

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS – CCJP  
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – ECJ**

**MARCELLA LOBO ARRUDA DE OLIVEIRA SANTOS**

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: o fornecimento de medicamentos de  
alto custo e a atuação do Poder Judiciário**

Rio de Janeiro

2018

MARCELLA LOBO ARRUDA DE OLIVEIRA SANTOS

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: o fornecimento de medicamentos de alto custo e a atuação do Poder Judiciário**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: José Carlos Vasconcellos dos Reis

Rio de Janeiro

2018

MARCELLA LOBO ARRUDA DE OLIVEIRA SANTOS

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: o fornecimento de medicamentos de alto custo e a atuação do Poder Judiciário**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em

de 2018.

BANCA EXAMINADORA

---

Professor. José Carlos Vasconcellos dos Reis – Orientador  
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

---

Professor(a).  
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

---

Professor(a).  
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

*Você é do tamanho dos seus sonhos.*

*Cesar Souza*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, primeiramente, à minha mãe, Nilceia Arruda, pela dedicação e pelo amor incondicional. Você é minha base.

Aos meus amigos Ana Raquel Azevedo e Jaques Gheiner pela parceria durante os últimos cinco anos.

À minha amiga Isabela Darkenwald, pelo incentivo e por compartilhar momentos atribulados dessa jornada até aqui, tornando-os mais simples.

E à minha amiga querida Bruna Agra, pelo carinho, apoio e amizade de quase uma vida inteira. Você é a irmã que a vida me deu de presente.

## RESUMO

SANTOS, Marcella Lobo Arruda de Oliveira. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: o fornecimento de medicamentos de alto custo e a atuação do Poder Judiciário. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso II. (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

O presente trabalho visa a analisar a problemática do fornecimento de medicamentos de alto custo no Brasil, no contexto atual de crise enfrentada pelo Poder Público. Tratar-se-á da atuação do Poder Judiciário como garantidor da efetivação do direito à saúde por meio da realização de políticas públicas relativas, observados os princípios e limites constitucionais, analisando-se o posicionamento dos Tribunais Superiores acerca do tema em questão.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Escassez de Recursos. Reserva do Possível.

## **ABSTRACT**

SANTOS, Marcella Lobo Arruda de Oliveira. HEALTH JUDICIALIZATION: the supply of high-cost drugs and the performance of the Judiciary. Term paper 2(Graduation in Law) - Federal University of the State of Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

This paper aims to analyze the problem of the supply of high cost medicines in Brazil, in the current context of crisis faced by the Public Power. The Judiciary will act as a guarantor of the realization of the right to health through the implementation of public policies, observing the constitutional principles and limits, analyzing the position of the Supreme Courts on the subject in question.

Keywords: Right to Health. Scarce Resources. Reserve of Possible.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>2 A ORIGEM DOS DIREITOS SOCIAIS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988.....</b>	<b>10</b>
2.1 Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais Sociais.....	13
2.2 A eficácia e a crise dos Direitos Sociais.....	16
2.3 A atuação judicial nas demandas sociais.....	18
<b>3 O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: DA ORIGEM À CONSTITUIÇÃO DE 1988.....</b>	<b>24</b>
3.1 O Sistema Único de Saúde.....	27
3.2 O Fornecimento de Medicamentos e o SUS.....	30
3.3 Medicamentos de alto custo e limites do Poder Judiciário: alguns parâmetros doutrinários de atuação.....	33
<b>4 ANÁLISE DE CASOS.....</b>	<b>43</b>
4.1 Recurso Extraordinário 566.471 Rio Grande Do Norte.....	42
4.1.1 Voto Do Relator Ministro Marco Aurélio Mello.....	45
4.1.2 Voto-Vista Do Ministro Luís Roberto Barroso.....	47
4.1.3 Voto Do Ministro Edson Fachin.....	51
4.2 Agravo Regimental Na Suspensão De Tutela Antecipada 175 Ceará.....	52
4.3 Recurso Especial 1.657.156 Rio De Janeiro.....	53
4.4 Breve síntese da jurisprudência analisada.....	54
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>57</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>58</b>



## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, num contexto de busca por maiores garantias e direitos, instituiu um vasto rol de direitos fundamentais garantidos aos cidadãos brasileiros, sendo, por essa razão, conhecida como Constituição Cidadã.

O direito à saúde ganhou destaque no art. 126 da Constituição, que determina que a saúde é direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantida e promovida por meio de políticas públicas. Essas políticas tem o objetivo principal de distribuir os recursos do governo de forma a garantir melhor aplicabilidade nas necessidades principais da população.

No entanto, há que se destacar que este direito não é absoluto, devendo obedecer a limites constitucionais. E é sob esse aspecto que se encontram os debates, tendo em vista que, de um lado do Poder Judiciário não pode se abster de julgar as causas que lhe são submetidas e, de outro lado, o Poder Público tende ao desequilíbrio em razão das decisões que se vê obrigado a cumprir.

O debate acerca da judicialização da saúde tem ganhado maior destaque nos últimos anos, tendo em vista o atual estado de crise financeira em que se encontra o Estado, como instituição. Os cidadãos, privados de seus direitos básicos, encontram solução no Poder Judiciário, que atua de forma a tentar solucionar os problemas do Sistema de Saúde.

Diante desse contexto, esta monografia dará enfoque ao direito à saúde, analisando-se a obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos por parte da Administração, considerando a aplicação do princípio da reserva do possível e o impacto gerado ao orçamento público.

No primeiro capítulo, tratar-se-á da origem dos direitos sociais, bem como da forma como são inseridos no direito brasileiro pela Constituição de 1988. Após longos períodos ditatoriais, a Constituição de 1988 trouxe extenso rol de direitos sociais, como um reflexo pela busca em atender às demandas sociais e garantir a manutenção do Estado Democrático de Direito.

O segundo capítulo cuida da análise do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), especialmente no que se refere ao fornecimento de medicamentos. Além disso, busca apresentar um panorama acerca das demandas judiciais que

envolvem o fornecimento de medicamentos, bem como os argumentos apresentados para justificar a ineficácia da concretização do direito à saúde.

Por fim, no último capítulo, será apresentado o julgamento do Recurso Extraordinário 566.471 do Rio Grande do Norte, que se encontra em andamento no Supremo Tribunal Federal, e trata do fornecimento de medicamentos que não integram a lista de dispensação do SUS, além do recente julgamento do Recurso Especial 1.657.156 do Rio de Janeiro, em que o Superior Tribunal de Justiça definiu critérios para o fornecimento desses medicamentos, buscando uniformizar as decisões.

## 2 A ORIGEM DOS DIREITOS SOCIAIS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Inicialmente, cabe destacar que a busca pelo atendimento às demandas sociais e garantia dos direitos fundamentais tem sido destaque nas sociedades modernas, visando garantir a manutenção do regime democrático.<sup>1</sup>

Sob essa ótica, o princípio da dignidade da pessoa humana foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro como norteador da ordem constitucional<sup>2</sup> e, portanto, de todos os demais direitos fundamentais. Nesse sentido, Ingo Sarlet<sup>3</sup>:

“(...) além da íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente. ”

No que se refere aos direitos sociais, estes emergiram no século XX, num contexto de pós-guerra, em que se verifica a necessidade de intervenção do Estado para garantir a proteção do cidadão. Tais direitos ganham força com as Constituições

---

<sup>1</sup> SILVA, Denival Francisco. *Os Impasses Inaceitáveis para Efetivação da Democracia Substancial no Brasil*. Revista Justiça do Direito. V.8, nº2, jul/dez 2014. p. 501

<sup>2</sup> CAVALCANTE, Martha Lisiane Aguiar. *Dignidade Humana e Reserva do possível: análise do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*. 49 f. Monografia/Pós-graduação – Programa de especialização em Direito Constitucional, Escola Superior da Magistratura, Universidade Vale do Acaraú, Ceará, Fortaleza, 2009, p.6.

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 63

Mexicana (1917) e de Weimar (1919), os primeiros documentos a preverem os direitos sociais em seus textos.<sup>4</sup>

Definidos por Clésia Pachú<sup>5</sup>, “os direitos sociais se constituem direitos fundamentais do homem, inerentes ao indivíduo, configurando-se doutrinariamente como direitos de segunda dimensão.”. Sendo assim, faz-se necessária sua efetivação prática, sendo insuficiente apenas o reconhecimento dessas garantias no plano teórico.

Essa necessidade decorre do fato de que os direitos sociais são também direitos fundamentais considerados um dos fundamentos axiológicos do Estado democrático de Direito, funcionando, portanto, como base para o ordenamento jurídico. Assim, conforme leciona Sarlet<sup>6</sup>, os direitos fundamentais sociais se fazem necessários ao exercício efetivo das liberdades, bem como da manutenção da igualdade de oportunidades que constituem a democracia.

A primeira Constituição brasileira a incluir em seu texto direitos sociais foi a Constituição de 1934, cuja abordagem se deu, principalmente, com relação ao direito do trabalho.<sup>7</sup>

Entretanto, após longo período ditatorial experimentado pela República, a promulgação da Carta Magna de 1988 consagrou a República Brasileira como um Estado Democrático de Direito, garantindo direitos individuais anteriormente suprimidos. Também chamada Constituição Cidadã, representou um marco na história brasileira em razão do novo regime instituído.

Nesse cenário, o texto constitucional de 1988 tem sido considerado um dos mais completos do mundo no que se refere às garantias individuais. Necessário se faz destacar que o constituinte incluiu vasto rol de direitos sociais na Constituição Federal, especialmente em seus artigos 6º ao 11.

Conforme dispõe o art. 6º da CRFB/88, são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na

---

<sup>4</sup> PACHÚ, Clésia Oliveira. *DIREITOS SOCIAIS: O Artigo 6º da Constituição Federal e sua efetividade*. Campina Grande: EDUEPB, 2015. p. 27.

<sup>5</sup> PACHÚ, Clésia Oliveira. *Op. cit.* p. 28

<sup>6</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 63

<sup>7</sup> PACHÚ, Clésia Oliveira. *Op. cit.* p. 27.

forma da Constituição. Mais recentemente, a EC 90/2015 introduziu nesse rol o direito ao transporte, que influencia diretamente no exercício dos demais direitos previstos.

No ordenamento jurídico brasileiro, as normas que positivam os direitos fundamentais têm sido consideradas normas de caráter programático, como leciona Gilmar Ferreira Mendes<sup>8</sup>: “*A dependência dos recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis.*”

No entanto, isso não significa que não sejam dotadas de certa efetividade, conforme definido no próprio texto constitucional de 1988, em seu art. 5º, §1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Para Ingo Wolfgang Sarlet, a referida norma impõe ao Poder Público a tarefa de garantir a máxima eficácia dos direitos fundamentais, além de possuir caráter dirigente e vinculante, aplicando-se a todos os direitos fundamentais que integram a ordem constitucional.<sup>9</sup>

A garantia dos direitos fundamentais e sociais divide a doutrina no que se refere à abrangência da intervenção do Poder Judiciário como meio para efetivação desses direitos.<sup>10</sup> Há quem defenda que a atuação do Poder Judiciário é essencial para garantir a efetividade de quaisquer direitos fundamentais frente à ausência de prestação por parte do Estado. Citado por Watanabe, Dirley Cunha Junior sustenta:

“(...) todas as normas definidoras de direitos fundamentais, sem exceção, têm aplicabilidade imediata independentemente de concretização legislativa, o que permite que o titular do direito desfrute da posição jurídica por ele consagrada. Na hipótese de eventual omissão estatal, impeditiva de gozo desses direitos, pode e deve o Judiciário, como Poder apto a proporcionar a realização concreta dos comandos normativos quando provocado por qualquer meio processual adequado, suprir aquela omissão, completando o preceito consignador de direitos diante do caso concreto.”<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 628

<sup>9</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 276

<sup>10</sup> MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas*. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil. Jan/Jul. 2008. p. 94

<sup>11</sup> JUNIOR, Dirley Cunha. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2008. p. 664, *apud* WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das Políticas Públicas. Revista de Processo, n. 193, 2011. p. 17

Por outro lado, Ana Paula Barcellos afirma que apenas as prestações ligadas ao mínimo existencial poder ser exigidas diretamente ao Poder Judiciário, por caracterizarem violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>12</sup>

Diante dessa divergência, imprescindível torna-se a discussão acerca da efetividade dos direitos sociais previstos na Carta de 1988, dando maior enfoque ao direito à saúde.

## **2.1 O REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Primeiramente, mister se faz estabelecer conexão entre o direito e a socialidade. Isto porque o modelo de Estado Social moderno representa uma ruptura com o modelo liberal, em que a função estatal se baseava apenas no conceito de liberdade e não intervenção do Estado.

No conceito de Estado Social, há a relação de complementariedade entre indivíduo e Estado que pressupõe que o Estado atue com a finalidade de suprir as lacunas que os indivíduos não são capazes de preencher, a fim de que atinjam seus objetivos como indivíduos.

O princípio da socialidade, presente no Estado Social, pressupõe que a atuação do indivíduo depende não só dele, mas da atuação estatal. Dessa forma, o referido princípio passa a interferir no Direito, tendo em vista que este é produzido pelo próprio Estado, refletindo as necessidades dos cidadãos.

Considerado o atual contexto de globalização, verifica-se a existência de diferentes regimes jurídicos a que se submetem os direitos fundamentais sociais. Necessário destacar que, ainda que tais direitos possam ser considerados universais, estes são diretamente influenciados pelas condições econômicas e de desenvolvimento de cada Estado.

Nessa perspectiva, o Brasil, como Estado Democrático de Direito, prevê amplo rol de direitos fundamentais sociais em sua Constituição, que contam, ainda, com a

---

<sup>12</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 301. *apud* WATANABE, Kazuo, 2012. p. 17.

ratificação de Tratados Internacionais<sup>13</sup> a fim de garantir a máxima eficácia do cumprimento desses direitos. Entretanto, a efetividade desses direitos ainda é relativa, sendo nítida a insatisfação dos cidadãos com os serviços prestados pelo poder público.

