

## A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: COM A PALAVRA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*THE JUDICIALIZATION OF THE RIGHT TO HEALTH: THE FEDERAL SUPREME COURT TAKING THE FLOOR*

José Eustáquio de Melo Júnior

Doutorando em Direito pelo UniCeub. Doutorando em Desenvolvimento Regional pela Universidade Federal do Tocantins. Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Possui pós-graduação em Gestão do Poder Judiciário pela Faculdade Educacional da Lapa, Paraná. Coordenador e professor do curso de pós-graduação "lato sensu" em Teoria e Prática do Direito Privado da ESMAT. Juiz de Direito do TJTO.

Jean Fernandes Barbosa de Castro

Possui Graduação em Direito pela FIPLAC - Faculdades Integradas do Planalto Central (1999). Mestre em Prestação Jurisdicional de Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins. Doutorando em Direito Constitucional pela PUC-RIO e em Desenvolvimento Regional pela Universidade Federal do Tocantins. É Professor Universitário. Foi Advogado e Delegado de Polícia no Distrito Federal. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Humanos, Constitucional, Penal, Processual Penal e Direito da Criança e do Adolescente. É Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins.

Airton Cardoso Cançado

Doutor em Administração, pela UFLA (2011). Mestre em Administração, pela UFBA (2004). Graduado em Administração com Habilitação em Administração de Cooperativas, pela UFV (2003). Realizou Estágio Pós-doutoral em Administração, pela EBAPE/FGV (2013) e HEC Montreal (2018). Atualmente é professor e coordenador adjunto do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional; coordenador do Mestrado Profissional em Gestão de Políticas Públicas; e professor do Curso de Administração da UFT. Participa da Rede de Pesquisadores em Gestão Social (RGS) e do Observatório Brasileiro do Cooperativismo. Bolsista de Programa Institucional Produtividade em Pesquisa da UFT. Líder do Tema 11 – Interfaces entre Gestão Pública e Gestão Social da Divisão de Administração Pública da ANPAD.

Mônica Aparecida da Rocha Silva

Doutora em Ciências Sociais, pela UnB (2007). Realizou Pós-Doutorado (2017) e estágio doutoral (2006) na Universidad Nacional Autónoma do México (UNAM). Mestra em Integração da América Latina, pela USP (1999). Graduada em Ciências Sociais, pela UFG (1996). Professora e pesquisadora da Universidade Federal do Tocantins (UFT). Membro da Asociación Mexicana de Ciencias para o Desarrollo Regional (AMECIDER). É líder do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas e Desenvolvimento no Diretório de Grupos de Pesquisa do Brasil/CNPq. Coordenadora do Eixo Temático Universidades, Integração e Desenvolvimento Regional no Fórum Universitário Mercosul (FoMERCOSUL)

## RESUMO

O artigo destina-se à análise do fenômeno da judicialização do direito à saúde sob o enfoque das decisões proferidas pelos tribunais brasileiros, notadamente o Supremo Tribunal Federal (STF), à luz da Constituição Federal (CF), de 1988, e das normas que regem o Sistema Único de Saúde (SUS). Objetiva analisar o efetivo acesso do cidadão ao direito fundamental da saúde com base nas decisões judiciais proferidas pelos magistrados brasileiros diante da inércia e da ineficácia dos entes estatais responsáveis pela implementação da política pública de saúde, sem desconsiderar a repartição de competências administrativas descritas na Constituição Federal e nas normas infraconstitucionais. Pretende também proporcionar a análise do fenômeno da judicialização do direito à saúde e das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal para concluir que não se trata de obstáculos à efetivação da política pública de saúde no Brasil. A pesquisa foi construída com base na constatação da necessidade de esclarecimentos do fenômeno (método qualitativo). Quanto à metodologia, o estudo foi desenvolvido por meio de pesquisas bibliográfica e documental, de modo que, no decorrer do presente trabalho, os estudos de caso relacionados às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal foram realizados com base na revisão da literatura especializada. Utilizando o método dedutivo é possível compreender como a efetiva atuação do Poder Judiciário tem proporcionado o acesso à saúde aos cidadãos, sem prejudicar a implementação de outras políticas públicas pelos entes estatais ou em afronta à repartição das competências descritas na Constituição Federal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Judicialização. Saúde. Jurisprudência. Política Pública.

## ABSTRACT

The article aims to analyze the phenomenon of judicialization of the right to health from the perspective of the decisions rendered by Brazilian courts, especially the Federal Supreme Court (STF), in light of the 1988 Federal Constitution (FC) and the rules governing the Unified Health System (SUS). It aims to analyze the effective access of citizens to the fundamental right to health based on the judicial decisions handed down by Brazilian magistrates in the face of the inertia and ineffectiveness of the state entities responsible for implementing public health policy, without disregarding the division of administrative powers described in the Federal Constitution and in infra-constitutional norms. It also intends to provide an analysis of the phenomenon of judicialization of the right to health and the decisions handed down by the Supreme Court to conclude that these are not obstacles to the effectiveness of public health policy in Brazil. The research was built based on the finding of the need for clarification of the phenomenon (qualitative method). As for the methodology, the study was developed by means of bibliographic and documental research, so that, during the course of this work, case studies related to the decisions handed down by the Supreme Federal

Court were carried out based on the specialized literature review. Using the deductive method, it is possible to understand how the effective action of the Judiciary has provided citizens with access to health care, without hindering the implementation of other public policies by the state entities or violating the division of competencies described in the Federal Constitution.

**KEYWORDS:** Judicial Control. Health. Jurisprudence. Public Policy.

## INTRODUÇÃO

O desenvolvimento socioeconômico no Brasil relaciona-se intrinsecamente com a elaboração e execução de políticas públicas nos três níveis de governo (nacional, estadual e municipal) em face da necessidade de articulação dos entes federados e do pacto federativo. Nesse sentido, entende-se por políticas públicas os conjuntos de programas, ações e decisões tomadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com a participação, direta ou indireta, de entes públicos ou privados com o objetivo de assegurar determinados direitos descritos na Constituição Federal, de 1988.

