponderação, haja vista a complexidade em se analisar alguns fármacos, inclusive, tendo em vista que a ANVISA, via de regra, não participa das ações judiciais<sup>575</sup>.

Em que pese ser importante os apontamentos das autoras, em decorrência do que já fora tratado no presente trabalho, nas demandas de saúde é importante a atitude ativa dos magistrados, de forma cooperativa e até mesmo para além de suas atribuições básicas, de modo que o julgador poderá requerer informações precisas da ANVISA acerca da possível mora alegada com a intenção de tomar uma decisão adequada ao caso concreto.

Araújo e Junqueira, ao criticarem o recurso em tela, afirmam que a “o número de pacientes de todas as doenças raras somados representa um universo que dificilmente poderia ser chamado de exceção”<sup>576</sup>, pois os medicamentos pleiteados, para atender tais quadros clínicos, representam a maior parte dos dispêndios de recursos do Ministério da Saúde com a judicialização, segundo dados de 2016<sup>577</sup>.

As autoras também criticam a obrigatoriedade da inclusão da União no polo passivo das ações judiciais que buscam o recebimento de fármacos não registradas na ANVISA, implicando em flagrante desrespeito ao “princípio da descentralização político-administrativa imposto na Constituição Federal, especificamente quanto ao Sistema Único de Saúde, uma vez

---

<sup>572</sup> ARAÚJO, Cynthia Pereira de; JUNQUEIRA, Silvana Regina. RE 657.718/RG-MG (TEMA 500) – Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA. **Revista da Advocacia Pública Federal**, Brasília, vol. 03, 2019, p. 408-420. Disponível em: <https://seer.anafenacional.org.br/index.php/revista/article/view/99> . Acesso em 27 mar. 2021. p. 415.

<sup>573</sup> Ibid., p. 415.

<sup>574</sup> Ibid., p. 415.

<sup>575</sup> Ibid., p. 415.

<sup>576</sup> Ibid., p. 416.

<sup>577</sup> Ibid., p. 416.

que a União não é responsável pela execução direta das ações de saúde”<sup>578</sup>. Essa questão da inclusão da União nas demandas será analisada quando se verificar o Recurso Extraordinário nº 566.471.

Lucena, analisando o teor do RE nº 657.718/MG, manifesta-se no sentido de que a decisão da Corte fora acertada, aduzindo que se trata “de uma regra *prima facie*, que, conforme pontuado, poderá ser mitigada a depender das circunstâncias fáticas do caso concreto”<sup>579</sup>. No intuito de cancelar o entendimento firmado pelo Supremo, o autor afirma que o magistrado não possui o conhecimento necessário para, no curso de uma ação judicial, “definir, autorizar ou viabilizar a veiculação e o uso de medicamentos no Brasil”<sup>580</sup>, o que ressalta a importância da ANVISA, autarquia “dotada de profissionais com experiência, *know-how*, conhecimentos técnicos e específicos ao enfrentamento da matéria”<sup>581</sup>.

Em que pese a existência de posicionamentos no sentido de que o Poder Judiciário deveria agir com deferência em face das decisões de catalogação da ANVISA, até mesmo em relação à falta de conhecimento específico do magistrado em questões médicas e afins, uma das soluções necessárias para afastar os efeitos negativos da judicialização da saúde, tratada no capítulo anterior, diz respeito à necessidade de diálogo de especialistas da área da saúde para coleta de informação, competindo ao Poder Judiciário se equipar, inclusive por meio da contratação de profissionais da área da saúde e a criação de varas especializadas, para auxiliar o processo de fundamentação e de decisão do julgador.

Assim, a falta de conhecimento científico do magistrado na seara médica e farmacêutica, poderia ser suprida por meio da cooperação e do diálogo entre todos os atores envolvidos no fenômeno da judicialização, inclusive entre os poderes do Estado (executivo, legislativo e judiciário) com o fito verificar as possíveis omissões governamentais no registro e dispensação dos medicamentos, buscando a concretização do direito à saúde.

### **3.3.3 A questão dos medicamentos de alto custo – Recurso Extraordinário nº 566.471/RN**

A questão sobre o fornecimento de medicamentos de alto custo foi objeto de discussão na análise do RE nº 566.471 do Rio Grande do Norte que determinou a repercussão geral da controvérsia da obrigação ou não do poder público em fornecer tais fármacos.

---

<sup>578</sup> ARAÚJO; JUNQUEIRA, 2019, p. 417.

<sup>579</sup> LUCENA, Pedro Flávio Cardoso. Deferência judicial e decisões técnicas da Administração Pública: Análise do julgado RE 657.718/MG. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura, v. 16, p. 339-346, jan-mar/2021. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, 2021, p. 03.

<sup>580</sup> Ibid., p. 04.

<sup>581</sup> Ibid., p. 04.

O *leading case* se deu em virtude do Estado do Rio Grande do Norte ter se recusado a fornecer à recorrida o medicamento *Sildenafil 50 mg*, destinado ao tratamento das enfermidades de “miocardiopatia isquêmica” e “hipertensão arterial pulmonar”, sob a justificativa de que o alto custo e a ausência de previsão no Programa de Dispensação de Medicamentos afastaria a obrigatoriedade de fornecimento do remédio<sup>582</sup>.

Após o julgamento de procedência do pedido em primeira instância, com o fito de determinar o fornecimento público do medicamento pretendido, a sentença fora confirmada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, o que motivou o ajuizamento do Recurso Extraordinário sob análise.

Em resumo, no RE nº 566.471, o recorrente invocou no mérito o princípio da reserva do possível, aduzindo que os recursos financeiros do Estado são limitados, de modo que ao beneficiar determinada pessoa com fornecimento público de um medicamento de alto custo, o Poder Judiciário poderia estar prejudicando outras, não sendo de interesse público o gasto de milhares de reais para atender tão somente um cidadão, aduzindo, ainda, que tal pretensão ofende os princípios da legalidade orçamentária e da separação dos Poderes<sup>583</sup>.

Em seu voto o Relator e Ministro Marco Aurélio combate os argumentos recursais, salientando que o fornecimento de medicamentos compreende um bem vinculado ao direito constitucional à saúde, como direito ao mínimo existencial, conforme todos os preceitos constitucionais e à dignidade do homem<sup>584</sup>.

Nessa perspectiva, Aurélio salienta que a questão deve ser analisada à luz da fundamentabilidade do mínimo existencial e sua ligação com o direito à vida. Para o ministro, não há dúvida que o fornecimento de medicamentos depende da execução de políticas públicas dotadas de diretrizes capazes de garantir a universalidade do atendimento. No entanto, Aurélio destaca que grande problema é quando se verifica falhas ou omissões na execução do que fora formulado, obstando o recebimento de fármacos indispensáveis aos pacientes, inclusive para garantia de sua dignidade, ofendendo o pressuposto do mínimo existencial<sup>585</sup>.

Segundo Aurélio a tese da reserva do possível não pode prosperar quando verificado que a judicialização se deu com ânimo de satisfazer o mínimo existencial, núcleo do direito<sup>586</sup>. Tal entendimento vai ao encontro do posicionamento do Supremo em diversas ocasiões ao

---

<sup>582</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 566.471. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>. Acesso em 18 mar. 2021. p. 02 do voto do Relator.

<sup>583</sup> Ibid., p. 03-05.

<sup>584</sup> Ibid., p. 05.

<sup>585</sup> Ibid., p. 07.

<sup>586</sup> Ibid., p. 07.

longo dos anos, sendo favorável ao fornecimento diante da verificação do binômio imprescindibilidade do fármaco e a incapacidade financeira do paciente em adquiri-lo<sup>587</sup>.

Em conclusão, Aurélio afirma que competirá ao Estado comprovar em juízo que existe a inadequação ou a desnecessidade do medicamento de alto custo pleiteado quando existir nos autos a indicação médica lícita, capaz de demonstrar a indispensabilidade do remédio capaz de ensejar elemento objetivo do mínimo existencial, considerando a existência do direito ao tratamento de saúde devido que é indispensável para existência digna do indivíduo.

Não seria plausível aceitar a inversão de tal ônus probatório, principalmente diante da vulnerabilidade do jurisdicionado frente ao poderio estatal, ainda mais quando o indivíduo se encontra em estado fragilizado de saúde e possui receituário médico que, até prova em contrário, trata-se de documento idôneo e hábil aos fins a que se destina.

Sobre a alegada incapacidade financeira do Estado, no recurso em análise (RE nº 566.471), Aurélio aponta que no Brasil o direito à saúde está incluído num projeto amplo de justiça redistributiva, de modo que a sociedade brasileira efetua o pagamento de impostos e demais contribuições pecuniárias com a finalidade de financiar os serviços públicos que satisfaçam os chamados direitos sociais, dentre os quais, destaca-se o direito à saúde, sobretudo em favor dos hipossuficientes<sup>588</sup>.

Tal ponto remete à lógica da teoria do máximo existencial, trabalhada no capítulo anterior, evidenciando o dever do Estado à satisfação plena dos direitos fundamentais e sociais, como o direito a saúde, para além de prestações mínimas, devendo-se incluir o fornecimento de medicamentos de alto custo quando indispensáveis ao restabelecimento/manutenção da saúde dos cidadãos, não só em razão da concretização do direito, mas também em razão da elevada tributação exigida dos contribuintes.

Em seu voto, Aurélio levanta questão frequentemente discutida diante do fenômeno da judicialização da saúde, referente ao princípio da solidariedade familiar. O ministro utiliza esse argumento como tentativa de retirar o ônus do Estado e de seus entes públicos para arcarem com o fornecimento de medicamentos sob a alegação de que o núcleo familiar poderia contribuir para o custeio do fármaco, de modo que o Poder Público somente arcaria com o medicamento em caso de impossibilidade financeira dos familiares<sup>589</sup>.

---

<sup>587</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 566.471. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>. Acesso em 18 mar. 2021. p. 10.

<sup>588</sup> Ibid., p. 14.

<sup>589</sup> Ibid., p. 15-18.

Tal posicionamento merece crítica porque, na realidade brasileira, é notória a dificuldade de acesso aos bens de saúde pela via particular por grande parcela da população em razão do expressivo valor dos medicamentos frente ao próprio salário-mínimo, sendo desarrazoada a tentativa de divisão dos custos para aquisição dos fármacos entre o ente público e o próprio núcleo familiar do jurisdicionado.

No mais, em razão do próprio contexto histórico do Brasil, as minorias sociais foram levadas a um estágio econômico deficiente, não possuindo rendimentos econômicos suficientes para a manutenção de suas necessidades básicas, o que se estende a todo o seu núcleo familiar, sendo, inclusive, os mais necessitados do judiciário para concretização do direito social e fundamental à saúde.

Por tal razão, Aurélio propõe a seguinte tese:

O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil<sup>590</sup>

Em seu turno, o Ministro Gilmar Mendes<sup>591</sup>, analisando a questão dos medicamentos de alto custo, ressaltou que a análise das questões dos direitos sociais tem sido deslocada “para as teorias da justiça, da argumentação jurídica e da análise econômica do direito”, de modo que os casos concretos devam ser resolvidos levando-se em conta todas as perspectivas que envolvam tais direitos.

Uma das questões levantadas por Mendes em seu voto, é o fato de que o SUS é regionalizado e hierarquizado, fazendo com que possam ocorrer diferenças nas prestações de saúde nos planos regionais e municipais ante assimetrias das políticas públicas adotadas em cada localidade. Desse modo, um medicamento específico e tido como de alto custo pode ser fornecido gratuitamente num determinado Estado da federação e ser negado administrativamente em outro, deflagrando o fenômeno da judicialização<sup>592</sup>.

---

<sup>590</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 566.471. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>. Acesso em 18 mar. 2021. p. 19-20 do voto do Relator.

<sup>591</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 566.471. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-gilmar-mendes.pdf>. Acesso em 18 mar. 2021, p. 03 do voto do Ministro Gilmar Mendes.

<sup>592</sup> Ibid., p. 05 do voto do Ministro Gilmar Mendes.

Tal situação vai ao encontro do princípio da equidade e da universalização do atendimento, fundantes da estrutura norteadora do Sistema Único de Saúde, conforme tratado no capítulo primeiro. Assim, compete à administração pública, em todo os níveis, dirimir tais desigualdades, inclusive no que se refere à divisão do orçamento público com o fito de propiciar a concretização plena dos direitos sociais e fundamentais também nas regiões mais pobres do país.

Mendes salienta que, através da judicialização, o Poder Judiciário se coloca na tentativa de resolver “um problema sem fim: direitos consagrados, mas não atendidos; demandas inacabáveis e poucos recursos; espertezas em todas as esferas; desespero de prefeitos, de advogados públicos, de pacientes, de juízes, de médicos, de acadêmicos...”<sup>593</sup>.

Sobre o fato de a questão ser enfrentada pela sistemática da Repercussão Geral, Mendes aponta que, uma de suas preocupações, é referente à criação de linhas seguras para a uniformização da jurisprudência sobre a matéria, bem como auxiliar no aprimoramento do Sistema de Saúde, atentando para a sua eficiência e a sua sustentabilidade<sup>594</sup>.

Entre as possíveis medidas necessárias para diminuir o número das demandas de saúde, Mendes ressalta a necessidade de um “conjunto de normas de organização e procedimento da própria Administração Pública, de forma a monitorar os novos pedidos, as possíveis fraudes, a necessidade de licitações para diminuição de custos, a atualização dos protocolos e dos próprios procedimentos”<sup>595</sup>.