Os direitos fundamentais são compreendidos como normas programáticas plasmadas no texto constitucional, funcionando como diretrizes para as funções do estado que devem ser concretizadas.<sup>14</sup> Essas normas deixaram de ser apenas pretensões, passando a ser verdadeiras prerrogativas garantidas pela Constituição de 1988, sendo oponíveis ao próprio Estado e a outros indivíduos. Isto significa que, além da dimensão negativa, contam com a dimensão prestacional por parte do Estado.<sup>15</sup>

O aspecto prestacional de que são dotados os direitos fundamentais deve ser observado de forma complementar à dimensão negativa, gerando impactos no orçamento público.

Conforme leciona o professor Daniel Sarmento<sup>16</sup>:

“O primeiro passo a ser dado pela doutrina é a difusão de que todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão negativa e uma prestacional e que todos, sem exceção, ‘custam recursos ao erário’. A perspectiva de que os direitos de primeira geração estariam isentos de um aspecto prestacional é uma herança típica do paradigma liberal e que deve ser afastado.”

No entanto, é necessário que haja um mínimo apropriado para o desenvolvimento das garantias sociais. A inexistência desses pressupostos prejudica a aplicabilidade social dos direitos fundamentais sociais, especialmente em momentos de crise, por dependerem de atuação material do Estado para sua efetivação.<sup>17</sup>

Ocorre que as garantias sociais, ainda que previstas como normas programáticas no texto constitucional, são impactadas pelas crises que o Estado tem sofrido nos dias atuais. Nos tempos de crise, a redução da prestação estatal vem

---

<sup>13</sup> Conforme prevê o art. 5º, §3º da CRFB/88, “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”, tendo, portanto, *status* de norma constitucional.

<sup>14</sup> SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: História constitucional brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 94-95.

<sup>15</sup> SARMENTO, Daniel. *Op. cit.* p. 149.

<sup>16</sup> SARMENTO, Daniel. *Op. cit.* p. 95.

<sup>17</sup> MÂNICA, Fernando Borges. *Op. cit.* p. 96.

acompanhada da flexibilização dos direitos e garantias sociais, fazendo crescer a utilização de mecanismos garantidores desses direitos.

Atualmente, admite-se que as normas programáticas são dotadas de eficácia interpretativa – funcionando como parâmetro para interpretação do ordenamento jurídico –, negativa – impedindo que o Estado aja contrariamente à previsão – e, ainda, positiva. Destaca-se, aqui, a eficácia positiva dessas normas, que garante ao indivíduo a possibilidade de se exigir um direito subjetivo baseado na previsão de normas programáticas<sup>18</sup>.

A aplicação da eficácia positiva das normas programáticas não se dá apenas em relação à tutela do mínimo existencial, mas inclui, também, a possibilidade de “tutela coletiva dos direitos consagrados nessas normas”.<sup>19</sup> Essa visão está ligada à possibilidade de intervenção judicial nas questões políticas quando verificada a inobservância dessas normas, garantindo sua eficácia jurídica.<sup>20</sup>

Neste sentido, considerando que o direito à saúde é direito inerente à coletividade, cabe ao Estado assegurar meios eficazes de torná-lo efetivo. A Constituição prevê, claramente, que o Poder Público tem o dever de criar hospitais, de fornecer tratamentos adequados, entre outros serviços que garantam o acesso ao direito à saúde.

Cabe, ainda, a discussão acerca da condição de direitos fundamentais que é dada aos direitos sociais, especialmente no que se refere à exigibilidade de cumprimento de tais direitos. Essa discussão está associada aos regimes jurídicos sob os quais encontram-se os direitos sociais, quais sejam, constitucional, legal, internacional.

No Estado Brasileiro, embora os direitos sociais encontrem previsão no texto constitucional e infraconstitucional, seu efetivo cumprimento, depende, cada vez mais,

---

<sup>18</sup> OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. A Constituição Dirigente está morta... Viva a Constituição Dirigente! In: BARROSO, Luis Roberto (Org.) *A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 100. *apud* BONIZZATO, Luigi; REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *Direito Constitucional Questões Clássica, Contemporâneas e Críticas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2018. p. 81.

<sup>19</sup> BONIZZATO, Luigi; REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *Direito Constitucional Questões Clássica, Contemporâneas e Críticas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2018. p. 82.

<sup>20</sup> BONIZZATO, Luigi; REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *Op. cit.* p. 85.

da atuação do Poder Judiciário como garantidor das garantias fundamentais suprimidas.

Nesse sentido, destaca-se o aumento das demandas relacionadas à obtenção de medicamentos. Segundo estudo realizado pelo Instituto de Estudos Socioeconômicos – Inesc, os gastos federais com a judicialização dessas ações passaram de R\$ 103,8 milhões em 2008 para R\$ 1,1 bilhão em 2015, perfazendo um aumento de mais de 1000%.<sup>21</sup>

Apesar da importância dessa atuação, fundamental é, também, a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo a fim de garantir a execução de políticas públicas que promovam a efetividade dos direitos fundamentais sociais, que são determinados pela Constituição Federal de 1988.

## 2.2 A EFICÁCIA E A CRISE DOS DIREITOS SOCIAIS

Inicialmente, é necessário esclarecer que o Estado Liberal encontrava fundamento numa atuação limitada do Estado, enfraquecido, para maior exercício das liberdades individuais, assegurando os chamados direitos fundamentais de primeira geração.<sup>22</sup>

Em oposição a este modelo, surge o Estado Social, com o constitucionalismo moderno, que passou a prever os direitos fundamentais de segunda geração, garantindo maior intervenção estatal no meio social.

O Constituinte de 1988 buscou atingir os objetivos do Estado Social a partir da previsão constitucional dos direitos sociais, econômicos e culturais, compreendidos como direitos fundamentais de segunda geração.<sup>23</sup>

No Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário ganha força diante da ineficácia na atuação dos demais poderes. Alguns doutrinadores<sup>24</sup> defendem a

<sup>21</sup> OBSERVATÓRIO DE ANÁLISE POLÍTICA EM SAÚDE. *Custo de ações judiciais por medicamentos cresce mais de 1000% na esfera federal*. Disponível em: <<https://analisepoliticaemsaude.org/oaps/noticias/?id=d2a922e55b7e20c35cb4d601335992c3>>. Acesso em 23 de mai. 2018.

<sup>22</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*. In: SALLES, Carlos Alberto de. *As Grandes Transformações do processo civil brasileiro*. São Paulo: Quarter Latin, 2009. p. 109-134, *apud* WATANABE, Kazuo. *Op. Cit.* p. 15.

<sup>23</sup> WATANABE, Kazuo. *Op. cit.* p. 15.

<sup>24</sup> JUNIOR, Dirley da Cunha. *Controle Judicial das omissões do poder público*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 664, *apud* WATANABE, Kazuo. *Op. cit.* p. 17.



aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, sendo passíveis, portanto, de tutela jurisdicional a qualquer tempo, independentemente, inclusive, da existência de políticas públicas relativas ao exercício do direito pleiteado.

Conforme art. 3º da Constituição da República:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Diante dessa previsão, nota-se que os direitos fundamentais constitucionais são direcionados a todos os indivíduos de forma igualitária. Deste modo, tais mandamentos se destinam não só aos cidadãos, como também aos Poderes da União, dos Estados e dos Municípios, responsáveis, em conjunto, pela garantia da aplicabilidade do texto constitucional.

Apesar da crítica contra a atuação do Poder Judiciário na garantia dos direitos fundamentais, sob o argumento de ofensa ao princípio da separação dos poderes e da usurpação de competência, faz-se necessário o cumprimento das garantias sociais, observando-se o princípio da dignidade da pessoa humana, um princípio basilar do ordenamento jurídico, visando proteger o indivíduo das omissões estatais.

A ineficiência das políticas públicas oferecidas pelo poder estatal evidencia o período de crise que vive o Estado brasileiro. Por essa razão, a atuação do Poder Judiciário nas demandas relativas a direitos sociais tem sido cada vez maior. A escassez de recursos para implementação de tais políticas não é recente, mas ganhou ainda mais força com o entendimento de que as normas constitucionais são de aplicabilidade imediata.

Fernando Mânica<sup>25</sup> esclarece que *“com o surgimento do Estado Social e as novas formas de atuação na conformação da ordem econômica e social, o orçamento público abandona seu caráter de neutralidade e torna-se instrumento de*

---

<sup>25</sup> MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas*. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil, Jan./Jul. 2008. p.2.

*administração pública*”. Dessa forma, o Estado passou a ter obrigação de implementar de forma eficiente políticas públicas necessárias à ordem social.

Entretanto, em momentos de crise, as desigualdades tornam-se ainda maiores, evidenciando a ineficácia das prestações por parte do Poder Público. É nesse momento que os operadores do Direito têm a função de efetivar o cumprimento dos direitos sociais como direitos fundamentais.

Diante dessa necessidade de prestações positivas do Estado e, considerando a escassez de recursos públicos, surge o debate acerca de como priorizar a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais.

A grande dificuldade do Poder Judiciário está em verificar a possibilidade de tutela jurisdicional do grande número de direitos sociais previstos na Constituição, ou se dependem da atuação de outros Poderes, por meio de políticas públicas, para a sua atuação.<sup>26</sup>

### **2.3 A ATUAÇÃO JUDICIAL NAS DEMANDAS SOCIAIS**

Diante da crise na eficácia dos direitos sociais, a atuação do Poder Judiciário passou a ser imprescindível e recorrente. O papel do Estado-Juiz como garantidor desses direitos tende a ser cada vez mais expressivo, em razão da omissão do Poder Público em implementar políticas que forneçam condições básicas aos cidadãos.

Assim, faz-se necessária a aplicação de princípios que balizem a atuação do Poder Judiciário, a fim de que os interesses da sociedade sejam satisfeitos, mas em equilíbrio com a capacidade que o Estado possui de satisfazer essas necessidades.

Dentro dessa perspectiva, aplica-se o princípio da Reserva do Possível. Este princípio tem origem no Direito alemão<sup>27</sup> e fundamenta-se na razoabilidade da pretensão, não levando em conta apenas a existência de recursos materiais, por parte do Poder Público, para a efetividade dos direitos sociais pleiteados.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> WATANABE, Kazuo. *Op. cit.* p. 16.

<sup>27</sup> BverfGE n. 33, S. 333, citado por MÂNICA, Fernando Borges. *Op. cit.* p. 99

<sup>28</sup> MÂNICA, Fernando Borges. *Op. cit.* p. 99.

Sobre a decisão da Corte alemã, explica Mânica:

“Ao decidir a questão, o Tribunal Constitucional entendeu que o direito à prestação positiva – (...) – encontra-se sujeito à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade.”<sup>29</sup>

Na análise de Ingo Sarlet, a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de modo que mesmo que o Estado disponha dos recursos e possa dispor deles, não há que se falar em obrigação de prestar obrigação fora dos limites do razoável.<sup>30</sup>

Os direitos sociais são classificados como fundamentais no Estado Democrático de Direito, razão pela qual faz-se necessário realizar ponderação entre a atuação do Estado e a manutenção dos direitos básicos dos cidadãos.<sup>31</sup> A má distribuição de recursos poderá ocasionar dano aos cofres públicos ou violação das garantias básicas constitucionais.

No Brasil, o princípio da Reserva do Possível é aplicado no sentido de se verificar o que é economicamente possível ao Estado fornecer ao indivíduo. Há prevalência do sentido econômico quando avaliada a razoabilidade da pretensão, tendo em vista a escassez de recursos públicos destinada à implementação de políticas públicas suficientes para satisfazer às necessidades da sociedade brasileira.<sup>32</sup>

Diante da ausência de recursos públicos suficientes para garantir integralmente os direitos sociais previstos na Constituição, o Estado passou a estabelecer critérios de priorização de determinados serviços em detrimento de outros<sup>33</sup>. Dessa forma, a administração pública atua de forma discricionária, avaliando os direitos e as possibilidades de implementação da política pública para cada momento determinado.

Essa atuação estatal se dá por meio do poder discricionário, que se baseia nos critérios de oportunidade e conveniência, em que a Administração Pública deve optar pela prática de atos que mais beneficiem a sociedade, seguindo diretrizes

<sup>29</sup> MÂNICA, Fernando Borges. *Op. cit.* p. 99.

<sup>30</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, *Op. cit.* p. 295.

<sup>31</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 293.

<sup>32</sup> MÂNICA, Fernando Borges. *Op. cit.* p. 100.

<sup>33</sup> ELSTER, Jon. *Local Justice*. New York: Russel Sage Foundation, 1992. p. 21-22, *apud* AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 149.

constitucionais a fim de que garantir a efetividade dos direitos fundamentais trazidos pela Constituição.<sup>34</sup>

Sobre o tema, explica Carvalho Filho<sup>35</sup>:

Poder discricionário, portanto, é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público. Em outras palavras, não obstante a discricionariedade constitua prerrogativa da Administração, seu objetivo maior é o atendimento aos interesses da coletividade.

Vale salientar que a atuação discricionária do Estado não pode se dar de forma arbitrária. Nesse sentido, caberá ao Administrador avaliar os interesses em conflito no momento de sua atuação, observados os direitos fundamentais à boa administração, que podem ser compreendidos como a administração transparente, imparcial, dialógica, eficiente e respeitadora da legalidade temperada.<sup>36</sup>

Conforme ensina Carvalho Filho<sup>37</sup>, o poder discricionário é limitado, podendo sofrer regulação pelo Poder Judiciário na medida em que não forem observados os critérios de adequação necessários ao exercício da atividade estatal na prestação de serviços públicos. Entretanto, não é possível que o Judiciário reveja os parâmetros de conveniência e oportunidade aplicados, se esses estiverem de acordo com a previsão legal, sob pena de violação do princípio da separação de Poderes, previsto no art. 2º da Constituição de 88.