Dentre esses direitos encontra-se o direito fundamental à saúde, descrito no artigo 6º da Constituição Federal, de 1988, como direito social, e no artigo 196 do texto constitucional, como direito de todos e dever do Estado e que deve ser assegurado mediante políticas sociais e econômicas com o objetivo de redução do risco de doenças e de acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Essas ações e serviços de saúde são de relevância pública e cabe ao Poder Público dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser realizada diretamente ou por meio de terceiros e, ainda, por pessoa física ou jurídica de direito privado, nos termos do artigo 197 da Constituição Federal, de 1988.

Pode-se concluir, portanto, que a consecução do direito à saúde deve integrar a pauta prioritária de políticas públicas nos três níveis de governo para proporcionar à população a satisfação do seu direito fundamental e, conseqüentemente, impulsionar o desenvolvimento socioeconômico da população.

A esse respeito, a Constituição Federal, de 1988, previu, a partir de seu artigo 18 e seguintes, um título sobre a organização do Estado, estabelecendo diversas competências dos entes federados, até mesmo aquelas relacionadas diretamente com a criação e execução de políticas públicas, como na área da saúde.

Ocorre que, por vezes, os entes federados não atendem ao direito fundamental da saúde do modo ou no tempo de que os cidadãos necessitam por diversos fatores, como, por exemplo, devido à limitação de recurso financeiro dos Municípios, que pode ensejar sérias dificuldades para o pagamento da folha de pessoal e a aquisição

de um medicamento/tratamento muito caro, ou em face da ausência de planejamento adequado de políticas públicas na área de saúde, principalmente nas regiões Norte e Nordeste do Brasil.

A limitação de recurso financeiro dos Municípios encontra-se bem demonstrada pelo Índice Firjan de Gestão Fiscal (IFGF) divulgado pela Federação das Indústrias do Rio de Janeiro (Firjan), em 31/10/2019, o qual teve como base os dados fiscais oficiais de 2018 (FIRJAN, 2019). Segundo o estudo, que avaliou o desempenho econômico de 5.337 cidades brasileiras, existem 3.944 Municípios que se encontram em situação fiscal difícil ou crítica, isto é, 73,9% dos entes pesquisados. A pesquisa ainda revelou que entre os Municípios analisados, 1.856 não se sustentam, ou seja, a receita local que geram não é suficiente para cobrir os gastos com a própria estrutura administrativa e com a Câmara de Vereadores.

A ausência de planejamento adequado de políticas públicas, especialmente nas regiões Norte e Nordeste, pode ser revelada pela leitura das conclusões obtidas no Índice Firjan de Desenvolvimento Municipal (IFDM), estudo do Sistema Firjan que acompanha anualmente o desenvolvimento socioeconômico de todos os mais de 5 mil Municípios brasileiros em três áreas de atuação: Emprego & Renda, Educação e Saúde. O Índice Firjan de Desenvolvimento Municipal, edição 2018, ano-base 2016 (FIRJAN, 2018), indicou que o acesso à saúde básica ainda não é realidade para 77 milhões de brasileiros; destacou, ainda, a forte desigualdade entre os 500 Municípios mais desenvolvidos do Brasil compostos, essencialmente, por cidades das regiões Sudeste (50%) e Sul (41%), sendo que no Nordeste existem apenas oito Municípios e no Norte apenas o Município de Palmas-TO, mas o *ranking* dos 500 menos desenvolvidos encontra-se dominado por Municípios das regiões Nordeste (68%) e Norte (28%).

Em assim sendo, nos últimos anos têm sido ajuizadas ações judiciais em desfavor dos entes federados, principalmente dos Municípios, para a satisfação do direito fundamental à saúde o que se convencionou chamar de “judicialização do direito à saúde”. Dessa maneira, percebe-se o aumento de ações judiciais ajuizadas em desfavor de entes públicos para o atendimento de ações de saúde, desde a atenção básica, até atendimentos de média e alta complexidade, ao passo em que há controvérsia na jurisprudência quanto à competência de cada ente federado.

Nesse contexto, incumbe ao Estado-Juiz, ao analisar os dispositivos constitucionais, eleger parâmetros interpretativos, especialmente para a compreensão sistemática e teleológica das normas previstas no texto constitucional, visando, também, assegurar a separação dos Poderes descritos no artigo 2º da Constituição Federal, de 1988. Implica reconhecer a necessidade de buscar outros subsídios nas normas infraconstitucionais, como a Lei nº 8.080, de 1990, que disciplina o Sistema Único de Saúde, e nas normas expedidas pelo Conselho Nacional de Justiça, com o objetivo de adequar a intervenção judicial ao próprio Pacto Federativo.

Esse argumento se justifica não apenas em face do princípio da separação dos Poderes, mas também em face de proporcionar aos entes públicos a criação e a execução de outras políticas públicas em outras áreas, como, por exemplo, a educação e a segurança pública, especialmente considerando que, em regra, as decisões judiciais proferidas pelos magistrados brasileiros, na área da saúde, implicam impactos nos orçamentos dos entes federados, normalmente não previstos pelo administrador público.

Segundo revisão sistemática de literatura sobre a judicialização da saúde (2004-2017), realizada por Freitas, Fonseca e Queluz (2020), a prescrição médica é considerada muitas vezes prova suficiente para a concessão, sendo que "os principais motivos para a judicialização foram relacionados a medicamentos (69,56%); e acesso e incorporação tecnológica (13,03%)".

As ações são predominantemente individuais, não resultando em benefícios coletivos. Não há consenso sobre as características de renda dos demandantes, assim como não se pode afirmar, nem negar, que os valores dos bens ou serviços de saúde demandados possam comprometer o orçamento do Sistema Único de Saúde (FREITAS; FONSECA; QUELUZ, 2020).