Mendes também aponta a importância de que a judicialização da saúde deveria ocorrer, preferencialmente, através de ações coletivas e não de forma individual como o maior número de ações distribuídas no país, na medida que seria válida a articulação conjunta dos interessados para obtenção das tutelas de saúde<sup>596</sup>.

Como exemplo, o Ministro trouxe a experiência ocorrida no Estado do Rio de Janeiro em que o Ministério Público, ao observar muitas ações individuais, ingressou com ações coletivas em desfavor do Estado e dos Municípios, visando a obtenção dos medicamentos pleiteados de forma universal. Tal prática também foi realizada pela atuação de ONGs que representam grupos de doentes crônicos e a própria Defensoria Pública, como agentes importantes para o ingresso de ações coletivas<sup>597</sup>.

---

<sup>593</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 566.471. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-gilmar-mendes.pdf>. Acesso em 18 mar. 2021, p. 06 do voto do Ministro Gilmar Mendes.

<sup>594</sup> Ibid., p. 08 do voto do Ministro Gilmar Mendes.

<sup>595</sup> Ibid., p. 16 do voto do Ministro Gilmar Mendes.

<sup>596</sup> Ibid., p. 17 do voto do Ministro Gilmar Mendes.

<sup>597</sup> Ibid., p. 17 do voto do Ministro Gilmar Mendes.

Tal posicionamento, remete a postura cooperativa que deve nortear todos os atores envolvidos no fenômeno da judicialização, máxima já pontuada nos estudos acerca do direito fraterno, incluindo a participação e a organização da própria sociedade através de ações ativas e, até mesmo, diante dos mecanismos disponíveis pelo próprio SUS para a participação popular nas tomadas de decisões, que pode se dar através dos conselhos e conferências de saúde, nos termos apontados no capítulo primeiro.

No entanto, conforme já tratado, não há como afastar as prestações individuais da apreciação do judiciário, diante da necessidade premente da satisfação do direito à saúde, como corolário do direito à vida, ainda mais ao constatar flagrantes omissões do poder público.

Um dos maiores fatores que acarreta o fenômeno da judicialização da saúde, principalmente ligada ao fornecimento público de remédios, é o alto custo dos fármacos na realidade brasileira. Um estudo realizado na Universidade de Princeton, nos Estados Unidos, apontou que os remédios no Brasil custam “duas vezes mais do que na Suécia e o valor chega a ser treze vezes mais elevado que o índice mundial de preços”<sup>598</sup>. Tal situação se deve à elevada carga tributária que incide em tais medicamentos, fazendo com que a “incidência média de tributos em medicamentos de uso humano alcance 33,9% do preço total no Brasil”<sup>599</sup>.

Comparando a realidade do Brasil com a de outros Estados, verifica-se que “países como Austrália, Canadá e Reino Unido não preveem nenhuma incidência tributária indireta sobre medicamentos que requerem prescrição; países como França, Estados Unidos e Japão taxam a partir das seguintes alíquotas, respectivamente, 2,1%, de 0 a 9,775% e 5%.”<sup>600</sup>.

Mais uma vez, retoma-se o dever do Estado brasileiro em fornecer os medicamentos aos administrados, uma vez que chamou para si o dever de satisfazer, ao menos, as prestações básicas atreladas ao mínimo existencial e, diante da intrínseca ligação com a manutenção da dignidade humana e da carga tributária exigível dos contribuintes.

Barroso em seu voto vista, apontou que a assistência farmacêutica através da atividade jurisdicional é repleta de complexidade que se dá em virtude de uma série de fatores, destacando o desmensurado aumento de gastos para aquisição, gerenciamento e distribuição dos fármacos, um aumento expressivo da demanda de remédios pela população, além de um desenvolvimento

---

<sup>598</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 566.471. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-gilmar-mendes.pdf>. Acesso em 18 mar. 2021. p. 19 do voto do Ministro Gilmar Mendes.

<sup>599</sup> Ibid., p. 20.

<sup>600</sup> Ibid., p. 20.

cada vez mais rápido da indústria farmacêutica que incorporam cada vez mais produtos no mercado<sup>601</sup>.

O Ministro Barroso embasa o seu voto com o posicionamento de Dworkin alegando que “não podemos oferecer a todos a assistência médica que os mais ricos dentre nós podem comprar para si”<sup>602</sup>.

No entanto, tal posicionamento reforça a desigualdade existente na concretização do direito à saúde, devendo, ainda, destacar que compete ao poder público e não ao jurisdicionado o dever de demonstrar de forma cabal e através de documentos públicos a impossibilidade do fornecimento dos medicamentos pleiteados, principalmente diante da alta carga tributária nacional, conforme já tratado.

Na ótica do direito fraterno e do humanismo, não é aceitável considerar a exclusão de uma parcela da população das prestações de saúde indispensáveis, muito menos asseverar que tais prestações serão acessíveis tão somente a uma pequena parcela de privilegiados econômicos, visto que uma sociedade que pretende ser vista como avançada não pode excluir dos direitos básicos os mais necessitados, devendo se primar pela necessidade de se pensar no outro como um irmão, um próximo, um indivíduo igualmente importante e capaz de merecer as mesmas condições de saúde.

Barroso também argumenta que o judiciário ao assumir o papel de implementar políticas públicas de saúde, acaba por privilegiar aqueles que possuem acesso qualificado à justiça, por serem detentores de conhecimento dos direitos e por poderem arcar com os custos do litígio judicial<sup>603</sup>.

Tal ótica é consonante com a perspectiva da opacidade do direito tratada por Cárcova<sup>604</sup> e que fora descrita no capítulo segundo, no sentido de que nem sempre o direito é inteligível para todos, existindo disparidade na forma de sua compreensão, o que reflete sobremaneira no acesso à justiça.

No entanto, não há como desconsiderar que existem mecanismos de acesso popular a justiça, a partir de órgãos como a Defensoria Pública, que mesmo diante das dificuldades é uma forma do jurisdicionado buscar o direito. Desse modo, não é plausível admitir alegação tendente a afastar a judicialização da saúde sob o argumento de que existe disparidade no

---

<sup>601</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 566.471. Voto Vista do Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-versa%CC%83o-final.pdf>. Acesso em 18 mar. 2021, p. 10.

<sup>602</sup> Ibid., p. 11.

<sup>603</sup> Ibid., p. 12.

<sup>604</sup> CÁRCOVA, Carlos María. **A opacidade do Direito**. São Paulo: Editora LTr São Paulo, 1998.

acesso à justiça, principalmente pelo fato de que tal deficiência também é decorrente da omissão do poder público.

Nesse momento, também é importante voltar aos fundamentos tratados sob a ótica do direito fraterno no que se refere à necessidade de informação para concretização do direito, diante de sua relevância nas ações públicas de saúde, que deve partir de todos os atores envolvidos no fenômeno da judicialização, inclusive nos atendimentos preliminares realizados pelos agentes de saúde.

Em sua análise, Barroso não se afasta da conclusão de que não há dúvidas de que a política adotada pelo Sistema Único de Saúde é regida pela integralidade, princípio pelo qual se depreende a necessidade de se fornecer os remédios necessários, dentre os quais os que são considerados de alto custo, bem como que o elevado valor unitário de um fármaco não pode ser um impeditivo para sua incorporação nos protocolos do SUS<sup>605</sup>.

No entanto, Barroso defende uma padronização para o fornecimento de medicamentos, alegando que o fornecimento de fármaco já incluído no SUS pode ser judicializado, competindo ao jurisdicionado apenas comprovar a sua adequação e a necessidade do paciente, bem como, via de regra, apresentar o prévio requerimento administrativo<sup>606</sup>.

No que se refere aos medicamentos não incorporados pelo SUS, Barroso apresenta os seguintes critérios/requisitos a serem demonstrados em juízo:

(i) a incapacidade financeira do requerente para arcar com o custo correspondente, (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes, (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS, (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências, e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União. Ademais, deve-se exigir a observância de 1 (um) parâmetro procedimental relativo à realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde (e.g., câmaras e núcleos de apoio técnico em saúde no âmbito dos tribunais, profissionais do SUS e CONITEC), para fins de aferir a presença dos requisitos de dispensação e determinar aos órgãos competentes, no caso de deferimento judicial do medicamento, que avaliem a possibilidade de sua incorporação pelo SUS<sup>607</sup>.

---

<sup>605</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 566.471. Voto Vista do Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-versa%CC%83o-final.pdf>. Acesso em 18 mar. 2021, p. 14-16.

<sup>606</sup> Ibid., p. 14-16.

<sup>607</sup> Ibid., p. 20.

Com o fim de elucidar questões afetas ao fornecimento público de medicamentos através do Poder Judiciário, Barroso propõe um diálogo interinstitucional, alegando que é necessário considerar as capacidades institucionais dos envolvidos, de modo que o judiciário pode dialogar com os entes públicos e com atores com expertise na área da saúde, permitindo a coleta de informações necessárias a fundamentação das decisões judiciais<sup>608</sup>.

Para o Ministro, tal diálogo deve ser exigido para que possa ser aferido o preenchimento dos requisitos acima indicados, com o fito de propiciar maior segurança ao magistrado em suas decisões, aprimorando a instrução probatória<sup>609</sup>.

Por fim, Barroso salienta que é importante a implantação de bancos de dados com informações técnicas capazes de fundamentar as decisões judiciais, podendo o diálogo interinstitucional também ocorrer após o deferimento do fármaco para verificar a possibilidade de sua inclusão no âmbito dos protocolos do SUS<sup>610</sup>.

As medidas apontadas por Barroso no intuito de dirimir os efeitos negativos da judicialização e aperfeiçoar a atividade jurisdicional, são sempre levantadas por especialistas e autores da área, conforme tratadas no capítulo dois, que apontam a importância de um diálogo interinstitucional, elaboração de banco de dados eficientes, participação de especialistas na tomada de decisão, posturas que já surtiram efeitos positivos em algumas localidades por ações do Ministério Público, Defensoria e do CNJ, por exemplo.

Em resumo, com a análise do RE 566.471, o Plenário do STF decidiu no dia 11 de março de 2020 que “o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo solicitados judicialmente, quando não estiverem previstos na relação do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional, do Sistema Único de Saúde (SUS)”<sup>611</sup>. No entanto, a Corte ainda não definiu os parâmetros para fornecimento de tais fármacos em casos excepcionais, que se dará na formulação da tese de repercussão geral (Tema 6)<sup>612</sup>.

Segundo dados do STF, a decisão que fora tomada no julgamento do RE 566.471, atinge mais de 42 mil processos que versam sobre mesmo tema<sup>613</sup>.

---

<sup>608</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 566.471. Voto Vista do Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-versa%CC%83o-final.pdf>. Acesso em 18 mar. 2021. p. 28.

<sup>609</sup> Ibid., p. 28-29.

<sup>610</sup> Ibid., p. 29.

<sup>611</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias do Supremo, Brasília, DF, 11 de março de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095&caixaBusca=N>. Acesso em: 29 de mar. de 2021.

<sup>612</sup> BRASIL, 2020, loc. cit.

<sup>613</sup> BRASIL, 2020, loc. cit.

### **3.3.4 A possibilidade de bloqueio das contas públicas para o fornecimento de medicamentos – Recurso Extraordinário nº 607.582/RS**

Conforme já tratado na presente dissertação, não se nega que a judicialização da saúde traz efeitos diretos sobre o planejamento e a execução das políticas públicas de fornecimento de medicamentos, inclusive diante de medidas mais duras adotadas pelos magistrados em ações que versam sobre a matéria, no sentido de compelir os entes públicos ao fornecimento dos fármacos ao cumprimento das decisões liminares e de mérito.

Dentre as medidas que podem ser requeridas em juízo para garantir o fornecimento de medicamentos é a possibilidade de bloqueio de verbas públicas, questão que foi tida como de repercussão geral, através do julgamento do recurso RE 607.582/RS<sup>614</sup>. Em tal Recurso Extraordinário, o Estado do Rio Grande do Sul se insurgiu contra o acórdão que determinou o bloqueio de suas contas públicas para assegurar o cumprimento da obrigação de fornecimento de fármacos, sob a alegação de que existiria uma pretensa afronta aos ditames constitucionais, precisamente os artigos 100, §2º, e 167, incisos II e VII, da CF<sup>615</sup>.

Tendo em vista que a questão já se encontrava consolidada pelo Supremo, foi afastada a pretensão do recorrente, e fora fixada a tese de que é possível a realização do bloqueio nesses casos<sup>616</sup>.

### **3.3.5 A solidariedade da União, dos Estados e dos Municípios nas ações que versam sobre o fornecimento de medicamentos – Recurso Extraordinário nº 855.178**

O *leading case* do RE nº 855.178, se deu através de uma ação judicial em que a autora ingressou visando obter o medicamento “Bosentana (Tracleer 62,5mg/125mg)”, tendo obtido êxito na antecipação de tutela que fora deferida no sentido de determinar a aquisição do fármaco pelo estado de Sergipe e o cofinanciamento do valor pela União, em percentual correspondente a 50% (cinquenta por cento)<sup>617</sup>.

<sup>614</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral em Recurso Extraordinário nº 607.582/RS. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, data de julgamento: 13 de agosto de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613791>. Acesso em 29 mar. 2021.

<sup>616</sup> BRASIL, loc. cit.

<sup>617</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 855.178. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, data de julgamento: 05 de março de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8015671>. Acesso em 18 mar. 2021. p. 04.

No caso em tela, o estado de Sergipe efetuou o cumprimento da decisão proferida em sede de liminar, procedendo à entrega do fármaco. Ato contínuo, o juízo *a quo* sentenciou ratificando a tutela antecipatória e ocorreu o falecimento da demandante aproximadamente dois meses após a decisão de mérito proferida em primeira instância, cessando a obrigação de fazer. Porém, manteve-se “o inconformismo da União quanto à ordem de ressarcimento do custeio do medicamento ao Estado de Sergipe”.