Entretanto, há que se observar com cautela a invocação do princípio da Reserva do Possível, em razão da insuficiência de recursos públicos, a fim de que o Estado não se utilize deste princípio para se abster de suas funções de prestador de serviços básicos à garantia dos direitos sociais. Esse entendimento está diretamente ligado ao princípio da Separação de Poderes, em que seria vedado ao Judiciário interferir na definição de políticas públicas.<sup>38</sup>

É nesse contexto que se passou a analisar, juntamente ao princípio da Reserva do Possível, a garantia do mínimo existencial, isto é, o mínimo necessário à dignidade

---

<sup>34</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 51.

<sup>35</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 51.

<sup>36</sup> JUAREZ FREITAS, *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. Malheiros, 2007, p. 20-21, *apud* CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Id.*, *Ibid.*, p. 52.

<sup>37</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.* p. 52.

<sup>38</sup> MÂNICA, Fernando Borges. *Op. cit.* p. 102.

da pessoa humana, como princípio norteador dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal de 1988.

Para Watanabe, o mínimo existencial representa o núcleo básico do princípio da dignidade da pessoa humana, assegurado por extenso sol de direitos sociais, como o direito à saúde, à educação, à moradia, entre outros, que demandam prestações positivas por parte do Estado para sua efetivação.<sup>39</sup>

Considerando essa definição e o entendimento adotado pelos Tribunais Superiores<sup>40</sup>, em relação à proteção e garantia do mínimo existencial, o Estado não poderá invocar, em sua defesa, a cláusula da Reserva do Possível.

Assim já decidiu o Ministro Celso de Mello<sup>41</sup>, do Supremo Tribunal Federal:

**EMENTA: CRIANÇAS E ADOLESCENTES. DEVER DE PROTEÇÃO INTEGRAL À INFÂNCIA E À JUVENTUDE. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO. CRIAÇÃO DE DOIS NOVOS CONSELHOS TUTELARES E DISPONIBILIZAÇÃO, PELO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS, DE RECURSOS MATERIAIS E HUMANOS AOS CONSELHOS JÁ EXISTENTES (SETORES ILHA E CONTINENTE). CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO. DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819). COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL (RTJ 185/794-796). IMPOSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL SEMPRE QUE PUDER RESULTAR, DE SUA APLICAÇÃO, COMPROMETIMENTO DO NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197). O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO. A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO. A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”). CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS (CF, ART. 227). A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO. CONTROLE JURISDICCIONAL DE LEGITIMIDADE SOBRE A OMISSÃO DO**

<sup>39</sup> WATANABE, Kazuo. *Op. cit.* p. 19

<sup>40</sup> Conforme citado por WATANABE, Kazuo. *Op. cit.* p. 19.

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 488208 Santa Catarina. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 1 de jul. de 2013.

**ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROIBIÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO).** DOUTRINA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220). POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DE UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” (CPC, ART. 461, § 5º) COMO MEIO COERCITIVO INDIRETO. DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA. PRECEDENTE DO STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL CONHECIDO E PROVIDO. (grifo pessoal)

Sendo assim, a aplicação do princípio da Reserva do Possível deve ser ponderada com a garantia do mínimo existencial. E é nesse contexto que o Poder Judiciário atua, impedindo que as dificuldades orçamentárias do governo sirvam de justificativa para a ineficácia completa das necessidades mais básicas dos cidadãos.

Acerca da posição dos Tribunais, Mânica<sup>42</sup> explica:

“No que se refere à jurisprudência, pode-se verificar uma linha de transição. Após longo período de entendimento segundo o qual não cabe ao Judiciário intervir na definição de quaisquer políticas públicas, por óbice decorrente do princípio da separação de poderes e da discricionariedade administrativa, algumas decisões passaram conceber tal intervenção, nos casos em que se discutisse a efetivação de direitos fundamentais. Passou a admitir, assim, a prevalência absoluta dos direitos fundamentais.”

Nesse contexto, cabe frisar que a possibilidade de se recorrer ao Judiciário quando da violação de direitos e garantias encontra-se prevista no texto constitucional, precisamente em ser art. 5º, XXXV que assim dispõe: *“A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”*.

Por essa razão, o desrespeito aos direitos fundamentais, pela inércia do Poder Público ou pela ineficácia dos serviços prestados, permite que o indivíduo recorra às vias judiciais para fazer valer o direito que lhe cabe. Não há que se falar em usurpação de competência, vez que caberá ao Poder Judiciário determinar que o Estado cumpra o seu dever constitucional de implementar políticas públicas que instituem um direito social.<sup>43</sup>

<sup>42</sup> MÂNICA, Fernando Borges. *Op. cit.* p. 98-99.

<sup>43</sup> SOARES JUNIOR, Jair. *A obrigação estatal de prestação do “tratamento adequado” e o caráter principiológico da tutela à saúde*. Revista de Direito e Liberdade – ESMARN. v.13. n.2. p. 184

Sobre o fornecimento de medicamentos, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

Mesmo diante do que dispõe a Constituição e as leis relacionadas à questão, o que se tem constatado, de fato, é a crescente controvérsia jurídica sobre a possibilidade de decisões judiciais determinarem ao Poder Público o fornecimento de medicamentos e tratamentos, decisões estas nas quais se discute, inclusive, os critérios considerados para tanto. [...] Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas. Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública-Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de política pública já existente.<sup>44</sup>

Nas ações judiciais em que se pleiteia o fornecimento de medicamentos por parte do Poder Público, tornou-se bastante comum o bloqueio de verbas, em razão do risco causado ao indivíduo. Mânica<sup>45</sup> afirma: (...) a jurisprudência já firmou entendimento acerca da possibilidade de bloqueio de recursos públicos em face do descumprimento de ordem judicial anterior determinando o fornecimento de medicamentos”.

Sendo assim, diante do risco irreparável à saúde de quem busca uma solução judicial para a ineficácia da prestação do serviço público, determina-se o sequestro de valores como meio de coercitivo para impor o adimplemento da obrigação.

Em contrapartida, o Poder Público, em geral, em suas teses de defesa, argumenta a impossibilidade de prestação do serviço público em razão da ausência de recursos financeiros. Entretanto, tal argumentação não exime o Estado de prestar a garantia ao cidadão.<sup>46</sup>

Portanto, não há que se falar em violação ao princípio da Separação de Poderes ou em usurpação de competência por parte do Poder Judiciário, que se tornou imprescindível à garantia do mínimo existencial, protegendo os cidadãos da

<sup>44</sup> CEARÁ. STA 175/CE. Relator: Min. Gilmar Mendes. *apud* SAORES JUNIOR, Jair. *Id.*, *Ibid.*, p. 184.

<sup>45</sup> MÂNICA, Fernando Borges. *Op. cit.* p. 102.

<sup>46</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 874.630/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins. Julgado em 21.09.2016, citado por MÂNICA, Fernando Borges. *Op. cit.* p. 102.

aplicação indevida do princípio da Reserva do Possível por parte do Poder Público como justificativa para a omissão na prestação de políticas públicas eficientes.

### 3 O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: DA ORIGEM À CONSTITUIÇÃO DE 1988

Nos períodos colonial e do Império, apesar das condições precárias, das dimensões continentais e do grande fluxo de pessoas dirigindo-se ao Brasil, não houve qualquer incentivo à melhoria das condições sanitárias. Mesmo com a posterior transferência da Corte, os problemas de saúde da sociedade permaneceram sem solução.

Diante de tantas mortes em razão das epidemias de doenças graves como varíola e febre amarela, na Constituição de 1824, ocorreram as primeiras menções ao direito à saúde, em seu art. 179, XXXI: “*A Constituição também garante os socorros públicos*”.<sup>47</sup>

Nos períodos subsequentes, em que se pode dividir a história brasileira como a República Velha, Era Vargas, República Populista, Ditadura Militar e Redemocratização, houve perceptível omissão do Estado em garantir a efetividade do serviço de saúde, permitindo e até mesmo incentivando o crescimento dos serviços particulares de saúde.

No ano de 1966, realizou-se a Assembleia Geral das Nações Unidas, em que se reconheceu a saúde como um direito inerente ao ser humano, devendo ser garantidas pelo Estado as prestações mínimas necessárias à dignidade de seus cidadãos, que deveriam ser atingidos de forma igualitária.<sup>48</sup>

Em 1986, ocorreu a 8ª Conferência Nacional de Saúde<sup>49</sup>, um marco histórico para o direito à saúde no Brasil, uma vez que a saúde foi, pela primeira vez, debatida como um direito. Além disso, as discussões versaram sobre a reformulação do

---

<sup>47</sup> CASTILHO, Paula de Abreu Pirrotta. *O direito à saúde nas Cartas constitucionais brasileiras*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31144/o-direito-a-saude-nas-cartas-constitucionais-brasileiras>>. Acesso em 23 de mai. 2018.

<sup>48</sup> BALERA, Wagner; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. (coord.); COUTO, Mônica Bonetii (org.). *Comentários ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Curitiba: Clássica, 2013. p. 46

<sup>49</sup> STROZENBERG, Flora; LEITE, Luiz Otávio Ferreira Barreto. *Políticas Públicas de saúde no Brasil: gestão e judicialização*. Rio de Janeiro: Altadena, 2016. p. 310-334.



Sistema Nacional de Saúde e sobre as diretrizes de financiamento a serem implementadas no setor, incluindo a reforma sanitária.

Conforme o relatório final da 8ª Conferência<sup>50</sup>, o direito à saúde passou a consistir na *“garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade.”*

A partir disso, o direito a saúde ganhou maior atenção estatal, até ser consagrado como direito fundamental no Texto Constitucional de 1988 que traz, especificamente em seu art. 196 que *“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.”*

Em outras palavras, com a criação do referido dispositivo, o direito à saúde passou a ser considerado um direito subjetivo de todos os cidadãos, impondo ao Estado uma prestação positiva para garantir a efetivação desse direito.

Essa prestação positiva exigida e esperada do Poder Público é expressa pelo art. 197 da CRFB/88: *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.*

Desse modo, depreende-se do referido dispositivo a essencialidade inerente ao direito à saúde, haja vista ser um direito fundamental, pelo que se permite a atuação do Poder Judiciário nas situações em que o Poder Público for omissivo em cumprir sua prestação por meio da implementação de políticas públicas.<sup>51</sup>

Há que se destacar que o direito à saúde possui uma dimensão individual, na medida em que pode se efetivar por meio de ações específicas por parte do Poder

---

<sup>50</sup> BRASIL. 8ª Conferência Nacional de Saúde. Relatório Final, 2011. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8\\_conferencia\\_nacional\\_saude\\_relatorio\\_final.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf)>. Acesso em 23 de maio de 2018.

<sup>51</sup> WATANABE, Kazuo. *Op. cit.* p. 16-17.

Público, com também possui uma dimensão coletiva, que se expressa por meio das políticas públicas voltadas à coletividade.<sup>52</sup>

Além disso, o dispositivo que trata da garantia do direito à saúde não distingue o grau de atuação dos entes federados, que possuem competência comum para cuidar da saúde e da assistência pública, com base no que dispõe o art. 23, II da CRFB/88<sup>53</sup>. No entanto, ainda não foram definidos os âmbitos de atuação específicos de cada ente, nem como deve se dar essa atuação.

No que tange à garantia do direito à saúde pela implementação de políticas públicas, cabe destacar que a Administração Pública, conforme já exposto no capítulo anterior, deverá agir com base nos critérios de conveniência e oportunidade, no exercício do poder discricionário, a fim de alocar os recursos públicos de acordo com as demandas sociais.

Necessário, ainda, destacar que as políticas públicas devem ser desenvolvidas de modo a beneficiar a todos e a cada um, isto é, não há que se falar em distinção entre os cidadãos, sendo a saúde um direito universal. Desta forma, o governo deve adotar medidas que permitam acesso mais amplo aos serviços públicos, como já fez, anteriormente com a política de quebra de patentes de medicamentos.<sup>54</sup>

Observando-se a realidade brasileira, é possível verificar que a falta de efetividade dos direitos sociais está intimamente ligada à precariedade de implementação de políticas públicas, tendo que em vista que esta garantia já se encontra devidamente protegida por dispositivos legais. O problema tornou-se muito mais de execução do que de inexistência de políticas públicas.<sup>55</sup>

### **3.1 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE**

A Constituição Federal de 1988 instituiu, em seu texto, o modelo básico de organização da prestação do serviço público de saúde no Brasil, sendo um sistema

---

<sup>52</sup> VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lucia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. *Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde*. Physis: Revista de Saúde Coletiva. vol.20. n.1. Rio de Janeiro, 2010.

<sup>53</sup> Art. 23. 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;

<sup>54</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 644.

<sup>55</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 644.

único, descentralizado, responsável por garantir atendimento integral e com participação da população, conforme dispõe o art. 198, incisos I a III da Constituição do Brasil:

Art. 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;
- III - participação da comunidade.

As atribuições do Sistema Único de Saúde (SUS) são elencadas no art. 200 da CRFB/88, que assim prevê:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

- I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;
- VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho

Além da previsão constitucional, o SUS encontra fundamento legal na Lei Orgânica da Saúde (Lei n. 8.080/90), que estabelece diretrizes para seu funcionamento. Dentre essas diretrizes, a referida lei determina que a iniciativa privada participe do SUS em caráter complementar, sendo essa uma alternativa necessária diante da escassez de recursos públicos.

O SUS inclui ações e serviços públicos de saúde, sendo organizado de forma hierarquizada e descentralizada. O gestor nacional do Sistema é o Ministério da

Saúde, responsável por formular, normatizar, fiscalizar, monitorar e avaliar as políticas e ações, juntamente com o Conselho Nacional de Saúde.<sup>56</sup>

Os Conselhos de Saúde possuem âmbitos de atuação diferentes (nacional, estadual e municipal), são órgãos colegiados e atuam na formulação de estratégias e no controle da execução de políticas públicas. Além disso, os estados e municípios contam com a presença de Secretarias de Saúde, que controlam as ações e os serviços de saúde em seu âmbito respectivo.<sup>57</sup>

Outros Conselhos e Comissões também fazem parte do SUS, cada um com sua atribuição específica, permitindo um melhor gerenciamento das políticas públicas implementadas pelo Estado.

Ainda no plano infraconstitucional, o SUS encontra-se disciplinado também pela Lei n. 8.124/90, que dispõe acerca da participação da comunidade na gestão do Sistema, bem como sobre a aplicação de recursos financeiros na garantia do direito à saúde.