A questão da judicialização do direito à saúde tomou tamanha proporção que ensejou a recente intervenção do Supremo Tribunal Federal no tema que implicou a interposição de dois Recursos Extraordinários: RE 566.471 e RE 657.718, em 8/10/2007 e 19/9/2011, respectivamente, ambos da relatoria do ministro Marco Aurélio Mello. O primeiro refere-se à obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. O segundo trata da obrigação, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Dessa forma, este texto pretende abordar a questão da política pública da saúde, especialmente enfocando em questões extremamente relevantes no atual cenário vivido no Brasil, como a judicialização do direito à saúde e a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal enquanto desafios para a implementação da política pública de saúde. Portanto, a questão norteadora deste trabalho é: em que medida a judicialização do direito à saúde e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vêm afetando a implementação da política pública de saúde no Brasil?

Quanto à metodologia, o estudo foi desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica e documental, de modo que no decorrer do presente trabalho os estudos de caso relacionados às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal foram realizados com base na revisão da literatura especializada e na legislação vigente. Utilizando o método dedutivo, buscou-se compreender como a efetiva atuação do Poder Judiciário, mais especificamente o Supremo Tribunal Federal tem proporcionado o acesso à saúde aos cidadãos, bem como seus efeitos em relação à repartição das competências descritas na Constituição Federal.

A escolha pelos Recursos Extraordinários (RE) nº 566.471 e nº 657.718 se deu por serem os mais relevantes até então proferidos pela mais alta Corte do Brasil com impactos (jurídicos, econômicos e mesmo políticos) em todo o território nacional.

O trabalho se inicia, após a introdução e a descrição da metodologia, com a análise do direito fundamental à saúde de responsabilidade dos entes federados brasileiros. Em seguida, propõe-se abordar, a partir do texto constitucional e das normas infra-constitucionais aplicáveis ao Sistema Único de Saúde, a repartição de competências administrativas dos entes federados, buscando estabelecer a existência de ligação entre a inércia e a ineficácia do Poder Público como obstáculo à implementação do direito à saúde. Após será trabalhada a judicialização do direito à saúde como reação do cidadão. A obra segue com a análise da evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, especialmente considerando se é possível falar-se em indicação de novos rumos a partir do julgamento dos seguintes Recursos Extraordinários (RE): nº 566.471 e nº 657.718. Por fim, são apresentadas as considerações finais.

## **I DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: BREVES CONSIDERAÇÕES**

A Organização Mundial da Saúde (OMS) é uma agência especializada em saúde, fundada em 7 de abril de 1948 e subordinada à Organização das Nações Unidas (ONU). Composta por 194 Estados-membros, incluindo todos os Estados-membros da ONU, exceto Liechtenstein, a OMS possui uma Constituição, aprovada em 22 de julho de 1946, durante a Conferência Mundial de Saúde em Nova York, com a participação de 61 países, e que dispõe sobre os objetivos e regras de funcionamento da Organização Mundial da Saúde. A Constituição desta Organização entrou em vigor em 7 de abril de 1948 com a ratificação da participação de 26 dos 61 países-membros (MATTA, 2005). No Brasil, a Constituição da Organização Mundial da Saúde fora aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 6, de 14 de fevereiro de 1946, posteriormente promulgada pelo Decreto nº 26.042, de 17 de dezembro de 1948.

O significado da palavra “saúde” para os fins almejados neste estudo coincide com a noção descrita no preâmbulo da Constituição que criou a Organização Mundial da Saúde, que sinaliza: “saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”. Significa que não se trata somente de ausência de doenças, mas depende não apenas de características individuais, físicas e psicológicas, mas também do ambiente social e econômico (DALLARI, 2008).

O direito à saúde não encontrou previsão legal em alguns tratados e convenções internacionais, recepcionados pelo Brasil, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), de 1969, acolhido pelo Brasil por meio

do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, incorporado pelo Decreto nº 592, de 1992.

Entretanto, esse direito encontra-se consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, conforme previsão contida no artigo 25, I, que estipulou expressamente que “todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar [...]”.

O artigo 12, I, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil pelo Decreto nº 591, de 1992, garante “o direito de toda a pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental”.

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, denominado “Protocolo de San Salvador” estabeleceu, em seu artigo 10, que “toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social”.

Nesse passo, conforme a previsão contida no artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, de 1988, por se tratar de norma internacional sobre direitos humanos, recepcionada pelo Brasil, equivale às emendas constitucionais, portanto, incide o disposto no artigo 5º, § 1º, da Constituição, que prevê que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

No plano constitucional, o direito à saúde encontra-se descrito nos arts. 6º, 196 a 198 da Constituição Federal, de 1988, nos seguintes termos:

Artigo 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

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

Artigo 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Artigo 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes;

I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais.

O direito a saúde, portanto, é direito social, mas enquanto direito social básico, ligado ao mínimo existencial, possui a natureza jurídica de direito fundamental (SARLET, 2008), e qualifica-se como direito de segunda geração, isto é, caracteriza-se como direito objetivo e prestacional que exige do Estado uma atitude positiva, pela busca do bem-estar social, pois os indivíduos não possuem condições de ascender aos conteúdos desses direitos (DA SILVA, 2009).

Nesse contexto, da leitura do artigo 196 da Carta Magna, acima transcrito, verifica-se que é dever de o Estado propiciar aos cidadãos, por meio de políticas sociais e econômicas, não qualquer tratamento, mas o mais adequado e eficaz, capaz de ofertar à pessoa enferma mais dignidade e menos sofrimento.

É necessária, então, a adoção de políticas públicas que tenham como finalidade “a redução do risco de doença e de outros agravos” e o “acesso universal igualitário às ações para sua promoção, proteção e recuperação” (artigo 196), pois a implementação dos direitos sociais deve ser feita mediante políticas públicas que concretizem certas prerrogativas individuais ou coletivas, destinadas a reduzir as desigualdades sociais existentes e a garantir uma existência humana digna.

Dessa maneira, a saúde da população é dever do Estado e garantia do cidadão, devendo aquele propiciar o suficiente para o seu bem-estar; assim, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, de 1988, nenhum cidadão poderá sofrer ato algum que atente contra a sua saúde e coloque a vida em iminente e concreto risco.