Através do recurso de apelação, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região entendeu que o dever de fornecer as prestações atreladas a assistência à saúde é compartilhado entre os três entes federativos (União, Estados e Municípios), de modo que a distribuição de atribuições administrativas por meio das normas infraconstitucionais, já tratadas no capítulo um, não afasta a responsabilidade solidária constitucionalmente imposta.

Por tal razão, a União interpôs Recurso Extraordinário com preliminar de repercussão geral e, no mérito, sustentou a existência de violação aos ditames legais dos artigos 2º e 198 da CF/88. Em resumo, argumentou que existem “a ilegitimidade da UNIÃO para figurar no polo passivo da demanda, alegando que o SUS é guiado pelo princípio da descentralização e que a obrigação de fornecer e custear os medicamentos seria de incumbência exclusiva dos órgãos locais”<sup>618</sup>.

É importante destacar que a questão debatida no RE nº 855.178 não se confunde com a discussão dos medicamentos de alto custo, já trabalhadas no presente capítulo por meio da análise do acórdão do RE 566.471-RG, visto que discute apenas a responsabilidade solidária dos entes federados no que tange a concretização do direito a saúde e a agitada ilegitimidade passiva da União.

O plenário do STF, por unanimidade, reconheceu a repercussão geral da questão constitucional fomentada através da via recursal. No mérito, a Corte reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, que se depreende na solidariedade dos entes públicos nas demandas que versam sobre prestações de saúde, sendo vencidos os votos Ministros Teori Zavascki, Roberto Barroso e Marco Aurélio, não ocorrendo a manifestação da Ministra Cármen Lúcia<sup>619</sup>.

Inconformada a União opôs embargos de declaração contra o acórdão do Supremo, principalmente em razão de votos vencidos, com o fito de levar a discussão ao plenário da casa,

---

<sup>618</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 855.178. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, data de julgamento: 05 de março de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8015671>. Acesso em 18 mar. 2021. p. 04.

<sup>619</sup> Ibid., p. 01.

possibilitando um maior debate sobre o tema, necessário em razão de seu caráter de relevância e complexidade<sup>620</sup>.

A Corte decidiu por unanimidade de votos em conhecer, preliminarmente, os embargos de declaração, com a finalidade de melhor discutir a questão no plenário da casa. No entanto, no mérito, por maioria, o Tribunal rejeitou os embargos, embora vencidos os votos dos Ministros Luiz Fux (Relator), Alexandre de Moraes, Roberto Barroso e Dias Toffoli<sup>621</sup>.

Assim, restou fixada a tese de repercussão geral (Tema 793):

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro<sup>622</sup>.

Em tal embargos, o Ministro Alexandre de Moraes asseverou a importância de se incluir União no polo passivo das ações que versam sobre o fornecimento de medicamento não registrado na ANVISA, questão que já foi objeto de repercussão geral em outro recurso, conforme já tratado, haja vista que a ela compete o registro do fármaco<sup>623</sup>. Porém no que se refere aos demais medicamentos, já registrados perante a agência regulatória, o Ministro destaca que é importante a reformulação da tese de Repercussão Geral, considerando que “atende aos ditames constitucionais a responsabilização subsidiária da União, haja vista que a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional pertinente foram expressas quanto à distribuição de competências no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS”<sup>624</sup>.

Como argumento atinente a afastar a responsabilidade solidária, Moraes destaca que existe a necessidade de “manutenção do equilíbrio constitucional”<sup>625</sup>, a partir de balizas constitucionais existentes, tais como a previsão de um sistema federalista e “de suas regras de distribuição de competências legislativas e administrativas, que são um dos grandes alicerces da consagração da fórmula Estado de Direito”<sup>626</sup>.

---

<sup>620</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 855.178. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, data de julgamento: 23 de maio de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752469853>. Acesso em 18 mar. 2021. p. 03-04.

<sup>621</sup> Ibid., p. 02.

<sup>622</sup> Ibid., p. 02.

<sup>623</sup> Ibid., p. 80.

<sup>624</sup> Ibid., p. 81.

<sup>625</sup> Ibid., p. 81.

<sup>626</sup> Ibid., p. 81.

Por tal posicionamento Moraes afirma que o fenômeno da “judicialização da saúde revela contingência que refoge à normalidade democrática”<sup>627</sup>, diante da tensão existente entre os três níveis da esfera federativa.

Assim, Moraes salienta que a Lei nº 8.080 de 1990, apontou a necessidade de uma descentralização político-administrativa das ações e execuções voltadas a concretude dos mandamentos constitucionais, definindo quais as atribuições cabíveis a cada uma das “pessoas políticas”<sup>628</sup>. Desse modo, para o Ministro, existe “um arquétipo normativo bem definido e estruturado pelo legislador para que se garanta o constitucional acesso do cidadão à saúde por meio de atividades administrativas desempenhadas em conformidade com a atribuição de cada qual”<sup>629</sup>.

Por tal razão, Moraes afirma que as ingerências judiciais, nas esferas da justiça estadual e federal, são tidas como “perniciosas ao modelo normativo instituído, a compelir, muitas das vezes, o abandono, principalmente pelos Estados e municípios, do programa orçamentário destinado ao financiamento de tais serviços, arruinando a divisão funcional de atribuições e encargos desenhados”<sup>630</sup> por meio da legislação vigente.

Concluindo, Moraes saliente que diante da distribuição de competências previamente estabelecidas, bem como da divisão de valores que são repassados pela União aos Estados, Distrito Federal e Municípios para que esses adquiram os remédios e distribuam à população, ao seu ver, “não há razão para se delinear uma responsabilidade solidária entre os entes federados”<sup>631</sup>.

Para fundamentar o seu posicionamento, Moraes destaca que o próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ) prescreve por meio do enunciado nº 08 que “nas condenações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas, quando possível, as regras administrativas de repartição de competência entre os gestores”<sup>632</sup>.

Em seu turno, o Ministro Dias Toffoli destacou em seu voto que até a Suspensão de Tutela Antecipa nº 175, que será trabalhada no tópico seguinte da presente pesquisa, os precedentes do Supremo não determinavam qualquer consideração sobre a solidariedade dos entes públicos, apenas se levantando a possibilidade de inclusão de quaisquer deles no polo

---

<sup>627</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 855.178. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, data de julgamento: 23 de maio de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752469853>. Acesso em 18 mar. 2021. p. 83.

<sup>628</sup> Ibid., p. 85.

<sup>629</sup> Ibid., p. 91.

<sup>630</sup> Ibid., p. 91.

<sup>631</sup> Ibid., p. 95.

<sup>632</sup> Ibid., p. 95.

passivo das demandas judiciais, transparecendo a adoção do instituto da solidariedade pela Corte<sup>633</sup>.

Toffoli destacou que o próprio CNJ, apresentou enunciado no sentido que

A responsabilidade solidária dos entes da Federação não impede que o Juízo, ao deferir medida liminar ou definitiva, direcione inicialmente o seu cumprimento a um determinado ente, conforme as regras administrativas de repartição de competências, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento (enunciado 60 CNJ).

Por essa razão, Toffoli entende que a tese da solidariedade firmada pelo Supremo, impede a repartição de atribuições do SUS, apontando que tal ideia de “condenação indistinta de todos os entes (sem repartição de atribuições), provoca desordem na forma de cumprimento do comando judicial”<sup>634</sup>, bem como que a “indicação constitucional de competência comum no cuidado e na assistência à saúde prevista no art. 23, II, da CF/88, exigiria indubitavelmente a participação de todos os entes, mas sem sobreposição de atribuições entre eles”<sup>635</sup>.

Em resumo, Toffoli defendeu que

É comum a responsabilidade entre os entes que compõem o Sistema Único de Saúde, o que implica obrigação estruturada em níveis de atuação, os quais devem ser observados nas ações judiciais voltadas ao fornecimento de medicamentos, conforme a seguinte disposição: - na demanda que veicular pedido de medicamento, material, procedimento ou tratamento constante nas políticas públicas, deve figurar no polo passivo a pessoa política com competência administrativa para o fornecimento (dispensação) daquele medicamento, tratamento ou material, a ser identificada de acordo com a omissão que tenha ensejado a ação judicial; - na demanda que veicular pedido de medicamentos, tratamentos, procedimentos ou materiais não constantes das políticas públicas instituídas: será exigida a presença dos entes conforme sua atribuição no sistema: União (responsabilidade técnica); estado ou município (conforme o nível de responsabilidade de execução da política de saúde); com divisão de custeio entre todos os entes (responsabilidade de financiamento, conforme complexidade do atendimento)<sup>636</sup>.

O Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto, defendeu que quando o medicamento pleiteado não se encontra incluído na lista dos SUS, a demanda deve ser proposta apenas em face da União, uma vez que somente ela pode determinar, via CONITEC e por meio dos

<sup>633</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 855.178. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, data de julgamento: 23 de maio de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752469853>. Acesso em 18 mar. 2021. p. 111.

<sup>634</sup> Ibid. p. 113.

<sup>635</sup> Ibid., p. 113.

<sup>636</sup> Ibid., p. 125.

procedimentos adequados, a inclusão de um fármaco nas listagens da política pública de dispensação<sup>637</sup>. Por tal razão, o ministro assevera que não existe nenhuma razão para se adotar a solidariedade entre os entes públicos nas demandas em que o fármaco não conste nas listas do SUS<sup>638</sup>.

O voto de Barroso defende que “é melhor para o sistema e produz maior justiça, em matéria de saúde, a fórmula da subsidiariedade”<sup>639</sup>, na medida em que para a forma da solidariedade traz um custo ao sistema de saúde que é melhor ser evitado, sem que isso represente um prejuízo ao paciente<sup>640</sup>.

Nota-se que os voto contrários a solidariedade dos entes públicos na demandas de saúde, estão na contramão do entendimento firmado pela maior parcela do aporte bibliográfico pesquisado na presente pesquisa, dentre os autores que se dedicam a estudar o fenômeno da judicialização da saúde, visto que é corrente o entendimento no sentido que compete a todos entes federativos a obrigação de prestar assistência farmacêutica de saúde, inclusive de forma solidária, ao serem demandados por meio das vias judiciais.

Assim, compete repisar o posicionamento de Alves que explicita que existe solidariedade na prestação do direito à saúde, o que resulta no fato de que todos os entes da federação podem ser demandados pelos indivíduos na busca pela satisfação dos pedidos relacionados ao pleno gozo do direito à saúde, embora exista<sup>641</sup>.

Não se nega a existência de um Sistema Único de Saúde, amparado pela Constituição Federal, hierarquizado e que delimita a prestação dos serviços pelos entes federados, o que poderia, à primeira vista, ensejar na competência exclusiva de determinado ente, a depender da prestação pretendida, apta a afastar a competência dos demais<sup>642</sup>. No entanto o entendimento consolidado na doutrina especializada e na própria tese de Repercussão Geral do Supremo, é no sentido de que a divisão de atribuições realizada pela legislação infraconstitucional é voltada tão somente para organização do sistema de saúde e para implementação da execução de políticas públicas, principalmente no que tange a repartição e destinação de recursos públicos, não tendo o condão de implicar no afastamento da solidariedade entre os entes federativos na concretização plena do direito à saúde em seu viés prestacional.

---

<sup>637</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 855.178. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, data de julgamento: 23 de maio de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752469853>. Acesso em 18 mar. 2021. p. 138.

<sup>638</sup> Ibid., p. 139.

<sup>639</sup> Ibid., p. 140.

<sup>640</sup> Ibid., p. 140.

<sup>641</sup> ALVES, 2013, p. 134

<sup>642</sup> ALVES, 2013, loc. cit.

Conforme já tratado, é cediço que a estrutura dos municípios, por exemplo, está mais próxima do cidadão comum, de modo que para realização dos pedidos atinentes a saúde na tentativa de fixação da tese da subsidiariedade poderia implicar em uma maior dificuldade aos jurisdicionados, principalmente ao mais vulneráveis.

Nessa lógica, o afastamento da solidariedade poderia ensejar em uma maior dificuldade de diálogo entre os poderes executivo e judicial, postura tido como importante para afastar efeitos negativos da judicialização nos termos tratados no capítulo anterior, na medida em que os juízes singulares estão mais próximos das secretarias municipais e estaduais de saúde, para promoção de ações conjuntas e coordenadas na tentativa de equacionar as demandas e satisfazer as prestações de saúde discutidas, ao ser comparada a estrutura hierarquicamente superior do Ministério da Saúde.

Por fim, a ideia de solidariedade dos entes públicos, no plano do direito processual civil e que implica na inclusão de todos os entes no polo passivo das demandas judiciais, possui consonância com os ditames do direito fraterno, conforme tratado no capítulo primeiro, principalmente no que se refere ao dever de cooperação. Nesse sentido, ao incluir todos os entes públicos no polo passivo, o jurisdicionado poderá estar contribuindo com a cooperação e acordos entre os entes públicos no sentido de se promover a concretização do direito, postura que poderá se dá de forma administrativa e judicial.

Fazendo uma crítica ao recurso em comento, Galil afirma que por meio da interpretação da redação das normas constitucionais afetas à matéria da promoção da saúde, nota-se que constituinte desejou “reunir esforços de todo o corpo social, estatal ou não, para a disponibilização da saúde ao cidadão, com o cuidado de não deixar vácuos que, por óbvio, impactariam diretamente a vida dos usuários”<sup>643</sup>, perspectiva que justifica a própria existência do SUS.