Em resumo, foi criada estrutura normativa específica para o SUS, em complementação à disposição constitucional acerca do tema, conforme expõe Nadia Marques<sup>58</sup>:

“Podemos destacar que os principais marcos normativos após a Constituição Federal são: a Lei 8078/90, que dispõe sobre a proteção do consumidor e organiza o Sistema Nacional de Proteção ao Consumidor; a Lei 8080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, organizando o Sistema Único de Saúde; Decreto nº 109/91, que reorganiza o Ministério da Saúde, trazendo para sua estrutura o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social; a Portaria 1565/94, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, estabelecendo as bases para a descentralização dos serviços e ações; a Lei 9782/99, que cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária; o Decreto 793/93, que estabelece a obrigatoriedade de colocação da denominação genérica de medicamentos e a Lei 9787/99, que transforma parte de suas fundamentações em Lei.”

---

<sup>56</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. *Estrutura do SUS*. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/index.php/sistema-unico-de-saude/estrutura-do-sus>>. Acesso em 23 de maio de 2018.

<sup>57</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. *Estrutura do SUS*. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/index.php/sistema-unico-de-saude/estrutura-do-sus>>. Acesso em 23 de maio de 2018.

<sup>58</sup> MARQUES, Nadia Rejane Chagas. *O Direito à Saúde no Brasil: Entre a norma e o fato*. Porto Alegre: Editora Núria Fabris, 2012, p.116-117.

A atribuição de competência relativa à saúde é comum entre os entes federativos. Em outras palavras, União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidariamente<sup>59</sup> pela efetividade do direito à saúde, sendo o governo federal o principal financiador do sistema público, atuando por meio do Ministério da Saúde.

Já os Estados devem promover suas próprias políticas, atuando por meio das Secretarias de Estado de Saúde, financiados por seus próprios recursos e pelos recursos repassados pela União. Além disso, o Administrador deve repassar recursos aos Municípios, para que estes também desenvolvam suas políticas no âmbito municipal.<sup>60</sup>

Com o advento da Emenda Constitucional 29/2000, tornou-se possível a intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal a fim de garantir a *“aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.”*, conforme prevê o art. 34, VI, “e”, da CRFB/88.

A referida Emenda determinou, ainda, a forma como os entes federativos passariam a aplicar seus recursos financeiros em serviços e ações de saúde, conforme legislação complementar. Somente doze anos após a criação da EC 29/2000, foi publicada a Lei n. 141/2012, que regulamenta a destinação e controle de valores mínimos à saúde, por parte da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Outrossim, a Lei n. 141/2012 dispõe, em seu art. 12, que *“os recursos da União serão repassados ao Fundo Nacional de Saúde e às demais unidades orçamentárias que compõem o órgão Ministério da Saúde, para ser aplicados em ações e serviços públicos de saúde.”*

E prossegue, em seu art. 13, determinando que os recursos da União previstos na Lei sejam transferidos aos demais entes da Federação, na forma determinada, observados os critérios determinados pelo Chefe do Poder Executivo da União, bem

---

<sup>59</sup> OHLAN, Luciana. *A responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos*. Direito & Justiça. v.36. n.1., jan/jun, 2010. p. 29-44.

<sup>60</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. *Responsabilidade dos Entes*. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/index.php/sistema-unico-de-saude/responsabilidade-dos-entes>>. Acesso em 23 de maio de 2018

como as necessidades de saúde e a realidade social da população, conforme art. 17 do mesmo diploma legal.

Diante do exposto, compreende-se que o SUS é norteado, principalmente, pelos princípios da regionalização, hierarquização e descentralização, além da universalização, equidade e integralidade. A saúde, como direito inerente ao cidadão, requer do Estado uma atuação efetiva, atendendo às demandas sociais de acordo com a necessidade, por meio de ações integradas.

Entretanto, na realidade social brasileira:

“Um dos principais desafios para o Sistema Único de Saúde é resolver os problemas histórico-estruturais do sistema de saúde, com destaque para a superação das profundas desigualdades em saúde, com o respeito à diversidade regional e local, vindo a acarretar uma mudança substantiva no papel do Estado nas três esferas de governo, o fortalecimento da gestão pública com finalidades diferenciadas no âmbito nacional, estadual e municipal, a definição de competências para cada esfera de governo e o desenvolvimento de ações, no intuito de articular princípios nacionais de política com decisões e parâmetros locais e regionais.”<sup>61</sup>

Após mais de 20 anos da implementação do Sistema, apesar do que propunha o legislador, o que se vê, na prática, é a ineficiência na prestação dos serviços e dificuldades na efetivação dos tratamentos, especialmente no que se refere à obtenção de medicamentos, conforme será exposto adiante.

### **3.2 O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E O SUS**

Primeiramente, cabe destacar que o fornecimento de medicamentos aos usuários do SUS encontra previsão na Lei n. 8.080/90, art. 6º:

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

- I - a execução de ações:
  - a) de vigilância sanitária;
  - b) de vigilância epidemiológica;
  - c) de saúde do trabalhador; e
  - d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

Os medicamentos disponibilizados pelo SUS devem integrar o conjunto do tratamento de que necessita o beneficiário. A fim de regular esse fornecimento, foram

---

<sup>61</sup> MARQUES, Nadia Rejane Chagas. *O Direito à Saúde no Brasil: Entre a norma e o fato*. Porto Alegre: Editora Núria Fabris, 2012, p. 124.

editadas uma série de elementos normativos, que determinam desde quais medicamentos podem ser disponibilizados, até a forma como é realizada a aquisição, produção e dispensação desses medicamentos.

Em princípio, os medicamentos necessários ao tratamento dos pacientes atendidos na rede pública devem ser dispensados de forma gratuita. Para a disponibilização a preço acessível aos usuários da rede privada, foi instituído, por meio do Decreto n. 5.090/2004, o Programa da Farmácia Popular do Brasil, que se desenvolveu através de convênios entre os entes, a fim de que as medicações fossem obtidas pelos cidadãos a baixo custo.

O controle dos medicamentos fornecidos no país é realizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, criada pela Lei n. 9.782/1999, sendo uma autarquia de regime especial, sediada no Distrito Federal e atuante em todo o território brasileiro, por meio de núcleos em portos, aeroportos, etc.

Assim, seu art. 8º, §1º, I, determina que os “*medicamentos de uso humano, suas substâncias ativas e demais insumos, processo e tecnologias*”, sejam submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela ANVISA. Dessa forma, todos os medicamentos disponibilizados no Brasil devem ser registrados na referida Agência.

Além disso, no que se refere à assistência farmacêutica existente no Brasil, é necessário destacar que o Ministério da Saúde tem grande atuação em ações desenvolvidas para garantir o acesso aos medicamentos demandados pela população. O fornecimento de medicações pelo SUS para seus usuários se dá por meio de três variantes: Componente Básico da Assistência Farmacêutica (CBAF)<sup>62</sup>, Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica (CESAF)<sup>63</sup> e Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF)<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. *Componente Básico de Assistência Farmacêutica*. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/assistencia-farmaceutica/medicamentos-rename/componente-basico-da-assistencia-farmaceutica-cbaf>>. Acesso em 24 de maio de 2018.

<sup>63</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. *Componente Estratégico de Assistência Farmacêutica*. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/assistencia-farmaceutica/medicamentos-rename/cesaf>>. Acesso em 24 de maio de 2018.

<sup>64</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. *Componente Especializado de Assistência Farmacêutica*. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/assistencia-farmaceutica/medicamentos-rename/componente-especializado-da-assistencia-farmaceutica-ceaf>>. Acesso em: 24 de maio de 2018.

O Componente Básico de Assistência à Saúde possui, em sua lista, medicamentos voltados aos programas de saúde da Atenção Básica, isto é, voltados ao atendimento inicial dos usuários. Na atenção básica, os objetivos principais são de prevenção, tratamento de doenças mais simples ou direcionamento de pacientes com enfermidades de maior complexidade para atendimentos mais específicos.

No componente Estratégico, busca-se a prevenção e tratamento de doenças endêmicas, ou seja, de alta incidência em determinada região. Nesse componente, a aquisição dos medicamentos é feita pela União, através do Ministério da Saúde, que repassa aos Estados e, se necessário, são repassados aos municípios. Como exemplo, verifica-se a existência de programadas de combate à tuberculose, ao HIV, à hanseníase, entre outros.

Já o componente Especializado preocupa-se com a garantia de acesso aos medicamentos disponibilizados. Esse componente guarda íntima relação com a atenção básica, tendo em vista que o tratamento se inicia naquele nível. Dessa forma, a fim de garantir a integralidade do tratamento, conta-se com a integração de todos os entes responsáveis pela efetividade dos programas de saúde disponibilizados pelo Sistema Único.

Os componentes supracitados integram a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). Essa Relação engloba todos os medicamentos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde, servindo como base para os municípios, observadas as realidades particulares de cada um.<sup>65</sup> É importante que se verifique em qual Componente está inserido o medicamento pleiteado, uma vez que a dispensação dos medicamentos pode variar de acordo com a sua classificação.

Os medicamentos são divididos em duas categorias: os básicos ou essenciais e os excepcionais. Os essenciais são os utilizados para o tratamento de doenças mais corriqueiras, de modo que devem estar disponíveis no SUS de forma permanente. Já os medicamentos excepcionais são indicados para doenças mais graves ou raras.

Todas as divisões de categorias de medicamentos e seu fornecimento giram em torno da criação de políticas públicas que levem em conta os recursos disponíveis

---

<sup>65</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. *Medicamentos – Rename*. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/assistencia-farmaceutica/medicamentos-rename>>. Acesso em 24 de maio de 2018.



para atingir o objetivo final. Dessa forma, a Organização Mundial de Saúde (OMS) forneceu uma lista de medicamentos essenciais para o desenvolvimento de políticas públicas, a fim de orientar os países. Com relação aos medicamentos de alto custo, não houve qualquer orientação, de modo que cada país pudesse avaliar sua realidade social, verificando as necessidades de sua população.<sup>66</sup>

Por óbvio, a RENAME sofre alterações periódicas buscando adequar-se à realidade social do país. Há que se destacar que essa relação de medicamentos tem o papel de garantir, paralelamente à assistência farmacêutica, a racionalização do uso de recursos públicos principalmente através da utilização de medicamentos mais baratos que possuam a mesma eficácia.<sup>67</sup>

### **3.3 MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO E LIMITES DO PODER JUDICIÁRIO: ALGUNS PARÂMETROS DOUTRINÁRIOS DE ATUAÇÃO**

Os medicamentos de alto custo estão incluídos entre os disponibilizados pelo Componente Especializado, sendo considerados medicamentos de dispensação excepcional, variando de acordo com as enfermidades específicas de cada paciente.

Tais medicamento são definidos pela Portaria nº. 3.916/1998 da ANVISA como “*medicamentos utilizados em doenças raras, geralmente de custo elevado, cuja dispensação atende a casos específicos*”. Em razão disso, a dispensação desses medicamentos depende de processo mais rigoroso.

Soma-se à maior dificuldade de obtenção dos medicamentos de alto custo a ineficiência do Poder Público em cumprir suas atribuições relativas ao direito à saúde. Diante disso, resta ao Poder Judiciário atuar na garantia desse direito em três diferentes hipóteses, conforme descreve Fernando Mânica<sup>68</sup>:

---

<sup>66</sup> WHO (World Health Organization), 1997. *The Use of Essential Drugs. Seventh Report of the WHO Expert Committee* (including the revised Model List Essential Drugs), WHO Technical Report Series 867. Geneva: WHO., citado por ARAÚJO, Gustavo Henrique Valadares Fernandes de. *Medicamentos de alto custo: causas, considerações jurídicas e possíveis soluções*. 2013. 82 f. Monografia/Graduação – Curso de Direito, Universidade de Brasília, 2013. p. 15.

<sup>67</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. *Relação Nacional de Medicamentos Essenciais*. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao\\_nacional\\_medicamentos\\_rename\\_2017.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_nacional_medicamentos_rename_2017.pdf)>. Acesso em 24 de mai. de 2018.

<sup>68</sup> MÂNICA, Fernando Borges. *Saúde: um direito fundamental social individual*. Revista Brasileira de Direito da Saúde 1, 2011. p. 7.

- i. na inércia do Poder Legislativo em regulamentar questão específica ligada ao direito em referência (omissão legislativa);
- ii. no descumprimento pela Administração Pública, da legislação que regulamenta o referido direito (omissão administrativa) e;
- iii. no caso em que a regulamentação do direito à saúde (de)limite de modo não constitucionalmente fundamentado o direito originário à saúde (obscuridade, contradição ou excesso, tanto em sede legislativa quanto em sede administrativa).

Apesar da grande quantidade de doenças endêmicas presentes no Brasil, a questão relativa ao tratamento de doenças ganhou mais atenção da população e do governo com o surgimento da AIDS. Essa doença, embora associada a um estereótipo determinado, vitimou uma quantidade enorme de pessoas, fazendo aumentar o número de demandas judiciais que buscavam assegurar tratamento digno aos pacientes.

Nessa perspectiva, os operadores do Direito enfrentam, em suas decisões, um conflito entre a sobrevivência do paciente e o Poder Público com seus recursos financeiros, em geral, mal direcionados e sustentando a alegação de que a atuação do Poder Executivo se dá de maneira discricionária.

O ajuizamento de tais demandas tornou-se cada vez mais frequentes, abrindo precedentes para a busca pelo tratamento de outras enfermidades que, assim como a AIDS, requerem tratamento de alto custo, que o paciente é incapaz de suportar por seus próprios meios. Incluem-se aqui também os medicamentos para câncer, hepatites e doenças raras, casos em que o indivíduo vê no Poder Judiciário a única chance de garantir sua sobrevivência após o diagnóstico.

Há que se considerar que, na realidade social brasileira, em razão da desigualdade social, parcela da população sofre com doenças “modernas”, enquanto a outra parte ainda sofre com doenças endêmicas relacionadas à miséria.<sup>69</sup> Essa

---

<sup>69</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 35.

realidade indica que ainda há muito o que se fazer pela saúde no Brasil, especialmente no combate às doenças que acometem a população mais pobre.