Entretanto, em que pese as normas de regência indicarem a existência de um direito à saúde, é preciso partir da premissa de que os recursos públicos na área da saúde são limitados para atendimento das demandas, que são muitas, de forma que é necessário fazer escolhas sobre a utilização desses recursos, isto é, o direito à saúde então torna-se, também, limitado e não absoluto (FERRAZ; VIEIRA, 2009). A doutrina e jurisprudência têm se alinhado no sentido de que inexistem direitos absolutos no sistema jurídico, de forma que as previsões contidas no texto constitucional não conferem ao cidadão o direito ilimitado de postular o recebimento de qualquer medicamento ou tratamento, pela via judicial, necessitando da comprovação específica da eficiência, da eficácia e do custo-efetividade do tratamento (SCHULZE, 2014).

Existem limites ao direito fundamental à saúde, de maneira que incumbe ao Estado possibilitar o acesso do cidadão a um sistema de proteção à saúde que apresente oportunidades iguais de usufruto para que as pessoas possam alcançar elevados níveis

de saúde (FERRAZ; VIEIRA, 2009), porque, apesar de se tratar de direito fundamental, existem outros igualmente relevantes que merecem atenção do Estado os quais também serão objeto de políticas públicas que necessitam de orçamento, como, por exemplo, a educação e a moradia<sup>1</sup>.

Portanto, é preciso buscar um equilíbrio entre os limites de atuação do Estado e o atendimento do direito à saúde, por meio de critérios racionais e razoáveis, que efetivamente possam balizar uma efetividade maior para um maior número de pessoas (SARLET, 2008), como, por exemplo, a adoção da modernização do processo de criação e desenvolvimento de políticas públicas, a redução de posturas ilícitas dos gestores públicos, como a corrupção e o emprego de cooperação e diálogo entre os entes estatais responsáveis pela implementação da política pública de saúde.

## **2 A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS ADMINISTRATIVAS DOS ENTES ESTATAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DE 1988, E DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL QUE REGEM O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)**

A competência para legislar sobre a assistência sanitária é concorrente entre a União, os Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos dos arts. 24, XII, e 30, I e II, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Dessa forma, incumbe à União traçar as diretrizes gerais; aos Estados a de suplementar a legislação federal; e aos Municípios atribui-se a competência para complementar, no que couber, a estrutura normativa vigente. De qualquer sorte, essa suplementação ocorre desde que mantida a congruência do arcabouço jurídico com o fim de evitar a criação de regras dissonantes.

Disciplina a Constituição Federal, ainda, em seu artigo 23, que “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”.

Da análise do texto constitucional, conclui-se que a competência administrativa para tratar da saúde é da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; logo, no plano administrativo, todos os entes da federação possuem competência para assegurar e emprestar a necessária efetividade do direito à saúde aos cidadãos. Ao

---

<sup>1</sup> Surge, então, a possibilidade de ocorrer o fenômeno chamado de “colisões entre direitos fundamentais em sentido estrito”, mencionado por ALEXY (1999) que “nascem sempre, então, quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem consequências negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais”. Segundo Alexy, a solução para as colisões dos direitos fundamentais depende de sacrifícios e a questão a ser analisada é como isso deve ocorrer.

tratar da repartição da competência dos entes federados na tutela do direito à saúde, Moraes (2000) enfatiza que se deve observar o princípio da predominância do interesse. Aduz o autor que a Constituição Federal adotou a competência concorrente não cumulativa, de modo que a competência da União será para matérias e normas gerais; a dos Estados e do Distrito Federal será uma competência suplementar, dispondo sobre as suas respectivas leis.

Com relação às competências municipais, o artigo 30 da Constituição Federal dispõe que compete aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local. Segundo Dallari (2009), o Ente Federativo que detém a maior parcela de responsabilidade para a execução de medidas e serviços públicos de saúde, na Constituição Federal vigente, sem dúvidas, é o Município. Salienta ainda a autora que

[...] nem mesmo a instituição do Sistema Único de Saúde ou a distribuição comum a todas as esferas das funções de prevenção, defesa e cuidado sanitário, anulou a obrigação posta especialmente aos Municípios de – comum a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados – prestar serviços de atendimento à saúde da população (CF, artigo 30, VII). Pág. 18.

Segundo-se a ótica da predominância do interesse norteador da repartição de competências da República Federativa do Brasil, os Municípios devem se ocupar em tratar de assuntos de interesse local, circunscritos ao limite de sua competência municipal; os Estados, por seu turno, deverão obrigar-se pelos interesses regionais; o Distrito Federal contempla uma competência cumulativa Estadual e Municipal; já a União Federal possui competência para elaborar normas com interesses de abrangência nacional na proteção e defesa da saúde.

De todo modo, é certo realçar que na operacionalização do federalismo de cooperação, no âmbito da saúde, há um mecanismo de solidariedade quanto à responsabilidade da União, dos Estados e dos Municípios para lidar com a saúde.

Dallari (2009) traz ainda importante reflexão em torno da competência e execução de algumas atribuições do Sistema Único de Saúde pelos entes federados. Assevera a articulista que,

Constitucionalmente, o sistema de saúde brasileiro não é juridicamente hierarquizado no que concerne à competência das diversas esferas de governo, mas o é enquanto sua organização prevê uma rede hierarquizada no que respeita à complexidade dos serviços postos à disposição da população. A base local do sistema, formada por parte de uma região municipal, um Município ou um consórcio de Municípios, deve proporcionar atendimento integral e contínuo, com a contribuição técnica e

financeira dos Estados e da União. Para operacionalizar o mandamento constitucional, a LOS estabelece a responsabilidade dos Estados em relação aos estabelecimentos hospitalares de referência e à gestão dos sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional (Lei n. 8.080, artigo 17, IX) e a competência da direção nacional do SUS para definir e coordenar o sistema de redes integradas de assistência de alta complexidade (Lei nº 8.080, artigo 16, III, a). Pág. 21.