Galil sustenta que a descentralização praticada no âmbito do sistema público de saúde tem o condão de concretizar o princípio da igualdade, no sentido que compreende desigualar situações a medida de sua desigualdade, uma vez que se atuação do SUS fosse centralizada e uniforme, o direito fundamental de um indivíduo no interior do Amazonas, por exemplo, sofreria flagrante redução, se comparado a outro de grandes centros urbanos<sup>644</sup>. Desse modo, a

---

<sup>643</sup> GALIL, João Victor Tavares. Cofinanciamento estatal no SUS – RE 855.178 ED/SE. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura, v. 13, p. 345-350, abr-jun/2020. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, 2020, p. 03.

<sup>644</sup> Ibid., p. 03.

descentralização do SUS visa garantir o acesso universal amplo e facilitado, o que não pode servir reduzir responsabilidades de qualquer ente federativo<sup>645</sup>.

No que se refere a tese fixada pelo Supremo no RE nº 855.178, é importante destacar que ela pode ser analisada em duas partes, uma atrelada ao reconhecimento da solidariedade, e outra com relação ao restabelecimento do equilíbrio financeiro dos entes públicos, na medida em que prescreve que compete “ao magistrado determinar o ressarcimento ao ente que, não tendo a atribuição jurídico-administrativo para tal, financiou o tratamento”<sup>646</sup>.

Assim, em que pese a tese reforce a existência de solidariedade, também convoca o magistrado a uma atuação proativa, na medida em que depreende que compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento nos termos das regras atinentes a repartição de competências, passível de determinar o ressarcimento a quem fora compelido a suportar o ônus financeiro, caso necessário<sup>647</sup>.

### 3.4 A Suspensão de Tutela Antecipada nº 175

Um dos casos mais paradigmáticos e que representou a tentativa de parametrização do Supremo Tribunal Federal nas demandas que versam sobre o fenômeno da judicialização da saúde, foi a Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175, analisada pelo Supremo em sede de Agravo Regimental, mencionada também nos votos do Recurso Extraordinário nº 855.178 e em outras diversas jurisprudências sobre o tema.

O *leading case* que ensejou o STA nº 175 é referente a demanda de uma jovem de 21 (vinte e um) anos que pleiteou a obtenção de um medicamento para o tratamento de uma doença neurodegenerativa rara, comprovada clinicamente e por exames laboratoriais, apontando que era necessário a realização do tratamento por meio do fármaco pretendido, que na época era orçado em R\$52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) por mês. É importante destacar que o medicamento pleiteado era apontado pela clínica médica como único capaz de obstar o avanço da doença ou ao menos aumentar a chance de vida da paciente, com uma determinada qualidade de vida<sup>648</sup>.

---

<sup>645</sup> GALIL, 2020, p. 03.

<sup>646</sup> LEITE, Rafael Soares; CASTELO, Fernando Alcantara; LOPES, Fernando Augusto Montai y. O restabelecimento do pacto federativo na judicialização da saúde: a paralisia da União e o julgamento do Recurso Extraordinário nº 855.178 pelo Supremo Tribunal Federal. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, v. 08, n. 03, set. 2019, p. 77.

<sup>647</sup> Ibid., p. 79.

<sup>648</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Brasília, DF, data de julgamento: 17 de março de 2010. Disponível em:

A paciente obteve êxito em sede de tutela antecipada, porém a União interpôs recurso alegando a impossibilidade de fornecimento da prestação de saúde em razão da falta de registro da droga perante a ANVISA, embora o medicamento tivesse sido regularmente registrado na agência regulatória após a oposição do referido recurso, bem como sustentando que o fármaco não estava incluído nos protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS<sup>649</sup>.

É importante salientar, que o município de Fortaleza, também demandante, e a União não lograram êxito em afastar a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado para o tratamento do quadro clínico da demandante<sup>650</sup>.

Em resumo, em sede do STA nº 175 a União sustenta a existência de violação do princípio da separação de poderes e das normas infraconstitucionais reguladoras do SUS, apontando que compete a Administração Pública a função exclusiva de formular e executar políticas públicas, entendendo ser indevida a interferência do poder judiciário como vem sendo realizada. No mais, argumenta que a União é parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, argumentando que a ação deveria ter sido proposta somente em face do ente responsável pela dispensação do medicamento.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes se posicionou afirmando que

com relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um determinado valor para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos<sup>651</sup>.

Ato contínuo, segundo Mendes, argumentam-se que diante da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação completa das necessidades sociais, é necessário que se formule políticas sociais e econômicas que implique escolhas alocativas dos recursos públicos<sup>652</sup>. Desse modo, o Poder Judiciário enquanto vocacionado a concretizar a justiça social

---

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em 29 mar. 2021. p. 71-72.

<sup>649</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Brasília, DF, data de julgamento: 17 de março de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em 29 mar. 2021. p. 72-73.

<sup>650</sup> Ibid., p. 73.

<sup>651</sup> Ibid. p. 80.

<sup>652</sup> Ibid., p. 80.

diante de casos concretos, “microjustiça”, não estaria hábil a analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em favor da parte demandante<sup>653</sup>.

Em outra perspectiva, Mendes ressalta a posição dos que entendem que o direito à saúde é atrelado ao princípio da dignidade humana e a teoria do mínimo existencial, motivo pelo qual os pleitos que buscam a tutela da saúde não podem deixarem de ser objeto da apreciação judicial<sup>654</sup>.

Mendes saliente que “juízos de ponderações são inevitáveis nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos<sup>655</sup>”.

Em resumo, Mendes entendeu que:

ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinar política pública de saúde parece ser evidente<sup>656</sup>.

Em sequência, Mendes afirma que “se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão de não fornecê-la, ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação”<sup>657</sup>.

Pela análise do voto do Ministro Gilmar Mendes é possível aferir o seu posicionamento pela solidariedade dos entes federativos<sup>658</sup>, capazes de figurarem em conjunto no polo passivo das ações judiciais que envolvam a judicialização da saúde.

Em seu turno, o Ministro Celso de Mello prolatou o seu voto, *in verbis*:

o objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de proteção ao direito à saúde, traduz meta cuja não-realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público, ainda mais se tiver presente que a Lei fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa ser (necessariamente) implementado mediante adoção de políticas públicas consequentes e responsáveis<sup>659</sup>.

---

<sup>653</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Brasília, DF, data de julgamento: 17 de março de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em 29 mar. 2021. p. 80.

<sup>654</sup> Ibid., p. 80.

<sup>655</sup> Ibid., p. 83.

<sup>656</sup> Ibid., p. 92.

<sup>657</sup> Ibid., p. 93.

<sup>658</sup> Ibid., p. 99.

<sup>659</sup> Ibid., p. 107.

Desse modo, Mello aponta que a incumbência de implantar políticas públicas atribui-se, mesmo que de modo excepcional, ao Poder Judiciário, quando os órgãos estatais competentes descumprirem os encargos político-jurídicos decorrentes dos mandamentos constitucionais, voltados à eficácia e integralidades dos direitos individuais e coletivos<sup>660</sup>.

Assim, conclui-se que Mello entende como justificável a intervenção do Poder Judiciário diante da recusa governamental em “conferir significado real ao direito à saúde”<sup>661</sup>, não representando qualquer ofensa ao princípio da separação de poderes, diante da necessidade de prevalecer o direito à saúde no caso concreto.

Acerca do princípio da reserva do possível, Melo asseverou em seu voto que tal teoria não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade dolosa de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, inclusive quando tal postura pode representar a “aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”<sup>662</sup>.

Nesse ponto, é importante destacar as críticas a teoria da reserva do possível, realizada no capítulo anterior, principalmente tendo em vista que não atende de forma uniforme a realidade brasileira, visto que o Brasil é um país de grande desigualdade social, em um histórico de não satisfação dos direitos sociais básicos em sua plenitude, embora a existência de alta carga tributária, sobretudo para os mais pobres.

No mais, conforme já foi discutido na pesquisa, a impossibilidade econômica do Estado em arcar com os custos materiais das prestações de saúde deve ser comprovadamente demonstrado pelo órgão através de documentos idôneos, não bastando a mera replicação da teoria da reserva do possível, em defesas genéricas e sem conjunto probatório hábil. Destaca-se também, que conforme tratado por Alves<sup>663</sup>, ao ser constatado um período de severa crise econômica passível de impedir de fato o fornecimento das prestações pretendidas, tal limitação será admissível tão somente em tal período, não podendo se estender de forma indistinta.

Após amplo debate, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, negou o provimento ao Agravo referente ao pedido de Suspensão da Tutela Antecipada nº 175.

Entre os parâmetros trazidos pela STA nº 175, descritos no relatório do Ministro Gilmar Mendes, a partir de uma análise eminentemente literal do art. 196 da CF, as ações judiciais referentes ao fornecimento de medicamentos e tratamentos pelo SUS, devem observar:

---

<sup>660</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Brasília, DF, data de julgamento: 17 de março de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em 29 mar. 2021. p. 110.

<sup>661</sup> Ibid., p. 111.

<sup>662</sup> Ibid., p. 115.

<sup>663</sup> ALVES, 2013, p. 198.

(1) quando o tratamento já esteja previsto nas políticas públicas existentes, cabe ao Judiciário garantir o seu efetivo cumprimento; (2) a Administração Pública não poderá ser condenada a fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA; (3) o fornecimento de um tratamento alternativo a um já oferecido pelo SUS só poderá ser exigido se for comprovada a ineficácia ou a inadequabilidade, para determinado paciente, do tratamento já oferecido; (4) o Estado não pode ser condenado a fornecer tratamento experimental, isto é, pesquisas sem comprovação científica de sua eficácia; (5) a pretensão a tratamentos não mais considerados experimentais, mas que ainda não foram incorporados pelo SUS, deve ser avaliada, cuidadosamente, nas respectivas ações individuais e/ou coletivas<sup>664</sup>.

É importante destacar que o julgamento do Agravo Regimental do STA nº 175 se deu em 2010, de modo que tais parâmetros já foram revisados e/ou revisitados pelo Supremo, como no caso do Recurso Extraordinário nº 657.718 (julgamento realizado em 2019), já tratado na presente pesquisa.

---

<sup>664</sup> OLIVEIRA, Renata Camilo de. Direito à saúde: Considerações sobre sua judicialização à luz da decisão do STF no STA-AGR nº 175 e da Lei nº 12.401/2011. Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu, São Paulo, n. 03, 2015, p. 52.

## CONCLUSÃO

A presente pesquisa dedicou-se a uma abordagem do fenômeno da judicialização da saúde, especificamente acerca das demandas sobre o fornecimento público de medicamentos através de uma abordagem analítica baseada na teoria do Direito Fraternal, por meio de uma perspectiva humanística do direito, havendo intrínseca ligação com a sistemática dos direitos humanos.

Conforme tratado no capítulo primeiro, a metateoria do Direito Fraternal se relaciona com a promoção e a concretização do direito fundamental e social à saúde, devendo serem observados os seus preceitos, tanto na formulação e execução de políticas públicas de saúde, quanto na judicialização do próprio direito.

Foi possível aferir que a ordem constitucional brasileira reclama a análise fraterna, tendo em vista que prescreve a necessidade de instituir o Estado Democrático de Direito que, dentre outros fundamentos, busca assegurar os direitos sociais e individuais como representativo de um dos valores supremos capazes de revelar uma “sociedade fraterna”, ditame que inaugura a Carta Constitucional de 1988 em seu preâmbulo.

A presente pesquisa poderia partir de outras categorias e perspectivas analíticas, porém optou por utilizar a metateoria do direito fraterno por se tratar de tema ainda pouco explorado, além de trazer diretrizes e apontamentos que guardam fundamental importância para solução dos problemas advindos do fenômeno da judicialização da saúde, possuindo intrínseca relação com a sistemática dos direitos humanos.

De início é importante ressaltar que a perspectiva do direito fraterno aponta a necessidade de uma transdisciplinaridade dos fenômenos sociais, atrelada à ideia de “transgredir” e, ao mesmo tempo, “integrar”, visando à satisfação plena do direito, postura que guarda relação com qualquer análise acerca da judicialização da saúde.

A metateoria do direito fraterno apresenta-se como opção ante teorias tradicionais, incapazes de equacionar problemas atuais que são reiterados pela insistência em modelos antigos. Assim, os estudos apontaram a necessidade de uma nova postura dos atores envolvidos na sistemática da judicialização da saúde, rompendo com antigos limites na atividade jurisdicional, tendo, como exemplo, a necessidade de diálogo entre os poderes públicos, principalmente entre o judiciário e o executivo.

Dentre os pressupostos do Direito Fraternal a serem observados também no fenômeno da judicialização, destaca-se a necessidade de realizar pactos e acordos entre todos os poderes

e atores envolvidos, buscando a satisfação material necessária para o gozo do direito à saúde, como no caso do fornecimento de medicamentos pelo SUS.

A análise da teoria do direito fraterno, apontou a necessidade de promover uma postura ativa de todos os atores envolvidos no fenômeno da judicialização, não só ligados à função jurisdicional, visto que o fenômeno se inicia no atendimento primário do paciente, revelando a importância do comprometimento de médicos, agentes e administradores públicos, além de todos os operadores do direito, tais como: advogados, defensores públicos, servidores, promotores e magistrados, enfim, todos desempenhando papéis importantes e capazes de contribuir com a elucidação dos problemas enfrentados.

Conclui-se que diversas ações de saúde poderiam ter sido evitadas se existissem pactos eficientes entre a administração pública e as indústrias farmacêuticas, bem como entre os administradores e seus agentes de saúde, dentre outros.