Atualmente, diante da conhecida crise que acomete a saúde no país, os Tribunais têm concedido mais facilmente tutelas individuais para a obtenção de medicamentos, muitas vezes sem a precedente análise da real eficácia do medicamento, com fundamento na garantia do direito à saúde e à vida.

Apesar da evidente necessidade dessa atuação, há quem defenda a necessidade se verificar o caso concreto, sob pena, em última análise, de violação do princípio da isonomia<sup>70</sup>. A concessão de tutelas específicas por parte do Poder Judiciário garante a assistência individualizada aos pacientes que recorrerem à via judicial, muito embora a saúde seja considerada um direito coletivo.

À luz dessa perspectiva, importa tratar da finitude dos recursos destinados à obtenção de medicamentos, seja por via judicial ou administrativa. Deve-se analisar a relação entre a garantia do direito à saúde e seus respectivos impactos nos cofres públicos, observado o princípio da reserva do possível.

O referido princípio surgiu no Direito Alemão, em uma decisão conhecida como *Numerus Clausus Entscheidung*<sup>71</sup>, proferida em demanda proposta por estudantes que buscavam a admissão em escolas com vagas limitadas. Na decisão, o Tribunal entendeu que o oferecimento das vagas era limitado pelos recursos disponíveis, dentro dos limites da razoabilidade.

Essa relação é analisada frequentemente pelos Tribunais Superiores, em razão da quantidade de ações ajuizadas, no poder judiciário, pelos cidadãos em busca da efetivação do direito à saúde por parte do Poder Público. Isso ocorre porque cabe ao Poder Público a realização de políticas públicas que garantam a efetivação do direito.

A prestação dos serviços estatais que são, na verdade, a materialização do direito constitucionalmente previsto dependem da disponibilização de recursos financeiros públicos, que deve ser analisada juntamente à realidade de escassez

---

<sup>70</sup> MONTEIRO, Andréa Souto Martins; CASTRO, Larissa de Paula Gonzaga. *Judicialização da Saúde: causas e consequências*. Programa de Pós-Graduação em vigilância sanitária. Pontifícia Universidade Católica de Goiás.

<sup>71</sup> BverfGE n° 33, 303 (S. 333), *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 295.

desses recursos. Com o aumento da judicialização de demandas que envolvem o direito à saúde, cabe, cada vez mais, ao Poder Judiciário a ponderação entre esses dois pontos cruciais: a efetivação do direito *versus* a escassez de recursos.<sup>72</sup>

A falta de recursos disponíveis é uma das teses de defesa de um Estado que não tem sido capaz de cumprir suas obrigações no que se refere à efetivação de direitos. Nesse sentido, discute-se acerca da legitimidade do Poder Judiciário de interferir na aplicação desses recursos, dando certa preferência àqueles que a ele recorrerem, em detrimento dos que não recorreram à via judicial.

Para alguns filósofos, como Robert Alexy<sup>73</sup>, os direitos sociais não podem ser ilimitadamente exigidos e concedidos por via judicial. Essa exigência deve levar em consideração a possibilidade estatal de dispor de recursos financeiros, a fim de que as decisões não acarretem grandes impactos orçamentários que prejudiquem a atuação da Administração Pública.

Segundo Alexy<sup>74</sup>, as decisões judiciais devem ser ponderadas com o princípio da reserva do possível, definido por ele como *“aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”*. Em outras palavras, os direitos sociais devem ser ponderados com a capacidade que o poder público possui de efetivar esses direitos, observada a realidade social e os interesses do particular.

Considerando a controvérsia que gira em torno do tema, parte da doutrina entende que a escolha das prioridades orçamentárias, bem como a realização de políticas públicas não devem sofrer interferência do Poder Judiciário em razão do poder discricionário inerente à Administração Pública desde o momento da elaboração das leis orçamentárias, atividade privativa do Poder Executivo, até a aplicação do orçamento.<sup>75</sup>

Levando-se em conta a realidade social do país, o Poder Executivo, na escolha de aplicação de recursos deve observar os critérios de conveniência e oportunidade,

---

<sup>72</sup> AMARAL, Gustavo. *Op. cit.* p. 146-147.

<sup>73</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto; LEITE, Robson Soares. *Racionalidade da decisão judicial em Robert Alexy*. Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica. v.1. n.2. Minas Gerais, 2015. p. 177-193.

<sup>74</sup> Alexy, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Suhrkamp Verlag, 1986. Trad. SILVA, Virgílio Afonso da. 5.ed. alemã. Theorie der Grundrechte. Malheiros Editores: São Paulo, 2008. p. 323.

<sup>75</sup> MÂNICA, Fernando Borges. *Op. cit.* p. 92.

de modo a garantir maior efetividade na prestação dos serviços e, conseqüentemente, na manutenção dos direitos sociais previstos no texto constitucional. Nesse sentido, Mânica<sup>76</sup> entende a atuação discricionária como um fator limitante da atuação do Poder Judiciário no orçamento público.

No entanto, há quem discorde da aplicação do princípio da reserva do possível. Neste sentido, Canotilho<sup>77</sup>:

“Rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.”

Tornou-se evidente a confusão entre o princípio da reserva do possível e a “teoria do financeiramente possível”, considerando que as limitações orçamentárias passaram a ser entendidas como fator que impossibilita a efetivação dos direitos fundamentais.<sup>78</sup>

Para Ingo Sarlet<sup>79</sup>, a aplicação da reserva do possível deve considerar uma dimensão tríplice:

- a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais;
- b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos;
- c) o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e razoabilidade;

Em outras palavras, o princípio da reserva do possível exige uma melhor aplicação dos recursos disponíveis, a fim de garantir a máxima efetivação dos direitos fundamentais. Nesse sentido, tal princípio é visto como um garantidor de tais direitos, funcionando, ao mesmo tempo, como balizador da atuação jurisdicional.

---

<sup>76</sup> MÂNICA, Fernando Borges. *Op. cit.* p. 93.

<sup>77</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004. p. 481.

<sup>78</sup> MÂNICA, Fernando Borges. *Op. cit.* p. 100.

<sup>79</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 296.

Imperioso se faz distinguir a classificação dos direitos fundamentais. Tradicionalmente, a doutrina os divide em direitos de primeira, segunda e terceira geração. Os direitos de primeira geração emergiram num contexto liberal, abrangendo as liberdades individuais e, portanto, limitando a atuação estatal em face dos indivíduos.

Os direitos de segunda geração surgiram num contexto de crise social, em que se buscava garantir direitos econômicos, sociais e culturais, com a necessidade de maior interferência do Estado. Tais direitos passaram a exigir prestações positivas do Estado, que passou a intervir na concretização desses direitos. Nesse rol, incluem-se os direitos fundamentais sociais.

Já os direitos de terceira geração ou dimensão estão ligados à fraternidade e solidariedade, abrangendo a todos os indivíduos, que devem atuar em prol da coletividade. Há autores que reconhecem a existência também da quarta dimensão desses direitos, como Paulo Bonavides<sup>80</sup>.

O direito à saúde, como direito social e, portanto, de segunda dimensão, exige prestação estatal, isto é, depende de sua atuação direta para que seja efetivado. Para isso, requer investimento público e disponibilidade orçamentária para a realização de políticas públicas que permitam a efetivação dessas garantias.

No âmbito jurisprudencial, a aplicação do princípio da reserva o possível e a limitação do Poder Judiciário no que tange à sua interferência no Executivo ainda é uma questão controvertida. Não há pacificação de entendimento quanto à possibilidade de intervenção, nem como essa intervenção deve ocorrer, diante de um cenário em que se busca cada vez mais a efetividade dos direitos fundamentais.

Num contexto de crise, considerando a necessidade prestacional desse direito, cada vez mais a atuação do Poder Judiciário tem sido essencial. Passou-se a admitir a intervenção judicial na realização de políticas públicas sob a alegação de garantia dos direitos previstos na Constituição, que se sobrepõe à atuação discricionária do Poder Executivo.

---

<sup>80</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.570.

Neste sentido, Régis Fernandes Oliveira<sup>81</sup>:

“Evidente que não se inclui na órbita da competência do Poder Judiciário a estipulação nem a fixação de políticas públicas. No entanto, não se pode omitir quando o governo deixa de cumprir a determinação constitucional na forma fixada. A omissão do governo atenta contra os direitos fundamentais e, em tal caso, cabe a interferência do Judiciário, não para ditar política pública, mas para preservar e garantir os direitos constitucionais lesados”.

No que se refere à supremacia dos direitos fundamentais, não há qualquer divergência na doutrina ou jurisprudência. Ambos defendem que tais direitos se sobrepõem a qualquer outro princípio de fato ou de direito (MANICA 2015.).

Contra-pondo-se a esse entendimento, aplicada à realidade social brasileira, a cláusula da reserva do possível é invocada como limitadora da atuação estatal por considerar o que é financeiramente possível. Sendo assim, a atuação do Poder Judiciário deixou de ser limitada pelo Princípio da Separação dos Poderes, devendo observar, agora, as possibilidades financeira e orçamentária do ente público.

Conforme explicou Sarlet<sup>82</sup>:

“Sustenta-se, por exemplo, inclusive entre nós, que a efetivação destes direitos fundamentais encontra-se na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor. Ressalta-se, outrossim, que constitui tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema eminentemente competencial. Para os que defendem esse ponto de vista, a outorga ao Poder Judiciário da função de concretizar os direitos sociais mesmo à revelia do legislador, implicaria afronta ao princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, ao postulado do Estado de Direito”

O aspecto econômico que passou a permear a teoria da reserva do possível deve ser levado em consideração na medida em que as decisões judiciais possam impactar diretamente nos recursos de que dispõe o Estado. Esse impacto pode gerar um desequilíbrio orçamentário, de modo que o poder público terá que lidar com outro problema além da escassez de recursos.

---

<sup>81</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2006, p. 405.

<sup>82</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 316.

No entanto, a atuação do Poder Judiciário tem sido cada vez mais recorrente e efetiva no que se refere a bloqueio de recursos públicos a fim de garantir efetividade na prestação de serviços, aqui tratando-se especialmente do fornecimento de medicamentos de alto custo.

Já anteriormente explicitado, tais medicamentos possuem maior burocracia<sup>83</sup> para serem adquiridos. Some-se a isso a escassez de verbas públicas destinadas a esse fim. Nesse contexto, o cidadão vê-se desamparado em razão da sua incapacidade financeira de custear o tratamento e da omissão estatal, valendo-se da vida judicial para garantir seu direito fundamental: sua saúde.

Apesar das dificuldades financeiras enfrentadas pelo Estado, o professor Cristóvão Buarque<sup>84</sup> comentou:

“Mas os dados mostraram também que o Brasil tem um dos mais elevados índices de vacinação contra a poliomielite em todo o mundo. Somos equivalentes à Itália na vacinação, mas piores que Honduras na mortalidade infantil. Isso tem uma lógica.

A poliomielite não faz distinção de classes sociais. Democráticamente, seu vírus ataca crianças de todas as rendas, enquanto a mortalidade infantil se concentra nas pobres.

O Brasil tem padrões de primeiro mundo em todas as mazelas que atingem igualmente ricos e pobres, como é o caso da poliomielite e da AIDS; ou nos assuntos que beneficiam apenas os ricos, como a qualidade industrial, os aeroportos. Mas mantém-se entre os piores do mundo naquilo que pode ser limitado aos pobres, como a desnutrição, a educação e a saúde. ”

---

<sup>83</sup> Para obtenção dos “remédios de alto custo é necessário se informar sobre esse serviço na unidade de saúde em que foi consultado ou onde obteve o laudo médico, pois apenas neles é possível realizar o pedido do medicamento. Ao se dirigir ao endereço indicado, é necessário portar o RG, o Cartão do SUS, o PIS/PASEP (se possível), o formulário fornecido (LME) preenchido pelo médico e as duas vias da receita médica do medicamento de alto custo. O laudo médico que solicita, avalia e autoriza os Medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica, em geral, é fornecido e preenchido pelo médico. Se ele não o fornecer, o formulário deve ser solicitado na unidade de saúde próxima ao local onde o paciente mora para que o médico preencha as informações necessárias. O laudo detalhará a doença e seu tratamento, comprovando a necessidade em usar o medicamento prescrito. No relatório LME (com original e cópia), o médico informará o código da enfermidade que consta na Classificação Internacional de Doenças, indicará o número de cadastro no Conselho Regional de Medicina, carimbará e assinará o nome completo. Ao solicitar o medicamento, é importante pedir uma cópia do protocolo. O paciente será avisado por telegrama sobre quando e onde retirar o medicamento, mas não existem prazos para a entrega, que pode ser feita na hora, em alguns dias ou em três meses. O remédio de alto custo deve ser retirado mensalmente por três meses e sempre com uma nova receita médica. Após esse período, é necessário refazer a solicitação por mais três meses, repetindo todo o processo.” Disponível em: <<http://www.hipolabor.com.br/blog/2016/04/11/hipolabor-explica-como-obter-medicamentos-de-alto-custo-pelo-sus/>>. Acesso em 18 de mai. de 2018.

<sup>84</sup> BUARQUE, Cristovam. *A lógica da vergonha*. Folha de São Paulo, 22 de dezembro de 1999, p.1-3. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2212199909.htm>>. Acesso em 20 de maio de 2018.



Sendo assim, é possível questionar se a escassez de recursos se deve ao binômio gastos- arrecadação ou à má administração. Nesse contexto, a intervenção judicial deve funcionar como um sistema de ponderação de interesses público e privado, garantindo o direito à saúde e, em última análise, o direito à vida, pautando sua atuação no equilíbrio entre as partes.