A esse respeito, a Lei nº 8.080, de 1990 (BRASIL, 1990), estabeleceu regramento específico sobre a repartição das competências entre os entes estatais para a satisfação do direito à saúde enfatizando a descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo, estabelecendo a ênfase na descentralização dos serviços para os Municípios e a regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde (artigo 7º, IX). Previu-se, também, que “as ações e serviços de saúde, executados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), seja diretamente ou mediante participação complementar da iniciativa privada, serão organizados de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente (artigo 8º)”. Referida norma ainda descreveu as atribuições comuns dos entes públicos nos três níveis (artigo 15) e especificou claramente as direções para União, Estados e Municípios (arts. 16 a 18), tornando clara a distinção entre as suas competências no atendimento do direito fundamental à saúde.

Logo, tanto a Constituição Federal quanto as normas que regem o Sistema Único de Saúde orientam políticas públicas de saúde, adotando modelos compartilhados de diretrizes e ações tendentes a implementar ações e serviços voltados para atender às necessidades quantitativas e qualitativas da população.

Ademais, há um grande envolvimento entre o Federalismo nas políticas públicas da saúde, havendo arranjos que demonstram a colaboração solidária entre os Entes Federados, em que pese à autonomia existente entre as esferas de governo.

### 3 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

A regulamentação do direito fundamental à saúde no Brasil não tem sido suficiente para assegurar a existência de um regime jurídico qualificado e suficiente para proporcionar aos cidadãos brasileiros uma vida digna (SARLET, 2008).

Segundo Machado (2008), cuida-se de termo que surgiu a partir da publicação do trabalho dos norte-americanos Tate e Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Power*, por meio do qual os autores sustentam que judicialização envolve essencialmente tomar algo sob a forma do processo jurídico, em termos de transferência das decisões sobre direitos da legislatura para os tribunais.

De um lado, o fenômeno decorre do fortalecimento e da presença marcante das instituições que atuam em defesa dos cidadãos, como a Defensoria Pública e o Ministério Público, por exemplo, especialmente depois da vigência da Constituição Federal, de 1988 (MACHADO, 2008).

Por outro lado, relaciona-se com o déficit de democracia pelo qual passa o Estado brasileiro que indica a omissão dos Poderes responsáveis pela criação e execução de políticas públicas (Legislativo e Executivo) ocasionando a atuação provocada da autoridade judiciária (SCHULZE, 2014).

A judicialização da saúde fundamenta-se na noção de que o direito à saúde é considerado como direito subjetivo e de aplicabilidade imediata, pois se trata de direito fundamental (artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, de 1988), portanto, viabiliza o direito de ação no caso de sua inobservância pelo Poder Público, nos termos do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, de 1988 (VILELA; MOLITERNO; SANTOS, 2018).

O fenômeno não se encontra imune a severas críticas e questionamentos, e algumas delas merecem destaque porque são classificadas como óbices à implementação de outras políticas públicas.

Primeiramente, sustenta-se que o Poder Judiciário não pode interferir na criação e execução de políticas públicas em face da previsão constitucional de separação dos Poderes descrita no artigo 2º da Constituição Federal, de 1988, logo, por tratar-se de ato discricionário do administrador público.

Essa alegação, entretanto, não se sustenta porque a judicialização do direito à saúde decorre exatamente da omissão estatal no cumprimento do seu dever descrito no artigo 196 da Constituição Federal, de 1988, o de proporcionar a tempo e de maneira satisfatória o direito fundamental à saúde. Dessa maneira, uma vez não cumprindo o seu mister e constatada a violação ao direito fundamental à saúde, incumbe ao Poder Judiciário, ao ser acionado, atendendo ao princípio do devido processo legal, proporcionar o direito à saúde perseguido pelo autor da ação.

O ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário-RE 581352/AM asseverou o seguinte:

[...] a intervenção jurisdicional, justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, tornar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes), sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao

direito à saúde STF RE: 581352 AM, Rel. Min. Celso de Mello. J. 29/09/2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24205269/recurso-extraordinario-re-581352-am-stf>. Acesso: 29/4/2020.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por ocasião do julgamento, ocorrido em 25 de agosto de 2009, do Recurso Especial (REsp) nº 1041197/MS, relator ministro Humberto Martins, T2 – Segunda Turma, manifestou-se no seguinte sentido:

Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais STJ. Resp: 1041197/MS, Rel. Min. Humberto Martins. J. 25/08/2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6909418/recurso-especial-resp-1041197-ms-2008-0059830-7-stj/relatorio-e-voto-12701281?ref=juris-tabs>. Acesso: 29/4/2020.

Outra insurgência dos opositores da judicialização do direito à saúde refere-se à aplicação da teoria da reserva do possível, segundo a qual, em virtude da relevância econômica do objeto dos direitos sociais prestacionais, estes se encontram sob uma reserva do possível, circunstância que enseja tomada de decisão acerca da destinação de recursos públicos, entregue exclusivamente aos órgãos políticos. Assim, a reserva do possível é compreendida como limitação fática e jurídica oponível, ainda que de forma relativa, à realização dos direitos fundamentais, sobretudo os de cunho prestacional, e utilizada como ferramenta para retirar a responsabilidade dos entes federados. Nesse passo, a reserva do possível apresenta uma tríplice dimensão, abrangendo: a) possibilidade fática, que é o privilégio das ações coletivas no lugar das ações meramente individuais; b) possibilidade jurídica, consistente na existência de autorização orçamentária para cobrir as despesas, assim como a análise das competências federativas; e, por fim, c) razoabilidade da exigência e proporcionalidade da prestação.

Entretanto, de um lado, a reserva do possível somente pode ser invocada em situações excepcionais, desde que demonstrada, de forma inequívoca, a incapacidade econômico-financeira de se atender ao tratamento médico pleiteado, ou seja, não se trata de alegação que sempre deva ser acolhida.