No que se refere aos acordos, a teoria do direito fraterno revelou que podem se dar também no plano internacional, como verificado em diversos países no enfrentamento à pandemia de coronavírus. Também, pode servir para solucionar questões relativas ao fornecimento de medicamentos excepcionais e de alto custo que, via de regra, são importados e, muitas vezes, não possuem registro perante a ANVISA. Nesse ponto, é relevante o pressuposto incorporado por esta teoria no sentido de trazer a humanidade para um lugar comum, devendo o direito à saúde ser universalmente reconhecido para além da limitação geográfica e política.

A teoria do direito fraterno também revelou a necessidade da “inclusão sem limites”, revelando que o gozo do direito à saúde deve se dar de forma universalizante à toda população, sobretudo, aos mais vulneráveis, possuidores de maiores dificuldades de acesso às prestações materiais de saúde.

A pesquisa constatou que a efetivação da justiça distributiva é um dos objetivos do Constitucionalismo fraterno, sendo necessário resguardar a dignidade da pessoa humana, incluindo no conceito de humanos toda a coletividade, na medida em que o direito não pode esquecer dos hipossuficientes, vinculados ao sentido de vidas nuas apregoado por Giorgio Agamben, que igualmente devem gozar das políticas públicas sociais e do acesso à justiça.

Dessa forma, conforme tratado no primeiro capítulo, o humanismo deve ser um fim do direito, competindo a todos os atores envolvidos se dirigirem para um *status* de sociedade culturalmente avançada, pois o vasto catálogo de direitos fundamentais e sociais deve estar ao alcance de todos.

Sobre o direito fundamental e social à saúde, a pesquisa constatou que se trata de um direito primário por excelência, visto que é corolário do direito à vida, sendo imprescindível o seu pleno exercício para que se garanta o acesso a todos os demais direitos, motivo pelo qual não pode sofrer restrição ou limitação, incluindo, assim, o direito à disponibilidade dos medicamentos através da via pública.

A Constituição de 1988 foi fundamental para o desenvolvimento e a promoção dos direitos fundamentais e sociais, principalmente do direito à saúde. Na sistemática constitucional brasileira ora vigente, o direito à saúde é imediatamente executável, devendo ser garantido pelo poder público, competindo, assim, aos governantes executarem políticas públicas capazes de concretizar a norma constitucional sobretudo com o fito de garantir a dignidade dos indivíduos.

Assim, a pesquisa aferiu que, independentemente da perspectiva utilizada para a concepção de direitos sociais, tratadas no capítulo primeiro, especialmente no caso do direito à saúde, não há como negar a sua inafastável ligação com o direito à vida e a manutenção da dignidade da pessoa humana, devendo ser exigível de plano, inclusive em relação ao fornecimento das prestações materiais indispensáveis pela via judicial.

Além de ser considerado um direito humano por excelência do ponto de vista internacional, o direito a saúde no Brasil é classificado como direito social e possui *status* de direito fundamental, motivo pelo qual é cláusula pétrea, sendo vedada a sua abolição e restrição, porque possui aplicação imediata, vinculante e plenamente exigível do Estado.

Através da análise da norma constitucional e do aporte bibliográfico existente sobre a matéria ora pesquisada, verifica-se que todos os entes federativos (União, Estados e Municípios) podem legislar sobre matéria afeta ao direito à saúde, no que diz respeito ao seu *locus* de atuação.

Acerca do Sistema Único de Saúde, é importante destacar que a pesquisa ressalta a sua importância e relevância nacional na concretização do direito à saúde, tratando-se de uma das maiores conquistas nacionais, fruto da luta do movimento de reforma sanitária, podendo, atualmente, atender toda população brasileira, inclusive estrangeiros que se encontrem no Brasil, sem a exigência de contraprestação direta.

Salienta-se que, até mesmo, aqueles que possuem acesso a planos de saúde privados necessitam do SUS, pois ele é um dos principais responsáveis pelo plano nacional de vacinação, importância ressaltada no momento para o enfrentamento da pandemia de COVID-19, além de acompanhar a produção de medicamentos e insumos médicos, atuando em ações de vigilância sanitária, questões voltadas à saúde do trabalhador e o seu ambiente laboral,

fiscalização e inspeção de alimentos consumidos no Brasil, dentre outras atribuições, todas imprescindíveis.

Assim, a presente pesquisa serviu para reforçar a luta em defesa do SUS, buscando a concretização dos direitos sociais e fundamentais básicos a todos os residentes no Brasil, sejam nacionais ou estrangeiros.

O SUS brasileiro, exemplo mundial em políticas públicas de saúde, é dotado de uma série de princípios, dentre os quais se destaca a universalidade de acesso aos serviços de saúde, inclusive em todos os níveis de assistência, assegurando a todos o direito à políticas públicas que atendam o maior número de indivíduos.

Nas políticas públicas do SUS, deve-se observar o princípio da equidade, dirimindo as desigualdades sociais, considerando que as pessoas não são iguais e não estão nas mesmas condições sociais, mas todos merecem e podem exigir a concretização do direito social e fundamental à saúde.

O princípio da integralidade, basilar do SUS, relaciona-se ao dever de concretização plena do direito à saúde, garantindo a promoção, proteção, cura e reabilitação em todos os níveis de complexidades, desde a atenção primária, incluindo as várias dimensões do processo saúde-doença, voltadas a todas as necessidades dos indivíduos, inclusive farmacêuticas.

Dentre outros princípios, em sede de conclusão, destaca-se o princípio da participação popular ante a necessidade e a possibilidade de a sociedade interferir em questões afetas ao sistema de saúde, contribuindo para a promoção do direito e a evolução do sistema, o que pode se dar através de conselhos e conferências de saúde as quais estão diretamente relacionadas com a sistemática do direito fraterno já tratada.

Um dos motivos que ensejaram a escolha do recorte do tema da presente pesquisa, voltada especificamente ao estudo do fenômeno da judicialização atrelada ao fornecimento público de medicamentos, se deu em razão da existência de diversas normas infraconstitucionais que regulam a dispensação de fármacos, destacando-se a Lei nº 8.080/1990 e outras correlatas, tratadas no capítulo primeiro, as quais prescrevem como se dará a sua dispensação.

Embora haja aparato legal descrevendo, de forma expressa, que os medicamentos fornecidos no âmbito do SUS devam estar devidamente registrados perante a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e incluídos nas listagens oficiais das políticas públicas de cada ente público, como a RENAME, muitas decisões judiciais discutem o fornecimento de fármacos não registrados e não incluídos nas políticas públicas implementadas.

Ademais, a legislação infraconstitucional descreve a forma como se dará a organização e a estruturação do fornecimento de medicamentos, prescrevendo a competência de cada ente público, diretrizes que nem sempre são observadas pelos magistrados nas ações sobre o recebimento de fármacos, ainda mais ante a solidariedade entre todos os entes federativos (União, Estados e Municípios), com o fito de permitir a concretização do direito à saúde.

Não há como realizar uma pesquisa sobre o fenômeno da judicialização sem analisar a importância das políticas públicas, sobretudo do ponto de vista social, apontando as suas fases de formulação, implementação e avaliação, todas afetadas pela interferência judicial. Assim, a pesquisa aferiu que as políticas públicas de fornecimento de medicamentos devem considerar os efeitos da judicialização da saúde em todas as suas fases, na medida em que se trata de um fator importante e significativo a ser observado pela Administração Pública.

Em resumo, o fenômeno da judicialização impõe questões políticas e sociais que, via de regra, estariam sujeitas ao campo político, competindo, em princípio, aos Poderes Legislativo e Executivo, passassem a ser enfrentadas e decididas pelo Poder Judiciário. Desse modo, questões referentes ao fornecimento público de medicamentos, que poderiam ser resolvidas através da legislação e da atividade administrativa do Estado, serão alçadas ao campo das decisões judiciais.

Embora a pesquisa seja voltada à realidade brasileira, é importante destacar que o fenômeno da judicialização está sendo globalmente discutido e, no Brasil, é decorrente do processo de democratização, fruto de um histórico de não promoção satisfatória dos direitos sociais e fundamentais, além do descrédito da população aos Poderes Executivo e Legislativo.

Em resumo, o fenômeno da judicialização é fruto do próprio arranjo institucional feito pelo legislador constituinte que constitucionalizou diversas matérias e converteu os juízes em intérpretes da Constituição.

Embora haja discussões sobre as questões típicas dos poderes do Estado, a pesquisa aferiu que a legitimação do Poder Judiciário, diante do fenômeno da judicialização, é inafastável, principalmente porque há necessidade de concretização dos direitos fundamentais e sociais, do direito de acesso à justiça e da inafastabilidade de tal poder, além da divisão de poder e funções dos entes federativos como parte do sistema constitucional que, na sistemática atual, não comporta mecanismos hermenêuticos fechados.

Assim, a pesquisa concluiu que atualmente se reconhece o caráter fluído da separação de poderes, apontando atribuições preferenciais, mas não exclusivas de cada ente federativo, visando a garantia dos direitos sociais e fundamentais através dos preceitos extraídos da

Constituição, sendo o Poder Judiciário elevado à condição de defensor objetivo e independente da ordem constitucional vigente.

O fenômeno da judicialização desnudou a ineficiência e a omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, trazendo a ideia de que compete ao “Estado-Juiz” impor a execução de políticas públicas estabelecidas em lei através da tutela dos direitos subjetivos, concretizando a vontade do legislador constituinte.

Nesse ponto, é importante verificar que a judicialização se relaciona com o ativismo judicial, amplamente criticado no cenário científico, referindo-se a uma atividade ativa e intensa do Poder Judiciário na concretização de questões que deveriam ser discutidas pelos demais poderes visando a efetividade de valores e fins constitucionais.

Sobre esse ponto, a pesquisa aferiu que os magistrados também são criadores do direito na medida em que, uma vez acionados, são instados a realizar a interpretação da norma, esclarecendo, integrando e transformando o seu sentido e alcance, embora existam diferenças entre os processos legislativo e judiciário.

Desse modo, também não há como negar a existência do ativismo judicial nas ações de saúde em que se pretende o recebimento de medicamentos em face do Estado, porque existe ampla jurisprudência evidenciando a hermenêutica constitucional e, até mesmo, no sentido de parametrizar a prestação pública, conforme foi analisado na pesquisa.

Retornando à questão específica da judicialização e do fornecimento público de medicamentos, a pesquisa ressaltou o caráter multicêntrico das decisões, de modo que o fenômeno reclama dos magistrados, em primeira análise, a necessidade de equilibrar os direitos à saúde e à vida do jurisdicionado com questões complexas orçamentárias e organizacionais da própria administração pública.

Aferiu-se que é indispensável a criação e a estruturação de políticas públicas para a concretude do direito à saúde, inclusive através de listagens oficiais de medicamentos e da padronização capaz de organizar e possibilitar a execução de tais políticas, o que não afasta a possibilidade de interferência do poder judiciário, nos casos de ineficiência ou omissão, quando verificadas violações à concretização do direito.

Diante da enorme variabilidade de quadros clínicos, nem sempre as políticas vigentes possuem, em suas listagens, os medicamentos necessários ao tratamento do administrado que, muitas vezes, necessita de remédios não discriminados nas listas oficiais do SUS, como a RENAME. Nessas situações em que inexiste alternativa terapêutica oferecida administrativamente pelo SUS em razão de peculiaridades no tratamento do paciente, deflagra a judicialização do direito ante a inafastabilidade do julgador.

Nesse ponto, a pesquisa não nega que o cidadão, sempre que possível, deve-se adequar aos preceitos das políticas públicas vigentes, realizando o tratamento necessário ao restabelecimento e à manutenção de sua saúde, com base nas alternativas terapêuticas incluídas nas listagens oficiais e registradas na ANVISA. Porém, questões afetas ao direito à saúde não são lineares e nem todos os pacientes se adaptam ao que é preestabelecido pelas políticas públicas, mostrando-se imprescindível o recebimento de prestações materiais que não foram incorporadas ao sistema público para o gozo concreto de seu direito.

Verificou-se que existem diversos casos em que o fenômeno da judicialização poderia ter sido afastado ou, até mesmo, seria desnecessário como nos casos em que existem prescrições médicas de fármacos não incorporados nas listagens do SUS, mas existem alternativas terapêuticas também capazes de atender de forma satisfatória o quadro clínico do paciente. Em tais casos pode haver o desconhecimento dos atores envolvidos acerca da própria estrutura da política pública à disposição do cidadão.

Desse modo, nota-se a importância de um maior comprometimento dos agentes públicos e demais atores envolvidos - pressuposto da lógica do direito fraterno - que devem se aperfeiçoar nas prestações de saúde desde o atendimento primário, afastando a necessidade da judicialização, sempre que for possível, até mesmo em benefício do próprio paciente.

Por essa razão, a pesquisa vislumbrou que a judicialização da saúde deve ocorrer sempre a partir da análise do caso concreto, de modo que possa ser garantida, sempre que possível, a estrutura das políticas vigentes a fim de se contribuir para a efetividade do direito, embora também não possa ser vista como obstáculo à plena satisfação da norma constitucional.

Após a análise da judicialização no fornecimento público de medicamentos, conclui-se que esse fenômeno pode ter efeitos positivos no avanço das próprias políticas públicas, visto que em, razão das inúmeras ações judiciais, muitos fármacos passaram a ser incorporados no âmbito do SUS, ocorrendo o desenvolvimento das políticas que passam a ser capazes de atender um maior número de indivíduos e casos clínicos através da incorporação de novas alternativas terapêuticas, acompanhando, assim, a evolução da ciência.