Considerando que os recursos não são suficientes para atender a todas as demandas da população, cabe ao administrador tomar decisões alocativas, isto é, definir a quem atender, como atender, bem como critérios de atendimento e quais os objetivos a serem atingidos. A principal consequência das dessas decisões é priorizar certos serviços às expensas de outros.<sup>85</sup>

Haja vista que o Estado não dispõe de recursos suficientes para atender a todas as demandas que lhe são propostas, não há que se falar em direito absoluto à saúde. Essa característica somente pode ser imputada ao direito à saúde e, por consequência, ao tratamento adequado, quando considerados os critérios de alocação de recursos definidos pelo Administrador.

Para Amaral<sup>86</sup>, além da escassez de recursos financeiros propriamente dita, há que se considerar mais duas variáveis importantes na alocação de recursos: a divisibilidade e a homogeneidade do bem a ser alocado. Essa tríade se contrapõe à visão de igualdade entre os indivíduos na medida em que oferece tratamentos heterogêneos, mesmo sendo custeados por recursos públicos.

No caso da saúde, a questão da escassez deve ser tratada ainda de forma mais delicada, considerando que o aumento no custo dos tratamentos e a alta demanda geram o problema da seleção de pacientes, visto que não há recursos suficientes para todos. Esse problema interfere diretamente na liberdade médica de prescrever os medicamentos que julgam necessários ao tratamento do paciente, sendo balizados por uma realidade de limite orçamentário.

---

<sup>85</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 147-150.

<sup>86</sup> AMARAL, Gustavo. *Op. cit.* p. 134.

Quando a questão é levada ao âmbito judicial, torna-se ainda mais difícil para o julgador o indeferimento do que lhe é requerido, tendo em vista que as situações analisadas de forma isolada não são prejudicadas pela falta de recursos. Em outras palavras, não há situação para a qual não haja recurso, se analisada isoladamente.<sup>87</sup>

Um dos maiores problemas relativos à saúde, na atualidade, é a alocação dos recursos, baseada principalmente em critérios econômicos, acabam gerando a propositura de ações, individuais ou coletivas, que sobrecarregam o Judiciário cada vez mais. Isso porque, em última análise, as decisões alocativas na área da saúde geram risco à vida do indivíduo que teve o seu direito negado.

Os critérios utilizados na alocação dos recursos públicos são tratados pela justiça distributiva. Para o filósofo Michael Walzer<sup>88</sup>, a justiça é uma construção humana, de modo que não pode ser entendida por um único sentido. Diante da escassez de recursos, devem ser feitas escolhas baseadas na necessidade e na prioridade dos indivíduos, observado o compromisso de se atingir um bem comum.

Em outras palavras, a questão da dificuldade de alocação de recursos deve ser enfrentada, para que as escolhas passem a ser cada vez mais coerentes com a realidade social. Enfrentando essas dificuldades, Luis Roberto Barroso desenvolveu, em parecer<sup>89</sup> acerca do tema, alguns critérios bastante razoáveis para a atuação do Judiciário nessa matéria.

Para Barroso, nas ações individuais, o Poder Judiciário deve ater-se a determinar apenas o fornecimento de “*medicamentos constantes as listas de dispensação elaborada pelos entes federativos.*”. O Ministro explica que os Poderes Executivo e Legislativo, ao elaborarem as listas de medicamentos, avaliaram as necessidades, os recursos disponíveis, bem como os aspectos técnicos que determinam a eficácia e utilização dos fármacos. Assim, não cabe ao Poder Judiciário interferir nas políticas públicas determinadas pelos órgãos governamentais.

---

<sup>87</sup> AMARAL, Gustavo. *Op. cit.* p. 37.

<sup>88</sup> WALZER, Michael. *Spheres of Justice*. Basic Books, 1983. p. 5, *apud* AMARAL, Gustavo. *Op. cit.* p. 166.

<sup>89</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da Falta De Efetividade À Judicialização Excessiva: Direito À Saúde, Fornecimento Gratuito De Medicamentos E Parâmetros Para A Atuação Judicial*. Parecer s/n.º. R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro (63), 2008. p. 320-344.

Já no âmbito das ações coletivas ou em ações abstratas de controle de constitucionalidade, Barroso admite o debate acerca da alteração das listas de dispensação e eventual decisão que determine a inclusão de medicamentos nessas listas, caso necessário. Nesse sentido, estabelece que, nessas ações, é possível compreender melhor a realidade social, incluindo as necessidades e a disponibilidade financeira, permitindo melhor alocação desses recursos.

Além disso, as referidas ações produzem efeito *erga omnes*, preservando a igualdade de tratamento dos pacientes e permitindo melhor planejamento estatal para a prestação do serviço público. Barros destaca, ainda, outros parâmetros complementares de atuação do Judiciário, a fim de orientar as decisões relativas à matéria: *(i) O Judiciário só pode determinar a inclusão de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e alternativos; (ii) O Judiciário deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil; (iii) O Judiciário deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo; (iv) O Judiciário deverá considerar o medicamento indispensável para a manutenção da vida.*<sup>90</sup>

Por fim, o Ministro defende a tese de que o legitimado passivo nessas ações é o ente responsável pela inclusão do medicamento em sua lista, vinculando-se, por isso, à dispensação do fármaco. No entanto, explica que, apesar de cada ente ser responsável pela sua própria lista de medicamentos, o Judiciário tem entendido que a responsabilidade dos entes é solidária, por tratar-se de competência comum.

## **4 ANÁLISE DE CASOS**

### **4.1 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 566.471 RIO GRANDE DO NORTE**

Encontra-se em andamento no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário 566.471, em conjunto com o Recurso Extraordinário 657718, tendo sido reconhecida sua repercussão geral em virtude da relevância do tema tratado. O referido Recurso trata do fornecimento de medicamentos de alto custo não integrantes da lista de dispensação do Sistema Único de Saúde (SUS).

---

<sup>90</sup> *Id.*, *Ibid.*, p. 341-342.

O início do julgamento do Recurso ocorreu em 15 de setembro de 2016 sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, que foi o único a votar nessa data. No dia 28 do mesmo mês, o julgamento prosseguiu com votos do Ministro Luís Roberto Barroso, que negou provimento ao Recurso, do Ministro Edson Fachin, dando-lhe parcial provimento, e pedido de vista do Ministro Teori Zavascki.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do Recurso 566.471, em que se discute a obrigação do Estado de fornecer medicamento de alto custo à parte autora da obrigação de fazer, Carmelita Anunciada de Souza, portadora de miocardia isquêmica e hipertensão pulmonar arterial e sem condições de custear seu tratamento.

Na referida ação, a autora pleiteava o fornecimento do fármaco Sildenafil 50mg por parte do Estado do Rio Grande do Norte. À época da propositura da demanda, o medicamento tinha alto custo, cerca de vinte mil reais por caixa, e não constava na lista de medicamentos do SUS.

Então, após a procedência da demanda no Juízo de 1º grau, o Estado interpôs apelação alegando a nulidade da decisão pelo fato de o Município e a União não estarem integrados à lide para a formação de litisconsórcio passivo necessário. Alega, ainda, que o medicamento pleiteado integra a relação de medicamentos de alto custo e o seu fornecimento fere o princípio da dotação orçamentária prévia.

Em seguida, foi proferido acórdão que manteve a sentença, afastando-se a alegação de formação de litisconsórcio passivo necessário, com base nos arts. 198, §1º e 196 da CRFB/88, podendo o autor requerer o fornecimento de medicamentos de qualquer um dos entes federados. No mérito, afirma que o fármaco requerido pela autora é imprescindível para a manutenção de sua vida e que a mesma não possui condições financeiras de arcar com o tratamento.<sup>91</sup>

Em face do referido acórdão, foi apresentado o Recurso Extraordinário em discussão, em que o Estado do Rio Grande do Norte alega a violação dos artigos 2º, 5º, 6º, 196 e 198, §§ 1º e 2º da Constituição Federal. Sustenta a aplicação do princípio da reserva do possível e da legalidade orçamentária ao caso, destacando o prejuízo

---

<sup>91</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471 Rio Grande do Norte. Min. Rel. Marco Aurélio Mello. Brasília, 15 set. de 2016.

causado aos cofres públicos em razão da multiplicação das demandas que tratam da mesma matéria.

Afirma o Estado, ainda, que “não podem os cidadãos exigir algo superior ao limite de pagamento do Estado. E que o que almeja o autor-recorrido está sujeito e condicionado à reserva do financeiramente possível”<sup>92</sup>, de modo a não prejudicar o investimento em políticas públicas voltadas ao benefício de toda a população.

Por fim, o Estado do Rio de Grande do Norte, em sua fundamentação<sup>93</sup> expõe:

Por ser assim, o fornecimento se dá de acordo com a discricionariedade da Administração, expressa, em concreto, por meio do *Programa de Dispensação de Medicamentos em caráter excepcional* estabelecido conjuntamente pela União, Estados e Municípios, pelo Poder Executivo, não cabendo ao Judiciário adentrar no mérito administrativo da escolha feita ao determinar que seriam tratadas apenas algumas mazelas e mediante determinadas drogas.

Ainda não há decisão para o caso, tendo em vista que o julgamento foi suspenso, no ano de 2016, em razão do pedido de vista do ex-Ministro Teori Zavascki. Após seu falecimento, a posição foi assumida pelo Ministro Alexandre de Moraes, mas o julgamento ainda não foi retomado.

#### **4.1.1. VOTO DO RELATOR MINISTRO MARCO AURÉLIO MELLO**

O Ministro Marco Aurélio Mello proferiu voto no sentido de desprovimento do Recurso Extraordinário. Inicialmente, o Ministro destacou que “o Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente”<sup>94</sup>. Defendeu a máxima efetividade dos direitos fundamentais sociais, incluindo-se, portanto, o direito à saúde, especialmente no que se refere ao mínimo existencial.<sup>95</sup>

<sup>92</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471 Rio Grande do Norte. Min. Rel. Marco Aurélio Mello. Brasília, 15 set. de 2016.

<sup>93</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471 Rio Grande do Norte. Min. Rel. Marco Aurélio Mello. Brasília, 15 set. de 2016.

<sup>94</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 195.192 Rio Grande do Sul, Primeira Turma. Min. Rel. Marco Aurélio Mello. Brasília, 22 de fev. de 2000.

<sup>95</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471 Rio Grande do Norte. Min. Rel. Marco Aurélio Mello. Brasília, 15 set. de 2016.

Ressalta que a evolução dos direitos sociais está intimamente ligada com a evolução das Constituições e do papel do Estado, de modo que os direitos evoluem de forma progressiva e cumulativa, somando-se uns aos outros ao longo das chamadas de gerações dos direitos.

O relator expõe que o direito a saúde possui uma dimensão positiva que deve ser prestada por meio de políticas públicas. No entanto, explica que o aspecto fundamental e a possibilidade de judicialização desse direito baseia-se no direito ao mínimo existencial. Citando Roberto Lobo Torres<sup>96</sup>, Marco Aurélio apresenta a definição de mínimo existencial:

Em síntese, o direito ao mínimo existencial consiste no “direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (= imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas”

Reconhece a existência de políticas públicas voltadas para a saúde e destaca o Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional. No entanto, o Ministro afirma que, independentemente de qualquer argumento contrário, quando há violação ao mínimo existencial, há que se permitir a intervenção do Poder Judiciário.

Esclarece que “não se trata de defender ampla intervenção judicial nas políticas públicas em matéria de direito à saúde”, mas sim de garantir uma atuação subsidiária do Poder Judiciário nas situações que não forem abrangidas pelas políticas adotadas pelo Poder Público, em que seja essencial a manutenção do mínimo existencial.<sup>97</sup>

Nesse sentido, o Relator apontou critérios para o fornecimento de medicamentos:

(i) a imprescindibilidade do medicamento, configurada quando comprovado, em processo e por meio de laudo, exame ou indicação médica lícita, que o estado de saúde do paciente reclama o uso do medicamento de alto custo, ausente dos programas de dispensação do governo, para procedimento necessário ao aumento de sobrevida ou a melhoria da qualidade de vida; e (ii) a incapacidade financeira de aquisição do medicamento do paciente e dos membros da família solidária (i.e., cônjuges ou companheiros, ascendentes, descendentes e

---

<sup>96</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 35-36

<sup>97</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471 Rio Grande do Norte. Min. Rel. Marco Aurélio Mello. Brasília, 15 set. de 2016.

irmãos), comprovada por meio da instrução da inicial com declarações dos familiares de que não podem custear o medicamento.<sup>98</sup>

Quanto à imprescindibilidade do medicamento, para o Relator, caberá ao Estado apresentar prova em contrário à inadequação e desnecessidade do uso do medicamento. Além disso, a ausência de registro do medicamento na ANVISA configura sua situação objetiva de insegurança. A administração Pública poderá, ainda, apresentar alternativas terapêuticas para a enfermidade do paciente, para que o Juiz possa analisar os elementos do processo e determinar a substituição.

No que se refere à incapacidade financeira, elemento de caráter subjetivo, o Ministro afirma que estará configurada tal incapacidade quando comprovada a ausência de recursos para a obtenção do medicamento necessário. Explica que esse posicionamento está de acordo com as decisões do Supremo Tribunal Federal e que o Estado possui uma especial de obrigação subsidiária em relação aos membros da família do paciente, que não possui condições de arcar com as despesas do tratamento.

Com base em sua fundamentação, o Ministro Relator propôs a seguinte tese de repercussão geral:

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>99</sup>

#### **4.1.2. VOTO-VISTA DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO**

De início, o Ministro Barroso destacou que os cidadãos brasileiros fazem jus ao tratamento igualitário em matéria de saúde e que há limites na atuação do Estado e

---

<sup>98</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471 Rio Grande do Norte. Min. Rel. Marco Aurélio Mello. Brasília, 15 set. de 2016.

<sup>99</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471 Rio Grande do Norte. Min. Rel. Marco Aurélio Mello. Brasília, 15 set. de 2016.

suas políticas públicas, que devem ser debatidas pelos órgãos responsáveis. Ressalta, em seu voto, que se deve ponderar, nos debates acerca da matéria, “vida e saúde de uns *versus* vida e saúde de outros”<sup>100</sup>.

Nesse mesmo sentido, expõe a controvérsia que se faz presente na atuação do Poder Judiciário, que profere decisões desarrazoadas, condenando a Administração Pública a fornecer medicamentos inacessíveis ou de eficácia duvidosa, e, no entanto, não há critérios rígidos que definam qual ente público é responsável pelo fornecimento de cada medicamento.