Essa tese se justifica porque o direito à saúde compõe o chamado mínimo existencial, grupo menor e mais preciso de direitos sociais formado pelos bens e utilidades básicas imprescindíveis a uma vida humana digna, ou seja, direito que o cidadão tem de exigir que o Estado proporcione condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção.

Essa relevância do mínimo existencial é justamente garantir uma maior efetividade aos direitos sociais, motivo pelo qual é impossível a invocação pelo Poder Público da cláusula da reserva do possível, sempre que o Estado não comprove suas alegações e se limite a simples menção da existência da cláusula da reserva do possível.

Por outro lado, a reserva do possível não pode ser acolhida quando em conflito com o mínimo existencial, porque “qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito” (BRASIL, 2009).

Uma última insurgência refere-se aos impactos orçamentários que a judicialização do direito à saúde podem ocasionar.

A esse respeito, é preciso distinguir: (a) se já existe uma política pública na área de saúde aprovada por Lei e incluída em orçamento, conforme descrito no artigo 167, I e II, da Constituição Federal, de 1988, e artigo 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF); (b) se não há política pública criada e, conseqüentemente, nem exista previsão orçamentária para criá-la, por exemplo, no caso de fornecimento de tratamento experimental ou medicamento não cadastrado na Anvisa.

No primeiro caso, a judicialização da saúde não pode ser considerada óbice à execução de outras políticas públicas porque é possível o remanejamento do orçamento retirando-se dinheiro de certos programas sociais para o atendimento de causas judiciais específicas (BUÍSSA; BEVILACQUA; MOREIRA, 2018).

A segunda hipótese implica o aumento das despesas, o que deverá advir do remanejamento de recursos de outras áreas ou da adoção de créditos adicionais, depois da edição de lei, conforme descrito no artigo 167, V e VI, da Constituição Federal, de 1988 (BUÍSSA; BEVILACQUA; MOREIRA, 2018).

Além disso, essa alegação não se sustenta; de um lado, considerando que a saúde possui proteção constitucional essencial que se sobrepõe a outras políticas públicas não referentes aos direitos fundamentais, de forma que a omissão na implementação dessas políticas públicas encerra gritante inconstitucionalidade.

De outro lado, porque o Brasil ocupa a última posição no *ranking* de eficiência de sistemas nacionais de saúde, de acordo com a agência de negócios *Bloomberg*, desde 2015, indicando que o gasto com saúde no País não se converte numa entrega efetiva de serviço público de qualidade para a população (BUÍSSA; BEVILACQUA; MOREIRA, 2018).

Essa versão encontra-se bem fundamentada na pesquisa realizada por DOS SANTOS ZAGURSKI; PAMPLONA (2016), na qual destacam o incumprimento da

Emenda Constitucional nº 29, de 2000, no ano de 2013, que assegura os recursos mínimos ao financiamento das ações e serviços públicos de saúde:

Assim, apesar da EC 29/2000 ser considerada um avanço, segundo levantamento do Conselho Federal de Medicina (CFM), dos R\$ 47,3 bilhões gastos com investimentos pelo Governo Federal em 2013, o Ministério da Saúde foi responsável por apenas 8,2% dessa quantia. Ainda segundo o mesmo Conselho, em 13 anos, R\$ 47 bilhões deixaram de ser investidos pois nos últimos 12 anos (2001 a 2013), foram autorizados R\$ 80,5 bilhões específicos para este fim, no entanto, apenas R\$ 33 bilhões foram efetivamente gastos e outros R\$ 47,5 bilhões deixaram de ser investidos. Em outras palavras, de cada R\$10 milhões previstos para a melhoria da infraestrutura em saúde, R\$ 6 milhões deixaram de ser aplicados. DOS SANTOS ZAGURSKI, Adriana Timoteo; PAMPLONA, Danielle Anne. Judicialização da saúde e orçamento público. Revista do Direito, v. 1, n. 48, p. 92-117, 2016.

A judicialização do direito à saúde, portanto, sob esse prisma, não pode ser considerada como obstáculo à efetivação das políticas públicas porque ela decorre da reação do cidadão ante a inércia e a ineficiência dos entes públicos, e projeta-se para a obtenção da proteção do direito fundamental à saúde.

#### 4 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A intervenção do Poder Judiciário nas Políticas Públicas e na efetivação dos direitos sociais é uma questão bastante discutida no contexto histórico de décadas, sendo a tutela do direito à saúde um dos temas protagonistas do debate em torno do assunto. É perceptível a crescente judicialização da saúde, notadamente nas demandas com pedidos de medicamentos, autorização para procedimentos cirúrgicos, razão pela qual os Tribunais de Justiça, especialmente o Supremo Tribunal Federal, órgão de superposição, passaram a enfrentar a temática em constante mudança de orientação jurisprudencial.

O Supremo Tribunal Federal possui um marco interruptivo da jurisprudência da Corte, com relação à saúde, a partir das decisões proferidas nos REs 566.471 e 657.718. Com o julgamento desses Recursos Extraordinários, foram estabelecidas novas diretrizes para o fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Estado.

Entretanto, é interessante trazer à baila uma decisão que ocupou posição de destaque em julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE nº 271.286/RS, no qual se examinou a obrigação de o Município de Porto Alegre

fornecer medicamentos de alto custo a portadores do vírus HIV, em 2000<sup>2</sup>. Essa decisão compeliu o Ente Municipal a criar políticas públicas para fornecer medicamento independente de lei, o que, de fato, torna uma obrigação (judicial, e não legal) de priorizar recursos financeiros a determinado setor social.