Como tratado nessa pesquisa, à título de exemplo, a judicialização da saúde nos anos 90 permitiu que os medicamentos antirretrovirais voltados ao tratamento do HIV fossem incorporados no SUS, tornando o Brasil referência mundial no tratamento dessa doença, inclusive pela dispensação pública de fármacos.

Por meio do estado da arte sobre o tema, conclui-se que a judicialização deve observar a ciência especializada e as ações de saúde devem ser respaldadas em lastro probatório capaz de justificar o fornecimento de medicamentos não incluídos nas listagens oficiais do SUS em

detrimento de alternativas, sobretudo, verificando a plausibilidade e a comprovação de adequação do tratamento, sob pena de causar riscos à saúde do próprio jurisdicionado.

Dentre as soluções apontadas pelos pesquisadores da área, destaca-se a atuação conjunta dos diversos atores envolvidos no fenômeno da judicialização, inclusive com a inclusão de *expertises* da área da saúde a fim de auxiliar os magistrados na tomada de decisões.

A pesquisa revelou algumas medidas que podem ser adotadas para afastar a necessidade da judicialização ou reduzir os seus possíveis efeitos negativos, destacando a premente necessidade de diálogo entre os poderes no intuito de unir esforços para resolução de questões afetas às prestações públicas de saúde, contribuindo para inclusão de medicamentos frequentemente requeridos pela via judicial nos protocolos do SUS e para o fornecimento administrativo do fármaco, sempre que possível.

Além disso, a pesquisa destacou a importância de ações conjuntas entre diversos órgãos, tais como: a Defensoria Pública, o Ministério Público, as Procuradorias Públicas e as Secretárias de Saúde que apresentaram efeitos positivos em diversos Estados, apontando a necessidade de acordos e do comprometimento comum para a resolução dessas questões, evitando-se os efeitos negativos da judicialização.

Não há como negar que o direito à saúde, principalmente em seu viés material, está intrinsecamente ligado à teoria do mínimo existencial, conforme analisado no capítulo segundo, pois visa garantir a dignidade da pessoa humana.

No entanto, as questões relacionadas à concretude do direito à saúde em seu viés material sempre encontram resistências em decorrência de sua perspectiva econômica atrelada aos custos do direito, sendo sempre impugnadas com base na aventada impossibilidade de seu cumprimento pela teoria da reserva do possível e em razão da alocação de recursos públicos.

Em que pese os argumentos das procuradorias públicas no sentido de afastar o direito do jurisdicionado, a pesquisa aferiu que em razão da elevada carga tributária nacional e do papel do Estado na promoção do direito à saúde, a teoria da reserva do possível, por si só, não teria o condão de fundamentar as improcedências das demandas, ainda mais ante os ditames da teoria do máximo existencial.

O Supremo Tribunal Federal, em seu papel de guardião da Constituição e de intérprete por excelência da norma constitucional, posicionou-se em diversas oportunidades acerca do fenômeno da judicialização, inclusive em sede de repercussão geral, vinculando todas as instâncias inferiores na tentativa de parametrizar o fornecimento público de medicamento através da via judicial.

Um das primeiras decisões do Supremo, que se tornou paradigmática ao fornecimento público de medicamentos, deu-se com o julgamento do Agravo Regimental da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 que, em 2010, definiu os seguintes parâmetros a serem observados: (1) não obrigação da Administração Pública em fornecer fármacos não registrados na ANVISA; (2) o pedido judicial visando o recebimento de um tratamento/medicamento em detrimento a um já oferecido pelo SUS somente é exigível se comprovado que o tratamento já oferecido administrativamente é ineficaz ou inadequado ao quadro clínico do paciente; (3) a impossibilidade do Estado ser condenado a fornecer tratamento experimental, ou seja, sem comprovação científica de sua eficácia e (4) no caso de pretensão a tratamentos/medicamentos que já não são mais considerados experimentais, porém ainda não foram incorporados pelo SUS, deve ocorrer avaliação cuidadosa nas ações individuais e/ou coletivas.

Compete esclarecer que os parâmetros do STA nº 175 foram revisitados e revistos pelo STF em outros recursos, inclusive por meio do instituto da repercussão geral, conforme analisado no capítulo três. No mais, o STA nº 175 deixou incontroverso que, nos casos em que o medicamento/tratamento já estiver previsto nas políticas públicas existentes, competiria ao Poder Judiciário garantir o seu efetivo cumprimento e a concretização do direito à saúde.

Em sede de Repercussão Geral, o STF decidiu pela legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública que visasse o fornecimento de remédios a portadores de certas doenças, influenciando a judicialização coletiva do direito à saúde (RE nº 605.533).

No que tange à legitimidade, o Supremo firmou o entendimento que todos os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, como no caso do fornecimento de medicamentos. Em tal tema de repercussão geral, o STF asseverou que compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento da obrigação de acordo com as normas de repartição de competências, inclusive ressarcindo quem suportou o ônus financeiro e não detinha tal competência no âmbito do SUS (RE nº 855.178).

Outra questão definida pelo STF, em sede de repercussão geral, foi a possibilidade de bloqueio de verbas públicas no caso de descumprimento de liminares ou sentenças, conforme os termos do julgado no RE nº 607.582/RS.

A Corte também já se posicionou, em sede de repercussão geral, sobre o fornecimento de medicamentos experimentais, entendendo que o Estado não é obrigado a fornecê-lo (RE nº 657.718/MG). Por seu turno, sobre os fármacos não registrados na ANVISA, o Supremo decidiu que a ausência do registro impede, como regra geral, o fornecimento público. No entanto, ele apontou que pode ocorrer a dispensação dos remédios não registrados na agência

brasileira nos seguintes casos: (1) quando existir pedido de registro no Brasil, exceto no caso de medicamentos “órfãos” para doenças raras e ultrarraras; (2) diante da existência de registro da droga em renomadas agências de regulação no exterior e (3) quando inexistir alternativa terapêutica com registro no Brasil (RE nº 657.718/MG).

Segundo o STF, é necessário o preenchimento dos três requisitos acima descritos, após a verificação de mora irrazoável da ANVISA, para o fornecimento do medicamento não registrado. No mais, a Corte definiu que as ações em que se pretende o recebimento de remédios não registrados, devem ser propostas em face da União (RE nº 657.718/MG).

Também em sede de repercussão geral, o Supremo definiu que o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo, solicitados pela via judicial, quando os remédios não estiverem previstos na relação do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Sistema Único de Saúde (RE nº 566.471/RN). No que se refere aos medicamentos de alto custo, o STF ainda não definiu quais os parâmetros serão fixados para o seu fornecimento em casos excepcionais.

Após toda a análise realizada na pesquisa, é possível concluir que todos os parâmetros delineados pelo STF, na questão específica do fornecimento de medicamentos, buscam a análise do fenômeno da judicialização da saúde de acordo com os casos concretos apresentados em juízo.

Assim, verifica-se que o Supremo se preocupou em delinear algumas particularidades, possibilitando o fornecimento de remédios que não estão incluídos nos protocolos do SUS e, até mesmo, não registrados na ANVISA, quando verificada e comprovada a imprescindibilidade do fármaco pleiteado ao restabelecimento e/ou manutenção da saúde do jurisdicionado.

No que se refere aos medicamentos de alto custo, em virtude do tratamento dado àqueles não registrados na ANVISA, verifica-se a tendência em adotar critérios para análise de casos excepcionais no sentido de possibilitar o fornecimento dos remédios quando verificada a sua imprescindibilidade ao tratamento do paciente.

Desse modo, a análise da jurisprudência do Supremo revelou a preocupação da Corte em manter a estrutura das políticas vigentes, concedendo, tão somente, os fármacos previamente descritos nas listagens oficiais do SUS, conforme determina a legislação infraconstitucional vigente, tratada no capítulo um, sempre que for possível.

Nesse ponto, é importante ressaltar o uso da expressão “sempre que for possível”, pois se verifica que o posicionamento do Supremo aponta para a possibilidade de se deferir medicamentos não incluídos nos protocolos e diretrizes do SUS nos casos em que as alternativas

terapêuticas existentes não atendam a situação clínica do paciente e/ou não sejam capazes de restabelecer ou manter a sua saúde.

As parametrizações do Supremo não afastam o direito de acesso à justiça e a possibilidade de análise das demandas de saúde de acordo com os casos concretos apresentados e, de uma forma geral, existe uma preocupação dos Ministros da Corte com a concretização do direito fundamental e social à saúde, principalmente em seu viés prestacional.

Independente da ideologia adotada pelo pesquisador, é cediço que para a manutenção de um Sistema Único de Saúde - capaz de atender de forma efetiva a sociedade, de modo universal, integral e com equidade -, será necessária a realização de padronização das prestações oferecidas à sociedade o que deve ser observado também pelos tribunais. No entanto, a depender do caso clínico do paciente, é plenamente possível, com amparo constitucional, o oferecimento de prestações diversas com o fim de concretizar o direito à saúde, corolário do direito à vida, que se encontra intimamente relacionado à noção de mínimo existencial e de atenção ao princípio da dignidade humana.

Assim, levando-se em consideração todo o caminho percorrido no presente trabalho, conclui-se que a judicialização da saúde é uma alternativa adequada ao fornecimento público de medicamentos, passível de concretizar o direito humano, fundamental e social à saúde.

O Poder judiciário, como um dos mais importantes *locus* de concretização desse direito, não poderá se escusar de julgar as demandas judiciais sobre o fornecimento de medicamentos pelo SUS, ainda que exista um aparato normativo infraconstitucional com diretrizes para a execução de políticas públicas. Desse modo, diante do inafastável direito à saúde, independentemente se a demanda é individual ou coletiva, a tutela poderá ser analisada pela via judicial, de acordo com as questões e as peculiaridades do caso concreto, principalmente se verificadas omissões legislativas e executivas e/ou quando as políticas públicas se mostrem insuficientes para atender às necessidades dos indivíduos.

Conclui-se, também, embora com ressalvas, que o Supremo Tribunal Federal trouxe uma parametrização adequada à satisfação do direito à saúde, dentro da sistemática constitucional brasileira, pois a sua jurisprudência apresenta preocupação em manter os protocolos das políticas existentes, sempre que possível e desde que não cause prejuízos à saúde do demandante, não afastando a análise dos casos concretos excepcionais em que será possível o fornecimento de medicamentos, não incluídos nas diretrizes do SUS, ao ser constatada a necessidade do fármaco para o restabelecimento e/ou a manutenção da saúde do paciente.

Nessa senda, entende-se que as alternativas terapêuticas fornecidas administrativamente pelo SUS, já incluídas em seus protocolos e diretrizes, devem ser priorizadas, inclusive pela via

judicial, porém somente quando restar cabalmente demonstrado a ausência de qualquer prejuízo ao paciente. Nessa situação, leva-se em consideração as especificidades de cada caso e os laudos médicos dos profissionais responsáveis por acompanhar o quadro clínico de cada paciente sob pena de se incorrer em violação do direito à saúde.

No que se referem aos parâmetros estabelecidos pelo Supremo referentes, especificamente, ao fornecimento excepcional de medicamentos não registrados na ANVISA, conclui-se que a exigência do cumprimento de todos os requisitos, de forma cumulativa, é desarrazoada e prejudicial à tutela do direito à saúde, porque imputa grande ônus ao jurisdicionado principalmente aos mais vulneráveis econômica e socialmente.

Por fim, entende-se que, estando demonstrado e comprovado no caso concreto que o remédio/tratamento não registrado na ANVISA é eficaz, indispensável e adequado ao tratamento do paciente - o que pode ser comprovado também através da existência de registro da droga em renomadas agências de regulação no exterior -, a pesquisa conclui que o fármaco deverá ser fornecido pelo Estado ao jurisdicionado ainda que não tenha sido requerido o seu registro no Brasil.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. H. Burigo (Trad.). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

ANDRADE, Maria Inês Chaves de. O fraternalismo: uma síntese entre o idealismo e o materialismo histórico e dialético. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 10, n. 1, jan./jun., p.199-237, 2015.

ANDRADE, Mariana Dionísio de; ROSA, Beatriz de Castro; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro. O *accountability* do serviço público de saúde e a atuação institucional no estado do Ceará. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 3, p.124-144, 2018. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i3.5633>

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. Direito à saúde no Brasil: Parâmetros normativos para densificação de um conteúdo mínimo. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 21, n. 1, p. 149-168, jan./jun. 2020. DOI: <https://doi.org/10.18593/ejll.19621>

ALVES, Cândice Alves. **Direito à saúde**: Efetividade e proibição do retrocesso social. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2013.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Ações de saúde contra o poder público: Ensaio de um roteiro decisório. *Revista de Processo*, vol. 259/2016, p. 333 – 370, setembro, 2016. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, p.01-30, 2016.

ANTÓNIO, Isa. **As Parcerias Público-Privadas no Sector da Saúde**: O Advento do Estado Mínimo de Regulação e o Direito de Acesso à Saúde. Tese de doutoramento – Universidade de Santiago de Compostela, 2015.

ARAÚJO, Cynthia Pereira de; JUNQUEIRA, Silvana Regina. RE 657.718/RG-MG (TEMA 500) – Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA. **Revista da Advocacia Pública Federal**, Brasília, vol. 03, 2019, p. 408-420. Disponível em: <https://seer.anafenacional.org.br/index.php/revista/article/view/99> . Acesso em 27 mar. 2021.