Barroso cita Eduardo Mendonça<sup>101</sup>, ao apontar as consequências da atuação do Poder Judiciário nas demandas relativas à saúde:

(i) a desorganização administrativa, porque os recursos precisam ser desviados do seu orçamento e de sua execução natural para o cumprimento das ordens judiciais; (ii) a ineficiência alocativa, porque as compras para cumprir decisões judiciais se dão em pequena escala, sem o benefício das compras de atacado; e (iii) a seletividade, porque as soluções providas em decisões judiciais beneficiam apenas as partes na ação, sem que sejam universalizadas. Como consequência, prossegue o autor, “a jurisprudência dominante tem dado margem à perturbadora coexistência entre a notória precariedade da rede pública de saúde e tratamentos milionários custeados por determinação judicial”.

Além disso, o Ministro atenta para a necessidade de planejamento e racionalização de gastos públicos com saúde, haja vista a escassez de recursos estatais.

Nesse contexto, Barroso esclarece:

Para que se tenha uma ideia, os gastos do Ministério da Saúde com medicamentos e insumos para cumprimento de decisões judiciais passaram de cerca de R\$ 2,5 milhões em 2005 para R\$ 266 milhões em 2011, o equivalente a um aumento de mais de 10.000%<sup>102</sup>. Já em

<sup>100</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471 Rio Grande do Norte. Min. Rel. Marco Aurélio Mello. Brasília, 15 set. de 2016.

<sup>101</sup> Citado por BARROSO, Luís Roberto., em Recurso Extraordinário 566.471 Rio Grande do Norte. Min. Rel. Marco Aurélio Mello. Brasília, 15 de set. de 2016

<sup>102</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório sistêmico de fiscalização da saúde, Acórdão 693/2014-Plenário, Processo TC 032.624/2013-1, sessão de 26.03.2014. Barroso explica que, no relatório, foi apontado que “o aumento de demandas judiciais – com o objetivo de garantir o fornecimento de medicamentos e a realização de cirurgias e procedimentos – tem trazido preocupação aos gestores da saúde, nas três esferas administrativas, pois, muitas vezes, essa interferência despreza fluxos e protocolos existentes, impõe a realização de tratamentos extremamente onerosos, e resultam em inversão de prioridades nos gastos com medicamentos, com grave impacto na programação anual de saúde. Na esfera federal, os gastos com medicamentos e insumos para cumprimento de decisões judiciais passaram de R\$ 2,5 milhões em 2005 para R\$ 266 milhões no ano de 2011”.



2014, o valor despendido pelo Ministério da Saúde com determinações judiciais chegou a R\$ 843 milhões<sup>103</sup>.

Além do impacto financeiro gerado pela excessiva intervenção do Poder Judiciário na destinação de valores significativos para demandas de saúde, o Ministro leva em conta outros três aspectos: a legitimidade democrática, uma abordagem individualista e elitista e as capacidades institucionais.

Primeiramente, o Ministro afirma que é certo que o orçamento do Estado é insuficiente para suprir todas as demandas sociais, fato que se contrapõe à necessidade de concretização de direitos sociais por meio de políticas públicas. Desse modo, cabe ao Estado fazer “escolhas trágicas e eleger critérios para a alocação de recursos”<sup>104</sup>, destacando que o Poder Judiciário não possui legitimidade democrática para fazer tais escolhas.

Quanto ao aspecto individualista e elitista, esse se configura no momento do acesso ao Judiciário, que beneficia um número reduzido de pessoas, em detrimento daquelas que dependem das políticas públicas oferecidas pelo Estado e não possuem acesso à justiça. Para Barroso, esse entendimento “prejudica sobretudo os mais pobres, que constituem a clientela preferencial do sistema.”

Por fim, aborda a incapacidade institucional do Judiciário para determinar quais medicamentos devem ou não ser dispensados pelo Sistema de Saúde. Essa decisão caberia ao Poder Executivo, que dispõe de mais capacidade para conduzir a aplicação de políticas públicas, conforme explicitou também em seu parecer citado no ponto 3.3 do capítulo anterior. Além disso, as decisões de fornecimento de medicamentos impactam de forma relevante no orçamento público, prejudicando a organização administrativa.

Segundo o Ministro, há que se diferenciar duas situações presentes nas demandas judiciais de medicamentos:

(i) a que envolve pedido de medicamentos já incorporados pelo Sistema Único de Saúde, i.e., os medicamentos incluídos na política

---

<sup>103</sup> GAZETA DO POVO. *Gastos da União com demandas judiciais crescem 500%*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/gastos-da-uniao-com-demandasjudiciais-de-saude-crescem-500-439sjmi7gq0wwarfocypkl5tl>>. Acesso em 20 de maio de 2018.

<sup>104</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471 Rio Grande do Norte. Min. Rel. Marco Aurélio Mello. Brasília, 15 set. de 2016.

pública de saúde (presentes nos Protocolos do SUS e listas de dispensação), devendo ser objeto de dispensação gratuita, e (ii) a que envolve pedido de fármacos que não estejam incorporados no âmbito do SUS.<sup>105</sup>

Na primeira hipótese apontada, o Ministro considera que a resolução da demanda é simples, na medida em que o Poder Judiciário apenas deve se ater à determinar o cumprimento da lei. Entretanto, cabe ao magistrado observar a presença de dois requisitos: a prova da adequação e necessidade do medicamento para o paciente, bem como a prova de prévio requerimento pela via administrativa.

Nesse sentido, Barroso expõe:

O Judiciário não pode se transformar na porta principal de entrada das demandas por medicamentos. A solicitação administrativa é essencial para fins de organização do SUS, além de evitar que a máquina judicial seja movida sem necessidade. Com o pedido, a Administração consegue identificar (e possivelmente sanar) eventuais desabastecimentos, aprimorar aspectos logísticos envolvidos na dispensação e produzir fundamentos para a negativa de fornecimento que poderão até mesmo facilitar a instrução de futura demanda judicial. Nesse sentido, o Enunciado no 3 da I Jornada de Direito à Saúde do Conselho Nacional de Justiça recomendou “ao autor da ação a busca preliminar sobre disponibilidade do atendimento, evitando-se a judicialização desnecessária”.<sup>106</sup>

Para a segunda hipótese, que abrange o fornecimento de medicamentos não incorporados ao SUS, Barroso aponta cinco requisitos cumulativos que devem ser observados pelo Poder Judiciário nas demandas pertinentes ao assunto:

(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.<sup>107</sup>

Somado aos requisitos acima, o Ministro aponta, ainda, um parâmetro procedimento a ser observado. Segundo ele, deve haver um diálogo entre o Poder Judiciário e os órgãos administrativos responsáveis pela área da saúde a fim de que se analise as possibilidades de incorporação do medicamento pleiteado à lista do SUS.

---

<sup>105</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471 Rio Grande do Norte. Min. Rel. Marco Aurélio Mello. Brasília, 15 set. de 2016.

<sup>106</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471 Rio Grande do Norte. Min. Rel. Marco Aurélio Mello. Brasília, 15 set. de 2016.

<sup>107</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471 Rio Grande do Norte. Min. Rel. Marco Aurélio Mello. Brasília, 15 set. de 2016.

Conforme seu entendimento, embora a saúde seja um direito constitucional, não se trata de “fornecer tudo para todos”. Com base em decisão do Supremo, explica que o direito à saúde não confere “um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize”.<sup>108</sup>

Diante do exposto, o Ministro vota no sentido de negar provimento ao recurso extraordinário, em razão da incorporação do medicamento no curso do processo, propondo a seguinte tese de repercussão geral: *O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos: (i) a incapacidade financeira de 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, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema. Ademais, deve-se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS.*<sup>109</sup>

#### **4.1.3. VOTO DO MINISTRO EDSON FACHIN**

O Ministro Edson Fachin proferiu seu voto no sentido de dar provimento parcial ao Recurso, considerando a necessidade de a União compor o polo passivo, não podendo o estado do Rio Grande do Norte custear sozinho o tratamento, por se tratar de dispensação excepcional ou especializada.

---

<sup>108</sup> STA-Agr 175, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 17.03.2010.

<sup>109</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471 Rio Grande do Norte. Min. Rel. Marco Aurélio Mello. Brasília, 15 set. de 2016.

Além disso, ressaltou que “desde a interposição do recurso, houve alteração fática, pois o medicamento em questão foi incorporado para a doença diagnosticada na Autora, em 2014, pela Portaria SAS/MS n. 35 de 16/01/2014, republicada em 06.06.2014 e em 23.09.2014, com financiamento preponderante da União”.<sup>110</sup>

No mérito, afirma que cabe ao Poder Judiciário tem a função de reconhecer eventuais falhas nas políticas públicas. No entanto, deve atuar de forma cautelosa, utilizando critérios igualitários para fins de dispensação de medicamentos e manutenção do direito à saúde no caso concreto.

O Ministro explica como se dá a divisão dos medicamentos nos três componentes:

1. Básico: medicamentos e insumos no âmbito da atenção primária - financiados pelos três entes da Federação. A União adquire e distribui aos Estados; o Estado recebe, armazena e distribui os produtos adquiridos pelo Ministério da Saúde; o Município compra todos os demais produtos do Componente Básico, recebe, armazena e distribui. 2. Estratégico: doenças de perfil endêmico e que tenham impacto socioeconômico - adquiridos pelo Ministério da Saúde e distribuídos a todos os Estados, que por sua vez encaminham aos seus municípios. 3. Especializado: medicamentos para tratamento de doenças e agravos menos prevalentes e com alto impacto financeiro. A União financia os medicamentos dos Grupos 1A e 1B, os Estados do Grupo 2 e os Municípios os do Grupo 3, conforme grupos descritos nos anexos da portaria 1554/2013. A União adquire os do grupo 1A e manda para os Estados, os Estados adquirem os dos grupos 1B (pago pela União) e 2 armazena e dispensa os dos grupos 1A, 1B e 2, e os Municípios compram e dispensam os do grupo 3.

Esclarece, em resumo, que os Estados são responsáveis pela entrega dos medicamentos do componente especializado 1<sup>a</sup>, 1B e 2. Enquanto os demais componentes e os do grupo 3 do componente especializado são fornecidos pelo Município, ainda que com verba repassada pelo Estado ou pela União.

Por fim, propõe a observância de parâmetros para o fornecimento de medicamentos: (i) demonstração de prévio requerimento à Administração Pública; (ii) preferencial prescrição do medicamento por médico da rede pública, com base no que impõe o regime jurídico desses profissionais, que devem optar pelos medicamentos não incorporados somente em último caso; (iii) preferencial designação do

---

<sup>110</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471 Rio Grande do Norte. Min. Rel. Marco Aurélio Mello. Brasília, 15 set. de 2016.

medicamento pela Denominação Comum Brasileira e, em não havendo, a Denominação Comum Internacional; (iv) justificativa da inadequação ou inexistência de tratamento da rede pública; (v) necessidade de laudo médico, indicando a necessidade do tratamento.<sup>111</sup>

Atualmente, a sessão encontra-se suspensa, sem data para sua retomada. Até o momento, é possível perceber a divergência de critérios apresentados pelos julgadores, em relação ao fornecimento de medicamentos indisponíveis no SUS. Apesar de o julgamento representar um marco na questão da judicialização da saúde no Brasil, a inexistência de critérios fixos faz aumentar ainda mais a propositura de demandas em busca da efetivação do direito à saúde.

#### **4.2. AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 175 CEARÁ**

No ano de 2009, foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal duas Suspensões de Tutela Antecipada (STA), formuladas pela União (STA 175) e pelo Município de Fortaleza (STA 178) a fim de suspender decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que determinou o fornecimento de medicamento não disponível na rede pública.

Gilmar Mendes, à época o Presidente da Corte, em sua decisão, indeferiu a Suspensão de Tutela Antecipada 175 e definiu parâmetros a serem observados nas decisões que tratassem de direito à saúde. Para o julgador, a atuação do Poder Judiciário não deveria ser considerada criadora de políticas públicas, mas apenas garantidora de seu cumprimento.

Além disso, considerou que se a prestação não fizer parte das políticas públicas oferecidas, faz-se necessário verificar se ocorreu omissão legislativa ou administrativa. Ressaltou, ainda, a necessidade de registro do medicamento na

---

<sup>111</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471 Rio Grande do Norte. Min. Rel. Marco Aurélio Mello. Brasília, 15 set. de 2016

Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), além da exigência de avaliação judicial dos critérios relativos ao não fornecimento.<sup>112</sup>

Entretanto, o Ministro destacou que o paciente deve receber o tratamento fornecido pelo SUS sempre que não for comprovada sua ineficácia. Em outras palavras, deve-se observar a existência de substitutos terapêuticos já incluídos nas políticas públicas oferecidas à população, o que não impede o Poder Judiciário de determinar o fornecimento de tratamento diverso, observado o caso concreto.

Após essa decisão, foi interposto Agravo de Instrumento pela União em face da decisão proferida, que considerou que o fármaco pleiteado já possuía registro na ANVISA e seu fornecimento não traria grave prejuízo ao Poder Público. Por unanimidade de votos e nos termos do voto do relator Min. Gilmar Mendes, foi negado provimento ao recurso.

No julgado do Agravo, Gilmar Mendes reafirma sua posição acerca da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na garantia do direito à saúde. Além disso, reitera seus argumentos da decisão anterior, expondo que o tratamento fornecido pelo SUS deve ser privilegiado em relação à opção diversa, o que não afasta a possibilidade de avaliação do caso concreto.

No julgamento, é possível constatar ainda a impossibilidade de fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA: “O registro de medicamento, como ressaltado pelo Procurador Geral da República na audiência pública, é uma garantia à saúde pública.”<sup>113</sup>

Com essa decisão, o Supremo Tribunal Federal buscou padronizar as decisões proferidas nas demandas relativas ao direito à saúde. Entretanto, fica evidente que muitos julgadores deixam de observar esse entendimento, o que gera maior insegurança com relação a essas demandas.