Adentrando o cerne desta seção, o Supremo Tribunal Federal deu início ao julgamento do RE nº 566.471 (fornecimento de medicação de alto custo não listado pelo Sistema Único de Saúde). O ministro Marco Aurélio Mello, relator, votou no sentido de denegar provimento ao recurso, sob o argumento de que o Estado pode ser compelido a fornecer o medicamento de alto custo, observadas algumas peculiaridades, como a indispensabilidade do medicamento no tratamento, além da falta de recurso de os familiares proverem as despesas atinentes. O ministro Luís Roberto Barroso apresentou voto-vista sustentando que o “Poder Judiciário não é instância adequada para a definição de políticas públicas de saúde” e que só deve ocupar-se em casos extremos. Ademais, votou pelo desprovimento do recurso, elaborando uma tese de repercussão geral na qual: “O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independente do curso, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos” que são os seguintes:

1) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; 2) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; 3) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; 4) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e 5) a propositura da demanda necessariamente em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos no âmbito do SUS é, em regra, desse ente federativo. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 566.471. Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28566.471%20ENUNME%2E+OU+566.471%20EPRCR%2E%29&base=base-Repercussao&url=http://tinyurl.com/y367wlo8>. Acesso em: 26 jan. 2020.

Após essa decisão, outra diversidade de casos fora examinada pelo Pretório Excelso, sempre com casos concretos que buscavam materializar a efetivação de direitos sociais, envolvendo até mesmo medicamentos experimentais sem registro na Anvisa (Droga fosfoetanolamina sintética, produzida pela Universidade de São Paulo (USP), conhecida como caso de São Carlos (Autos nº 1010266-58.2015.8.26.0566).

2 Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/9/2000.

Cabe obtemperar ter sido designado o dia 11/3/2020 para a conclusão do julgamento do RE nº 566.471. Na referida data, foi julgado o mérito do tema com repercussão geral, na qual o Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário, vencido parcialmente o ministro Edson Fachin. O Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo, quando não estiverem previstos na relação do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional, do Sistema Único de Saúde (SUS).

Relativamente ao RE nº 657.718 (fornecimento de medicamento sem registro na Anvisa), o ministro Marco Aurélio Mello, que também era o seu relator, apresentou o mesmo voto apresentado no outro RE, decidindo pelo não provimento do recurso. Já o ministro Luís Barroso votou no sentido de que o Estado não está compelido a fornecer remédios sem registro na Anvisa, proveniente de decisão judicial, porquanto o registro na Anvisa constitui proteção à saúde pública. Após os votos dos demais ministros, o Supremo Tribunal Federal chegou à seguinte conclusão:

Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 500 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Dias Toffoli (Presidente). Em seguida, por maioria, fixou-se a 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 medicamento 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 três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União", vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 22.05.2019. Em consulta ao site do STF, observa-se que os autos encontram-se conclusos ao Relator Min. Roberto Barroso, para a lavratura do acórdão, desde o dia 05/11/2019. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28657.718%2ENU-ME%2E+OU+657.718%2EPRCR%2E%29&base=base->

Repercussao&url=http://tinyurl.com/y3w9ruq6. Acesso em:  
2/5/2020.

A par do exposto, chegamos à conclusão de que houve substancial mudança no posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da judicialização do direito à saúde, buscando conter o ativismo judicial e conservando a judicialização da política com cautela, após traçarem diretrizes e requisitos para o fornecimento de medicamentos de alto custo e não listados pelo Sistema Único de Saúde, além daqueles medicamentos não registrados pela Anvisa.

No mesmo sentido, Ferraz (2020) considera as decisões proferidas no RE nº 566.471 e RE nº 657.718 mostrando que o “cenário é, portanto, positivo, sobretudo se comparado ao modelo brasileiro de judicialização que vigorou nas últimas duas décadas apoiado na jurisprudência dominante do direito à saúde como um ‘direito a tudo’.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, é possível perceber que, de um lado, o fenômeno da judicialização do direito à saúde, concebido primordialmente como o ajuizamento de ações, individuais ou coletivas, cujo objeto é a satisfação de pretensões inerentes à saúde dos cidadãos, como internações e fornecimento de medicamentos, tornou-se muito mais perceptível a partir da vigência da Constituição Federal, de 1988, que contém diretrizes muito claras a respeito do acesso à saúde pelos cidadãos, especialmente nos arts. 6º, caput, e 196 a 198.

Cuida-se de fenômeno ligado intrinsecamente à inexistência de políticas públicas satisfatórias por parte dos entes públicos nas três esferas de governo – federal, estadual e municipal – ou à insuficiência de execução daquelas políticas públicas criadas.

A judicialização do direito à saúde, entretanto, não pode ser considerada obstáculo à criação e à execução de políticas públicas pelos entes públicos; pelo contrário, mostra-se como uma importante ferramenta para proporcionar o acesso de muitos cidadãos ao direito à saúde.

No decorrer desta investigação, foi possível observar que a judicialização do direito à saúde relaciona-se com a omissão estatal no cumprimento do seu dever descrito no artigo 196 da Constituição Federal, de 1988, a de proporcionar a tempo e de maneira satisfatória o direito fundamental à saúde, de modo que a violação ao direito fundamental à saúde implica a necessária intervenção do Poder Judiciário, ao ser acionado, atendendo ao princípio do devido processo legal, para o fim de proporcionar o direito à saúde perseguido pelo autor da ação.

Ainda se observou que a limitação da atuação do Poder Judiciário, com base na reserva do possível, somente se justifica em situações excepcionais, quando demonstrada,

de forma inequívoca, a incapacidade econômico-financeira de se atender ao tratamento médico pleiteado, pois o direito à saúde compõe o chamado mínimo existencial que assegura ao cidadão o direito de exigir que o Estado proporcione condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção.

Nesse contexto, a par de a cláusula da reserva do possível depender da atuação positiva do Estado, comprovando as suas alegações, é preciso analisar no caso concreto se o acolhimento da tese pode ensejar a violação do mínimo existencial, sob pena de violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, a judicialização do direito à saúde, apesar de sua aptidão de impactar os orçamentos públicos, não implica óbice às políticas públicas porque, além da possibilidade de remanejamento do orçamento retirando-se dinheiro de certos programas sociais para o atendimento de causas judiciais específicas, mostra-se possível a adoção de créditos adicionais.