ARAÚJO, Kammilla Éric Guerra de; QUINTAL, Carlota. A judicialização do acesso aos medicamentos em Belo Horizonte: uma questão sobre equidade. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Dossiê especial: Políticas Públicas e o Direito à Saúde no Brasil, v. 8, n. 3, dez., p. 212-235, 2018. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i3.5689>

ARRETCHE, Marta. Metade cheia ou metade vazia do copo?. Encarte Oxfam. **Cada vez mais desigual**. Ed. 104, Abr/2016. Disponível em: < <https://diplomatie.org.br/cada-vez-mais-desigual/> > Acesso em: 23 mar. 2021.

AVILA, Ana Paula Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.54934.

AZEVEDO, André Luiz de; OLIVEIRA, Danielle Candido de; RÜDIGER, Dorothee, Et. Al. A implementação dos direitos humanos sociais: O caso da saúde pública, no Brasil. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 86/2014, jan.-mar., p. 205 – 236, **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, p.1-24, 2014.

BARBOSA, Estela Capelas. 25 anos do Sistema Único de Saúde: conquistas e desafios. **Revista de Gestão em Sistemas de Saúde (RGSS)**, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 85-102, jul./dez. 2013. DOI: <https://doi.org/10.5585/rgss.v2i2.51>

BARCELLOS, Ana Paula de. Trinta anos da Constituição de 1988: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e novas questões. Revista dos Tribunais, v.996/2018, out., p.79-95. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, p.01-12, 2018.

BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco; PAVANI, Miriam. O direito à saúde na Ordem Constitucional Brasileira. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 14, n. 2, p. 71-100, jul./dez., 2013. DOI: <https://doi.org/10.18759/rdgf.v14i2.263>

BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco. **Poder local e política: a saúde como locus de embate na cidade de Santos – SP.** Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

BARROS, Cilaine de Oliveira Guilherme; CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. Direito à saúde e transformação social. **Argumentum - Revista de Direito da UNIMAR**, Marília, n. 6, p. 229-239, 2006.

BARROS, Elizabeth. O Controle Social e o processo de descentralização dos serviços de Saúde. In: BRASIL. Ministério da Saúde. **Incentivo à participação popular e Controle Social no SUS: textos técnicos para conselheiros de saúde.** Brasília: IEC, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: [https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf). Acesso em: 26 jan. 2017.

BEDIN, Débora Cristina Roldão. A efetivação dos direitos sociais pelo poder judiciário e a reserva do possível. **Revista de Direito Público**, Londrina, v, 4, n. 2, p. 12-28, maio/ago., 2009. DOI: <https://doi.org/10.5433/1980-511X.2009v4n2p12>

BONAT, Débora; ROESLER, Claudia Rosane; PEIXOTO, Fabiano Hartmann. A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal: um exame sobre suas causas e possíveis consequências no período de 2011 a 2016. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 15, n. 1, set. 2019, p. 106-122. DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2019.v15i1.3234>

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONIZZATO, Alice Ribas Dias. Revisitação necessária ao enfretamento entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre o guardião da constituição: Uma clássica dialogia teórica sobre questões institucionais. In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana (coord.). **Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo**. Curitiba: Editora Juruá, 2016, p. 225-249.

BRAGA, Paulo Vitor Bergamo. Judicialização, Assistência Farmacêutica e Argumentação: Análise da Jurisprudência do TRF da 3ª Região. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). **Judicialização da saúde: A visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 368-394.

BRANDÃO, Rodrigo. A judicialização da política: Teorias, condições e o caso brasileiro. In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana (coord.). **Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo**. Curitiba: Editora Juruá, 2016, p. 293-332.

BRASIL. CONASEMS. **Reconhecer a importância do SUS é o primeiro passo contra a pandemia**. Disponível em: <https://www.conasems.org.br/reconhecer-a-importancia-do-sus-e-o-primeiro-passo-contr-a-pandemia-defendaosus/#:~:text=Dos%20pa%C3%ADses%20com%20mais%20de,m%C3%A3os%20no%20combate%20ao%20v%C3%ADrus>. Acesso em ago. 2020.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Quem somos. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos/>. Acesso em: 24 abr. 2021.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução n. 238**. Dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de fazenda Pública. Publicada em 06 de setembro de 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2339>. Acesso em ago. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em ago. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 7.508**. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 de junho de 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.080**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 19 de setembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.142.** Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 de dezembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm). Acesso em ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.099.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 26 de setembro de 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm). Acesso em ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.153.** Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 de dezembro de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/112153.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20Juizados%20Especiais,dos%20Territ%C3%B3rios%20e%20dos%20Munic%C3%ADpios](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112153.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20Juizados%20Especiais,dos%20Territ%C3%B3rios%20e%20dos%20Munic%C3%ADpios). Acesso em ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.401.** Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 de abril de 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm). Acesso em ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105.** Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 de março de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em 26 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.269.** Autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 de abril de 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13269.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13269.htm). Acesso em ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.979.** Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 06 de fevereiro de 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm). Acesso em 24 de mar. 2021.

BRASIL. **Mensagem nº 113,** de 28 de abr. de 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Msg/VEP-113.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Msg/VEP-113.htm). Acesso em: 24 de ar. 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria n. 399.** Divulga o Pacto pela Saúde 2006 – Consolidação do SUS e aprova as Diretrizes Operacionais do Referido Pacto. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 de fevereiro de 2006. Disponível em:

[https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt0399\\_22\\_02\\_2006.html](https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt0399_22_02_2006.html). Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria n. 3916**. Política Nacional de Medicamentos. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 30 de outubro de 1998. Disponível em: [https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916\\_30\\_10\\_1998.html](https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html). Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Sistema Único de Saúde (SUS)**: estrutura, princípios e como funciona. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Brasília, DF, data de julgamento: 17 de março de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em 29 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 855.178. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, data de julgamento: 23 de maio de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752469853>. Acesso em 18 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias do Supremo, Brasília, DF, 11 de março de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095&caixaBusca=N>. Acesso em: 29 de mar. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 566.471. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>. Acesso em 18 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 566.471. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-gilmar-mendes.pdf>. Acesso em 18 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 566.471. Voto Vista do Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-versa%CC%83o-final.pdf>. Acesso em 18 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 605.533. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, data de julgamento: 15 de outubro de 2018. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751969399> . Acesso em 18 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 657.718. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, data de julgamento: 22 de maio de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312026>. Acesso em 18 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 733.433. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, data de julgamento: 04 de novembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10669457>. Acesso em 18 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral em Recurso Extraordinário nº 607.582/RS. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, data de julgamento: 13 de agosto de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613791>. Acesso em 29 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 855.178. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, data de julgamento: 05 de março de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8015671>. Acesso em 18 mar. 2021.

BRASI. Supremo Tribunal Federal. **STF reconhece competência concorrente de estados, DF, municípios e União no combate à Covid-19.** Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447&ori=1>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde: Um estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coord.). **Judicialização da saúde: A visão do Poder Executivo.** São Paulo: Saraiva, 2017, p. 31-88.

CAMBI, Eduardo; NASSIF, Diego. Expansão da jurisdição constitucional e separação de poderes: Uma análise sistêmica à luz da cidadania. *Revista dos Tribunais*, vol. 916/2012, fev., p. 249-263. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, p.01-11, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. O direito dos Pobres no Activismo Judiciário. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA; Érica Paula Barcha (org.). **Direitos Fundamentais Sociais.** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 33-35.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CÁRCOVA, Carlos María. **A opacidade do Direito**. São Paulo: Editora LTr São Paulo, 1998.

CARVALHO, Luciana Jordão da Motta Armiliato de. Sobre a política de dispensação de medicamentos no Brasil: mínimo necessário para a efetivação do direito a saúde. **Revista de Direito Social**, Porto Alegre, v. 29, p. 124, jan./mar., 2008.

CARVALHO, Victor Aguiar de. A judicialização da saúde sob o olhar da Análise Econômica do Direito: um exame dos incentivos ao ajuizamento e à solução extrajudicial de conflitos. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, nº 3, p. 307-326, 2018. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i3.5676>

CERQUEIRA JÚNIOR, Carlos Alberto Cardoso; CAVALCANTI, Vanessa Ribeiro Simon. A judicialização do direito humano à saúde: uma discussão acerca da efetivação de direito essencial, por meio da prestação jurisdicional, sem prejuízos ao mínimo existencial. **Revista Jurídica Portucalense / Portucalense Law Journal**, Porto, n. 20, 2016. DOI: [http://dx.doi.org/10.21788/issn.2183-5705\(20\)2016.ic-01](http://dx.doi.org/10.21788/issn.2183-5705(20)2016.ic-01)

CORDEIRO, Adriano Consentino. A eficácia da repercussão geral e os mecanismos de filtros nas cortes supremas. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**, Umuarama/PN, v. 15, n. 2, jul./dez., 2012, p. 161-180.

CORDEIRO, Maria Leiliane Xavier. O direito à saúde e a atuação do Poder Judiciário: Breves considerações. In: GUEDES, Jefferson Carús; NEIVA, Juliana Sahione Mayrink (Org.). **Publicações da Escola da AGU: temas de direito e saúde**. Brasília: Advocacia Geral da União, 2010, p. 85-108.

COSTA, Fabricio Veiga; MOTTA, Ivan Dias da; ARAÚJO, Dalvaney Aparecida de. Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, nº 3, 2017, p. 844-874. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v7i3.4809>

COSTA, Nilson do Rosário. Direito à Saúde na Constituição: Um Primeiro Balanço. **Revista Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, jan./mar., 1989, p. 98-104. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-311X1989000100008>

COSTA, Paulo Victor Rodrigues; SOUZA, Elden Borges. A efetividade do direito fundamental à saúde à luz do estado de coisas inconstitucional. **Revista Campo Jurídico: Barreiras**, v.7 n.2, Julho-Dezembro, 2019, p.204-227. DOI: <https://doi.org/10.37497/revcampojur.v7i2.281>

CUNHA, Paulo Ferreira da. Do Direito Natural ao Direito Fraternal. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, janeiro-junho, 2009, p. 78-86. DOI: <https://doi.org/10.4013/rechtd.2009.11.09>

DALLARI, Dalmo de Abreu. Normas gerais sobre saúde: cabimento e limitações. **Programa Nacional de Controle da Dengue: Amparo legal à execução das ações de campo – imóveis**

fechados, abandonados ou com acesso não permitido pelo morador, Distrito Federal, ed. 2, 2006, p. 61-81, disponível em [https://saude.mppr.mp.br/arquivos/File/dengue/dengue\\_amparo\\_legal\\_web.pdf](https://saude.mppr.mp.br/arquivos/File/dengue/dengue_amparo_legal_web.pdf). Acesso em 27 de ago. de 2020.

DANTAS, Miguel Calmon Teixeira de Carvalho. **Direito Fundamental ao Máximo Existencial**. 2011. v.1, 436 p. / v.2, 321 p. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011, disponível em: <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/8703>. Acesso em 30 de ago. 2020.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 02 set. 2020.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª Edição, São Paulo: Atlas, 2014.

FACHIN, Luiz Edson; FORTES, Luiz Henrique Krassuski. Repercussão Geral do Recurso Extraordinário: Dever de demonstração da transcendência e relevância da questão constitucional. *Revista de Processo Comparado*, vol. 7/2018, p. 227-251, Jan./Jun., 2018, **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, 2018, p. 01-18.

FERRAZ, Marcos Bosi. Economia da saúde e sua inserção no sistema da saúde. In: BLIACHERINE, A.C; SANTOS, J.S. (Org). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.

FERREIRA, Marina Costa. Direito à proteção da saúde pela via judicial: Em busca de efetividade e equidade. **Revista de Estudos Jurídicos**: Brasília, a. 15, n. 22, 2011, p. 237-264. DOI: <https://doi.org/10.22171/rej.v15i22.380>

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*.

FUCHS, Ângela Maria Silva; FRANÇA, Maira Nani; PINHEIRO, Maria Salete de Freitas. **Guia para normalização de publicações técnico-científicas**. Uberlândia: EDUFU, 2013. Disponível em: [http://www.edufu.ufu.br/sites/edufu.ufu.br/files/e-book\\_guia\\_de\\_normalizacao\\_2018\\_0.pdf](http://www.edufu.ufu.br/sites/edufu.ufu.br/files/e-book_guia_de_normalizacao_2018_0.pdf)

FUHRMANN, Italo Roberto. O Direito Fundamental à Saúde no Brasil - Aspectos Teórico - normativos e Práxis Jurisdicional. **Revista Jurídica Portucalense**: Porto, n. 20, 2016, p. 111-161. DOI: [https://doi.org/10.21788/issn.2183-5705\(20\)2016.ic-04](https://doi.org/10.21788/issn.2183-5705(20)2016.ic-04)

GALIL, João Victor Tavares. Cofinanciamento estatal no SUS – RE 855.178 ED/SE. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, v. 13, p. 345-350, abr-jun/2020. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, 2020, p. 01-04. DOI: <https://doi.org/10.48143/rdai.13.jvtg>

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

GOTTI, Alessandra. Judicialização do direito à saúde e a insuficiência dos mecanismos tradicionais de resolução de conflitos. In: BUCCI, DALLARI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). **Judicialização da saúde: A visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 174-202.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário: O processo – Estudos e pareceres. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2009.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Medes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 13.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Fábio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. Martins Fontes: São Paulo, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. MENDES, Gilmar Ferreira. Porto Alegre: Editora Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

JABORANDY, Clara Cardoso Machado; MARINI, Sandra Regina Marini, a (Des)judicialização da Política Pública de Saúde a partir do Princípio da Fraternidade. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura, vol. 4/2018, jan-mar, p. 115-132. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, 2018, p. 1-13.

JORGE, Ighor Rafael de. A base normativa da Política de Assistência Farmacêutica: Os efeitos da atividade normativa infralegal. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). **Judicialização da saúde: A visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.457-485.