---

<sup>112</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF: *Presidente do STF decide ação sobre fornecimento de remédios com subsídios da audiência pública sobre saúde*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=113461>>. Acesso em 20 de maio de 2018.

<sup>113</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. Na Suspensão da Tutela Antecipada. STA nº175 AGR/CE. Min. Pres. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de mar. 2010.

### 4.3. RECURSO ESPECIAL 1.657.156 RIO DE JANEIRO

Diante da ausência de uniformização de entendimento do Supremo Tribunal Federal e visando a padronização das decisões, no dia 25 de abril de 2018, o Superior Tribunal de Justiça fixou parâmetros cumulativos para o fornecimento de medicamentos não incorporados pelo SUS<sup>114</sup>.

A demanda inicial foi proposta por Fatima Theresa Esteves dos Santos Oliveira, portadora de glaucoma crônico bilateral, pelo que necessita fazer uso de medicamentos não disponíveis na rede pública, mas não possui condições de custear seu tratamento.

O Recurso Especial 1.657.156 foi oferecido pelo Estado do Rio de Janeiro e versa sobre “a obrigatoriedade do Poder Público fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106)”<sup>115</sup>.

A alegação do Estado baseou-se na impossibilidade de fornecimento de medicamentos não incorporados ao SUS. De forma subsidiário, o Estado requereu a possibilidade de substituição do fármaco pleiteado por outros disponibilizados. O Recurso foi desprovido por unanimidade, nos termos do voto do relator.

A decisão, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, definiu como tese, com base no art. 1.036 do Código de Processo Civil<sup>116</sup>, três requisitos obrigatórios e cumulativos a serem observados nas decisões que versem sobre o referido tema: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos

---

<sup>114</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.657.156 Rio de Janeiro. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Brasília, 25 de abri. de 2018. “Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/90, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas” (REsp 1.657.156-RJ, 2018).

<sup>115</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.657.156 Rio de Janeiro. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Brasília, 25 de abri. de 2018.

<sup>116</sup> Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.<sup>117</sup>

Apesar dos parâmetros fixados, as decisões do Superior Tribunal de Justiça não vinculam o Supremo Tribunal Federal que, como Tribunal Constitucional, poderá adotar entendimento diverso no julgamento do Recurso Extraordinário 566.471/RN, ao qual foi dado repercussão geral e vinculará todas as demandas acerca do tema ao final de seu julgamento.

#### **4.4 BREVE SÍNTESE DA JURISPRUDÊNCIA ANALISADA**

A questão do fornecimento de medicamentos é um problema bastante grave na realidade da saúde no Brasil. Conforme apontado ao longo desta monografia, o debate acerca da disponibilidade de recursos e da necessidade de fornecimento de tratamento adequado pelo Poder Público tem sido cada vez mais frequente.

Nesse sentido, o Poder Judiciário tem sido acionado pela população, com o objetivo de concretizar a efetivação do direito à saúde para, na prática, determinar ao Estado que disponibilize os fármacos pleiteados nas demandas ajuizadas.

Conforme se observa nos diferentes julgamentos apresentados neste capítulo, ainda não há, entre os julgadores, unanimidade nos critérios aplicados às decisões que determinam o fornecimento de medicamentos não incluídos nas listas de dispensação do Sistema Único de Saúde.

Aguarda-se, ainda, o julgamento do Recurso Extraordinário 566.471, com repercussão geral, a fim de que sejam estabelecidos os requisitos obrigatórios para aplicação nas decisões referentes ao tema.

Mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, buscando uniformizar as decisões, estabeleceu, em sede de recurso repetitivo, critérios cumulativos a serem

---

<sup>117</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.657.156 Rio de Janeiro. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Brasília, 25 de abri. de 2018.



aplicados pelos magistrados nas questões relativas ao fornecimento de medicamentos não incluídos no SUS.

Dessa forma, os parâmetros poderão garantir maior uniformidade entre as decisões e, conseqüentemente, maior segurança jurídica para as partes, Estado e particular. No entanto, a referida decisão não vincula o Supremo Tribunal Federal, que ainda não se posicionou de forma definitiva acerca do assunto.

## **5 CONCLUSÃO**

O Constituinte de 1988 incluiu, no texto constitucional, o direito à saúde como direito social. Além disso elaborou um novo sistema de saúde, descentralizado, dando maior autonomia para os entes e garantindo maior participação da população, idealizando um sistema eficaz.

O Sistema Único de Saúde – SUS – incorporado à realidade social brasileira, apesar de sua ideia inicial, apresenta muitas falhas, como o fornecimento de medicamentos. Então, buscou-se, por meio da criação de Componentes de Assistência Farmacêutica, melhorar a prestação do serviço. Dessa forma, os medicamentos foram subdivididos em essenciais e excepcionais, de acordo com sua utilização, de modo a facilitar a obtenção pelos pacientes.

Na prática, não há tanta facilidade em se obter o tratamento adequado na rede pública, conforme se pode constatar facilmente nos grandes veículos de mídia. Em resposta a essa dificuldade, o cidadão passou a recorrer ao Poder Judiciário, fazendo com que os magistrados passassem a atuar, de certa forma, como gestores das políticas públicas, mesmo sem ter condições para tal.

Apesar da possibilidade de se exigir a garantia do direito à saúde por via judicial, é necessário avaliar os impactos dessa atuação no caso concreto, ponderando-se os interesses das partes envolvidas.

Os cidadãos pleiteiam o fornecimento de medicamentos de alto custo ou não registrados nos Protocolos do SUS, e os Estados da Federação, diversas vezes, são obrigados a dispor de recursos para custear o tratamento por decisão judicial. Por

essa razão, é imprescindível que sejam estabelecidos critérios a serem observados pelos julgadores no momento de proferir a decisão.

Nesse sentido, importa destacar, novamente, os parâmetros apontados pelo Ministro Luís Roberto Barroso, em seu parecer citado, em que determina que o Judiciário somente deve determinar o fornecimento, no âmbito de ações individuais, de medicamentos incluídos nas listas do Poder Público, enquanto a discussão acerca dos medicamentos que compõem essas listas poderá ocorrer no âmbito das ações coletivas ou de controle abstrato de constitucionalidade, observados os critérios já mencionados.

Frisa-se que a decisão que determina o custeio do tratamento específico para um determinado paciente implica, necessariamente, em deixar de aplicar o recurso financeiro em outras ações de saúde já previstas no planejamento do Sistema, incluindo a obtenção de medicamentos já incluídos na rede pública.

Sendo assim, considerando que o direito à saúde encontra previsão constitucional e é efetivado por meio da realização de políticas públicas, suprimi-lo viola um direito fundamental do indivíduo, sujeito às condições precárias a que é submetido pela falha na prestação dos serviços públicos de saúde.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Suhrkamp Verlag, 1986. Trad. SILVA, Virgílio Afonso da. 5.ed. alemã. Theorie der Grundrechte. Malheiros Editores: São Paulo, 2008.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARAÚJO, Gustavo Henrique Valadares Fernandes de. *Medicamentos de alto custo: causas, considerações jurídicas e possíveis soluções*. 2013. 82 f. Monografia/Graduação – Curso de Direito, Universidade de Brasília, 2013.

BALERA, Wagner; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. (coord.); COUTO, Mônica Bonetii (org.). *Comentários ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Curitiba: Clássica, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula. *Eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. *Da Falta De Efetividade À Judicialização Excessiva: Direito À Saúde, Fornecimento Gratuito De Medicamentos E Parâmetros Para A Atuação Judicial*. Parecer s/n.º. R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro (63), 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONIZZATO, Luigi; REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *Direito Constitucional Questões Clássica, Contemporâneas e Críticas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.657.156 Rio de Janeiro. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Brasília, 25 de abri. de 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.657.156 Rio de Janeiro. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Brasília, 25 de abri. de 2018.

BRASIL. *8ª Conferência Nacional de Saúde*. Relatório Final, 2011. Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8\\_conferencia\\_nacional\\_saude\\_relatorio\\_final.pdf](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf)>. Acesso em 23 de maio de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Componente Básico de Assistência Farmacêutica*. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/assistencia-farmaceutica/medicamentos-rename/componente-basico-da-assistencia-farmaceutica-cbaf>>. Acesso em 24 de maio de 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Componente Especializado de Assistência Farmacêutica*. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/assistencia-farmaceutica/medicamentos-rename/componente-especializado-da-assistencia-farmaceutica-ceaf>>. Acesso em: 24 de maio de 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Componente Estratégico de Assistência Farmacêutica*. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/assistencia-farmaceutica/medicamentos-rename/cesaf>>. Acesso em 24 de maio de 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Estrutura do SUS*. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/index.php/sistema-unico-de-saude/estrutura-do-sus>>. Acesso em 23 de maio de 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Medicamentos – Rename*. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/assistencia-farmaceutica/medicamentos-rename>>. Acesso em 24 de maio de 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Responsabilidade dos Entes*. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/index.php/sistema-unico-de-saude/responsabilidade-dos-entes>>. Acesso em 23 de maio de 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Relação Nacional de Medicamentos Essenciais*. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao\\_nacional\\_medicamentos\\_rename\\_2017.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_nacional_medicamentos_rename_2017.pdf)>. Acesso em 24 de maio de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 874.630/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins. Brasília, 21 de set. de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. Na Suspensão da Tutela Antecipada. STA nº175 AGR/CE. Min. Pres. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de mar. de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF: *Presidente do STF decide ação sobre fornecimento de remédios com subsídios da audiência pública sobre saúde*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=113461>>. Acesso em 20 de maio de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 195.192 Rio Grande do Sul, Primeira Turma. Min. Rel. Marco Aurélio Mello. Brasília, 22 de fev. de 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 488208 Santa Catarina. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 01 de jul. de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471 Rio Grande do Norte. Min. Rel. Marco Aurélio Mello. Brasília, 15 set. de 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório sistêmico de fiscalização da saúde. Acórdão 693/2014-Plenário, Processo TC 032.624/2013-1, sessão de 26.03.2014.

BUARQUE, Cristovam. *“A lógica da vergonha”*. Folha de São Paulo, 22 de dezembro de 1999. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz2212199909.htm>>. Acesso em 20 de maio de 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CASTILHO, Paula de Abreu Pirrotta. *O direito à saúde nas Cartas constitucionais brasileiras*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31144/o-direito-a-saude-nas-cartas-constitucionais-brasileiras>. Acesso em 23 de maio de 2018.

CASTRO, Camila Sodré. *DIREITO À SAÚDE EM CONFLITO: O fornecimento de medicamentos de alto custo*. Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Brasília, 2016.

CAVALCANTE, Martha Lisiane Aguiar. *Dignidade Humana e Reserva do possível: análise do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário*. 49 f. Monografia/Pós-graduação – Programa de especialização em Direito Constitucional, Escola Superior da Magistratura, Universidade Vale do Acaraú, Ceará, Fortaleza, 2009.

GAZETA DO POVO. *Gastos da União com demandas judiciais de saúde crescem 500%*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/gastos-da-uniao-com-demandasjudiciais-de-saude-crescem-500-439sjmi7gq0wwarfocypkl5tl>>. Acesso em 20 de maio de 2018.

HIPORLABOR. *Hiporlabor explica: Como obter medicamentos de alto custo pelo SUS*. Disponível em: <<http://www.hipolabor.com.br/blog/2016/04/11/hipolabor-explica-como-obter-medicamentos-de-alto-custo-pelo-sus/>>. Acesso em 18 de maio de 2018.

JUNIOR, Dirley Cunha. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2008.

MÂNICA, Fernando Borges. *Saúde: um direito fundamental social individual*. Revista Brasileira de Direito da Saúde 1, 2011.

MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas*. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil. Jan/Jul. 2008.

MARQUES, Nadia Rejane Chagas. *O Direito à Saúde no Brasil: Entre a norma e o fato*. Porto Alegre: Editora Núria Fabris, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTEIRO, Andréa Souto Martins; CASTRO, Larissa de Paula Gonzaga. *Judicialização da Saúde: causas e consequências*. Programa de Pós-Graduação em Vigilância Sanitária. Pontifícia Universidade Católica de Goiás.

OBSERVATÓRIO DE ANÁLISE POLÍTICA EM SAÚDE. *Custo de ações judiciais por medicamentos cresce mais de 1000% na esfera federal*. Disponível em: <<https://analisepoliticaemsaude.org/oaps/noticias/?id=d2a922e55b7e20c35cb4d601335992c3>>. Acesso em 23 de maio 2018.

OHLAN, Luciana. *A responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos*. Direito & Justiça. v.36. n.1, jan/jun, 2010. p. 29-44,

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2006.

PACHÚ, Clésia Oliveira. *DIREITOS SOCIAIS: O Artigo 6º da Constituição Federal e sua efetividade*. Campina Grande: EDUEPB, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015

SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: História constitucional brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Denival Francisco. *Os Impasses Inaceitáveis para Efetivação da Democracia Substancial no Brasil*. Revista Justiça do Direito. v.8, nº2, jul/dez 2014.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; LEITE, Robson Soares. *Racionalidade da decisão judicial em Robert Alexy*. Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica. v.1. n.2. Minas Gerais, 2015.

SOARES JUNIOR, Jair. *A obrigação estatal de prestação do “tratamento adequado” e o caráter principiológico da tutela à saúde*. Revista de Direito e Liberdade – ESMARN. v.13. n.2. jul./dez., 2011.

STROZENBERG, Flora; LEITE, Luiz Otávio Ferreira Barreto. *Políticas Públicas de saúde no Brasil: gestão e judicialização*. Rio de Janeiro: Altadena, 2016. p. 310-334.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lucia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. *Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde*. Physis: Revista de Saúde Coletiva. vol. 20. n.1. Rio de Janeiro, 2010.

WATANABE, Kazuo. *Controle Jurisdicional das Políticas Públicas*. Revista de Processo, n. 193, 2011.

WHO (World Health Organization). *The Use of Essential Drugs. Seventh Report of the WHO Expert Committee (including the revised Model List Essential Drugs)*, WHO Technical Report Series 867. Geneva: WHO, 1997.