O direito à saúde, nesse contexto, por relacionar-se diretamente à preservação da vida e da dignidade da pessoa humana, sobrepõe-se a outras políticas públicas não referentes aos direitos fundamentais, de forma que a omissão na implementação dessas políticas públicas encerra gravante inconstitucionalidade.

Dessa maneira, um país como o Brasil, que ocupa a última posição no *ranking* de eficiência de sistemas nacionais de saúde, de acordo com a agência de negócios *Bloomberg*, desde 2015, e que, portanto, não converte os recursos públicos numa entrega efetiva de um serviço público de qualidade para a população e que, ainda, insiste em descumprir a Emenda Constitucional nº 29, de 2000, no ano de 2013, que assegura os recursos mínimos ao financiamento das ações e serviços públicos de saúde, não pode considerar a judicialização do direito à saúde como óbice à satisfação de direitos fundamentais, como é o caso do direito à saúde.

De outro modo, a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal mostrou-se coerente com o seu papel de Corte Constitucional e, assim, procurou estabelecer parâmetros claros sobre duas divergências muito relevantes que assolavam a comunidade jurídica nacional objetos de dois Recursos Extraordinários: RE 566.471 e RE 657.718, ambos da relatoria do ministro Marco Aurélio Mello.

O primeiro analisa a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo, e a conclusão do julgamento encontra-se pendente. O segundo abordou a obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na Anvisa.

Ao analisar o RE 657.718, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento importante o qual possui o condão de orientar os magistrados brasileiros ao analisarem demandas semelhantes relacionadas ao direito à saúde. Concluiu o Supremo Tribunal Federal que o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais,

e que a ausência de registro na Anvisa impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. Entretanto, a Corte Constitucional admitiu, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411, de 2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União.

Em assim sendo, percebe-se claramente que o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal não importa em óbice às políticas públicas dos entes estatais, porque se dirigiu no sentido de vedar o fornecimento de medicamentos não registrados na Anvisa e se estabeleceram critérios objetivos para o atendimento excepcional dos cidadãos que necessitam desse tipo de pretensão.

Cuida-se, portanto, de Decisão que proporciona aos cidadãos o acesso ao direito à saúde e não prejudica na implementação de outras políticas públicas pelos entes estatais nem implica afronta à repartição das competências descritas no texto constitucional.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. **Revista de direito administrativo**, v. 217, p. 55-66, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

\_\_\_\_\_. **Lei 8080, de 19 de Setembro de 1990.** Dispõe Sobre as Condições Para a Promoção, Proteção E Recuperação Da Saúde, a Organização EO Funcionamento Dos Serviços Correspondentes E Dá Outras Providências. Brasília-DF, Brasil, 1990.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.041.197/MS, Relator Ministro Humberto Martins, T2 - Segunda Turma, data do julgamento: 25/08/2009. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1041197&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 26 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 581.352 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 21-11-2013 PUBLIC 22-11-2013. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>.

asp?sl=%28581352%2ENUME%2E+OU+581352%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yyoppv2p. Acesso em: 26 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 566.471. Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?sl=%28566.471%2ENUME%2E+OU+566.471%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/y367wlo8>. Acesso em: 26 jan. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE 657.718. Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?sl=%28657.718%2ENUME%2E+OU+657.718%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/y3w9ruq6>. Acesso em: 26 jan. 2020.

BUÍSSA, Leonardo; BEVLACQUA, Lucas; MOREIRA, F. H. B. B. Impactos orçamentários da judicialização das políticas públicas de saúde. In **Coletânea direito à saúde: dilemas do Fenômeno da Judicialização da Saúde**, v. 2, p. 26-50, 2018.

DA SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e, 2009.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A **construção do direito à saúde no Brasil**. In: **Revista de direito sanitário**, v. 9, n. 3, p. 9-34, nov./fev. 2008/2009.

DOS SANTOS ZAGURSKI, Adriana Timoteo; PAMPLONA, Danielle Anne. Judicialização da saúde e orçamento público. **Revista do Direito**, v. 1, n. 48, p. 92-117, 2016.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 3, e1934, 2019. Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322019000300208-&lng=en&nrm-iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000300208-&lng=en&nrm-iso)>. access on 12 Feb. 2020. Epub Nov 14, 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201934>.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. **Dados**, v. 52, n. 1, p. 223-251, 2009.

FIRJAN. Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro: IFGF 2019. Recuperado em 3 maio, 2020, de <http://www.firjan.org.br>.

FIRJAN. Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro: IFDM 2018. Recuperado em 3 maio, 2019, de <http://www.firjan.org.br>.

FREITAS, Beatriz Cristina de; FONSECA, Emílio Prado da; QUELUZ, Dagmar de Paula. A Judicialização da saúde nos sistemas público e privado de saúde: uma revisão sistemática. *Interface - Comunicação, Saúde, Educação* [online]. 2020, v. 24. Disponível em <<https://scielosp.org/article/icse/2020.v24/e190345/pt/>>. Acesso em: 12 fev. 2020. DOI: <https://doi.org/10.1590/Interface.190345>.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza. Contribuições ao debate da judicialização da saúde no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, v. 9, n. 2, p. 73-91, 2008.

MATTA, Gustavo Corrêa. A Organização Mundial da Saúde: do controle de epidemias à luta pela hegemonia. *Trabalho, Educação e Saúde*, v. 3, n. 2, p. 371-396, 2005.

MORAIS, Alexandre. Competências administrativas e legislativas para vigilância sanitária de alimentos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n° 53, p. 1-124, jun. 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora? Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, p. 163-206.

SCHULZE, Clenio Jair. A judicialização da saúde e o Conselho Nacional de Justiça. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 58, 2014.

VILELA, Leonardo Moura; MOLITERNO, Marcella Parpinelli; SANTOS, Alethele de Oliveira. Judicialização da Saúde: Um Fenômeno a Ser Compreendido. In *Coletânea direito à saúde: dilemas do Fenômeno da Judicialização da Saúde*, v. 2, p. 309-320, 2018.

Recebido em: 26/01/2022

Aprovado em: 07/04/2022