KERN, Christoph A.; FEIJÓ, Maria Angélica (Trad.); KOCHER, Ronaldo. O papel das Cortes Supremas. Revista dos Tribunais, vol. 948/2014, p. 47, out., 2014. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, 2014, p.01-22.

KRELL, Andreas Joaquim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os(des)caminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

LEITÃO, Andre Studart; SOUSA, Thiago Patrício de; SILVA, Alexandre Antonio Bruno da. A escolha do estado brasileiro pelo direito fundamental à saúde: o dever de financiar medicamentos de alto custo. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 1, 2018, p.766-780. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i1.4885>

LEMO, Junia Coelho. A judicialização da saúde como sintoma da desconfiança no Poder Executivo. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coord.). **Judicialização da saúde: A visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.395-420.

LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A judicialização da política pública e o direito à saúde: A construção de critérios judiciais e a contribuição do Supremo Tribunal Federal. **Revista Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 12, n. 2, jul./dez., 2011, p. 283-302.

LINI, Priscila. Políticas públicas na fronteira trinacional: o desafio ao pleno exercício da cidadania. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 4, n. 1, 2014, p. 173-184. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v4i1.2813>

LINS, Liana Cirne. A tutela inibitória coletiva das omissões administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito do Estado**, n. 12, 2008, p. 223-262.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos subjetivos e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LUCENA, Pedro Flávio Cardoso. Deferência judicial e decisões técnicas da Administração Pública: Análise do julgado RE 657.718/MG. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, v. 16, p. 339-346, jan-mar/2021. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, 2021, p.1-07.

MACHADO, Marina Amaral de Ávila et al. Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 45, n. 3, p. 590-598, jun. 2011. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89102011000300018&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102011000300018&lng=en&nrm=iso). Acesso em 23 de maio de 2020. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0034-89102011005000015>

MARASCIULO, Marília. Por que um sistema nacional de saúde é o ideal para lidar com a pandemia. **Revista Galileu**, 2020. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Saude/noticia/2020/04/por-que-um-sistema-nacional-de-saude-e-o-ideal-para-lidar-com-pandemia.html>. Acesso em 30 de ago. de 2020.

MARTINI, Sandra Regina; WALDMAN, Ricardo Libel. Os objetivos do desenvolvimento sustentável analisados à luz da metateoria do direito fraterno e a concretização dos direitos humanos. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 2, p. 198-219, maio/ago. 2018. DOI: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v9i2.19001. DOI: <https://doi.org/10.7213/rev.dir.econ.soc.v9i2.19001>

MARTINS, Urá Lobato. A judicialização das políticas públicas e o direito subjetivo individual à saúde, à luz da teoria da justiça distributiva de John Rawls. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 309-328. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v5i2.3020>

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Editora Podivm, 2008.

MICHEL, Voltaire de Freitas; DEITOS, Marc Antoni; ZALAZAR, Claudia Elizabeth. A interpretação da Repercussão Geral pelo STF nos Precedentes sobre Direito Sanitário. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 15, n. 1, Jan-Abr, 2019, p. 25-38. DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2019.v15i1.2186>

MORAES, Maria Celina Bondin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e o conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfsgnag (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 3ª ed., 2010, p.111-144.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GARCIA, Ivan Simões. Judicialização e justificação na concretização dos Direitos Fundamentais Sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 103/2017, set./out., p. 121-137. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, p. 01-12, 2017.

MOREIRA, Reinaldo Daniel. A efetivação judicial dos direitos sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 75/2011, abr-jun, p. 309-334. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, p.1-18, 2011.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. Judicialização, Ativismo e Direitos Fundamentais: A garantia dos pressupostos essenciais ao processo democrático pelas cortes constitucionais. **Revista do Direito Público**, Londrina, v.9, n.1, p.227-244, jan./abr.2014. DOI: <https://doi.org/10.5433/1980-511X.2014v9n1p227>

NERI, Bianca Garcia; SCHUELER, Luciana Benevides de. As Teorias do Constitucionalismo Popular e dos Diálogos Institucionais na construção de um desenho constitucional democrático. In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana (coord.). **Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo**. Curitiba: Editora Juruá, 2016, p. 627-644.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Editora Coimbra, 2010.

OLIVEIRA, Andréia de; KRÜGER, Tania Regina. Trinta anos da Constituição Federal e a participação popular no SUS. **Revista Argumentum**, Vitória, v. 10, n. 1, p. 57-71, jan./abr. 2018. DOI: <https://doi.org/10.18315/argumentum.v10i1.18621>

OLIVEIRA, Renata Camilo de. Direito à saúde: Considerações sobre sua judicialização à luz da decisão do STF no STA-AGR nº 175 e da Lei nº 12.401/2011. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu*, São Paulo, n. 03, 2015, p. 52.

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

PENNA, Bernardo Schmidt Teixeira. Ativismo judicial à brasileira: — Papel criador do intérprete x papel criativo do intérprete — Dois casos paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, Guanambi, v. 3, n. 1, julho-dezembro, 2016, p. 57-74. DOI: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v3i01.118>

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: Desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (coord.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

POZZOLI, Lafayette; TOLEDO, Iara Rodrigues de. Análise do princípio constitucional da dignidade humana face a dimensão da afetividade e o direito fraternal. **Problemata: Revista internacional de Filosofia**, v. 8. n. 1, 2017, p. 178-190. DOI: <https://doi.org/10.7443/problemata.v8i1.27851>

PULIDO, Carlos Bernal. **O direito dos direitos**: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Tradução de Thomaz da Rosa Bustamante com a colaboração de Bruno Stiegert. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2013.

RAICHELIS, Raquel. **Esfera pública e os conselhos de assistência social**: caminhos da construção democrática. São Paulo: Cortez, 2000.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. Mediação e direito fraterno em um cenário de litígios: o diálogo como instrumento de fomento na administração de conflitos e na promoção da cidadania ativa. **Revista Derecho y Cambio Social**, Lima, n. 58, oct-dic, 2019.

RASCOVSKI, Luiz. A Defensoria Pública do Estado de São Paulo e sua atuação na área da saúde. In: BUCCI, DALLARI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). **Judicialização da saúde: A visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 276-312.

RESTA, Elígio. **O Direito Fraterno**. VIAL, Sandra Regina Martini (trad.). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

ROLIM, Leonardo Barbosa; CRUZ, Rachel de Sá Barreto Luna Callou; SAMPAIO, Karla Jimena Araújo de Jesus. Participação popular e o controle social como diretriz do SUS: uma revisão narrativa. **Revista Saúde em Debate**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 96, p. 139-147, jan./mar, 2013. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0103-11042013000100016>

ROMA, Zillá Oliva. Da Farmacialização do Judiciário: Breves considerações. *Revista de Processo*, vol. 270/2017, ago., p. 279-310. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, p.01-23, 2017.

ROSA, Thabata Cristina Silveira; SAES, Sueli Gonzales; ABULEAC, Fernanda Lessa. A Constituição de 1988 e as Políticas Públicas em saúde no Brasil. **Revista de Gestão em Sistemas de Saúde - RGSS**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 35-49, jan./jun. 2012. DOI: <https://doi.org/10.5585/rgss.v1i1.9>

SANDEL, Michael J. **Justiça**: O que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos; et al. O caso da fosfoetanolamina sintética: Judicialização com risco à saúde. In: BUCCI, DALLARI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). **Judicialização da saúde: A visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 139-173.

SANTOS NETO, Arnaldo Barbosa; DINIZ, Ricardo Martins Spíndola. Direito e Pessimismo: reflexões sobre um constitucionalismo necessário para governar “até mesmo um povo demônios”. In: BORGES, Alexandre Walmott; COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. **Constitucionalismo e Geopolítica: estudos comparados sobre a efetividade constitucional**. Uberlândia: LAECC, 2017, p. 79-98.

SANT’ANA, Ramiro Nóbrega. Atuação da Defensoria Pública para a garantia do direito à saúde: a judicialização como instrumento de acesso à saúde. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, nº 3, 2018, p.194-211. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i3.5726>

SARAIVA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Orgs.). **Políticas Públicas: Coletânea**. Brasília: ENAP, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público. n.11, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. Editora Livraria do Advogado: Porto Alegre. 8 ed. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações. **Espaço Jurídico Journal of Law, Joaçaba**, v. 16, n. 2, p. 459-488, jul./dez. 2015. Disponível em < <http://dx.doi.org/10.18593/ejll.v16i2.6876> > Acesso em ago. de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, vol. 3, p. 775-829, ago/2011. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, 2011, p.01-38.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algunas Consideraciones sobre el Derecho Fundamental a la Protección y Promoción de la Salud a los 20 Años de la Constitución Federal de Brasil de 1988, in: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Org.). **La Protección Judicial de Los Derechos Sociales. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Quito/Equador**, 2009. p. 250-251.

SARMENNTO, Daniel. Para democratizar a jurisdição constitucional: Representação argumentativa, sociedade civil e acesso ao STF. In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana (coord.). **Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo**. Curitiba: Editora Juruá, 2016, p. 251-262.

SCHWARCZ. Lilia Moritz. **Quando acaba o século XX**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020. E-book.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SCHWARZ, Rodrigo García. **Derechos Sociales: Imprescindibilidad y Garantías**, Thomson Reuters, São Paulo, 2011.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2º Ed. São Paulo: Cengage Learning, 2014

SILVA, Marcos Alex Mendes. A incongruência do direito à saúde no Brasil: da teoria socialista à prática capitalista. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**, Umuarama, v. 11, n. 1, p. 209-222, jan./jun. 2008.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. A evolução do Estado. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, v. 2, p. 661-689, maio/2011. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, 2011. p.1-21.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Cidadania e Políticas Públicas. Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo, vol. 3, p. 425-451, Nov./ 2012. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, 2012, p.01-20.

SOLIMANI, Carlos Henrique; SILVA, Juvencio Borges. A judicialização das políticas públicas e o ativismo judicial como meios de concreção dos direitos individuais, sociais e coletivos. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 1, p. 179-203, abr. 2019. DOI: 10.5433/1980-511X2019v14n1p179. ISSN: 1980-511X.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Revista Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1517-45222006000200003>

SOUSA, Mônica Teresa Costa; CASTRO, Maíra Lopes de. Desenhando modelos de sistemas de disputas para a administração pública: proposições acerca da política pública de fornecimento de medicamentos pelo viés do diálogo institucional. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, nº 3, 2018 p.101-123. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i3.5639>

STRECK, Lenio Luiz. A fabricação de enunciados pelo Poder Judiciário como forma de Ativismo Judicial pós-moderno. In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana (coord.). **Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo**. Curitiba: Editora Juruá, 2016, p. 279-292.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**: UNISINOS. p.65-77. janeiro-junho. 2009. DOI: <https://doi.org/10.4013/rechtd.2009.11.08>

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p.15.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF reconhece competência concorrente de estados, DF, municípios e União no combate à Covid-19. **Notícias STF**, 15 abr. 2020. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447> . Acesso em: 24 de mar. 2021.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. **O papel das políticas públicas no desenvolvimento local e na transformação da realidade**. 2002. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/a\\_pdf/03\\_aatr\\_pp\\_papel.pdf](http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/a_pdf/03_aatr_pp_papel.pdf). Acesso em: 02 set. 2020.

TOLEDO, Cláudia. Mínimo existencial: A Construção de um Conceito e seu Tratamento pela Jurisprudência Constitucional Brasileira e Alemã. PIDCC, Aracaju, a. VI, v. 11 n. 01, p.102 – 119, fev., 2017. DOI: <https://doi.org/10.16928/2316-8080.V11N1p.102-119>

VALLE, Vanice Regina Lírio. Dever constitucional de enunciação de políticas públicas e autovinculação: caminhos possíveis de controle jurisdicional. **Fórum Administrativo**, n. 82, 2007, p.15.

VASCONCELOS, C. M.; PASCHE, D. F.. O Sistema Único de Saúde. In: GASTÃO, Wagner de Sousa Campos; et al. **Tratado de Saúde Coletiva**. São Paulo: Hucitec, 2006.

VERMEULE, Adrian. Governo de opinião pública: A teoria da Constituição de Bryce. In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana (coord.). **Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo**. Curitiba: Editora Juruá, 2016, p. 19-53.

VIAL, Sandra Regina Martini. Direito Fraternal na sociedade cosmopolita. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006.

VIAL, Sandra Regina Martini; WÜNSCH, Marina Sanches. Direito, saúde e o pressuposto da fraternidade na sociedade contemporânea. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro – RIDB**, Lisboa, a. 2, n. 5, 2013, p. 4517-4560.

VIANA, Ana Luiza d'A.; FAUSTO, Márcia C. R.; LIMA, Luciana D. Política de saúde e equidade. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, p. 58-68, 2003. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-88392003000100007>

VIEIRA, Ana Cristina de Souza. Política de saúde e HIV: direito à saúde e reformas regressivas. **Revista Argumentum**: Vitória, v. 10, n.1, p. 72-83, jan./abr. 2018. DOI: <https://doi.org/10.18315/argumentum.v10i1.18622>

VIEIRA, Oscar Vilhena; DIMULIS, Dimitri. Compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual: Reflexões sobre a Constituição resiliente de 1988. In: BOLONHA, Carlos; BONIZZATO, Luigi; MAIA, Fabiana (coord.). **Teoria Institucional e Constitucionalismo Contemporâneo**. Curitiba: Editora Juruá, 2016, p. 453-466.

WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. Políticas Públicas e o Direito Fundamental à Saúde: A experiência das jornadas de direito da saúde do conselho nacional de justiça. In: BUCCI, DALLARI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). **Judicialização da saúde: A visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 240-275.