

**UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL
CURSO DE DIREITO**

Giovane André Radtke

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL: A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL TRAZIDA COM O JULGAMENTO
DA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA Nº 175/CE E DO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO Nº 566.471/RN**

Santa Cruz do Sul
2021

Giovane André Radtke

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL: A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL TRAZIDA COM O
JULGAMENTO DA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA Nº 175/CE E DO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 566.471/RN**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de
Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Rosana Helena Maas

Santa Cruz do Sul
2021

Für meine Liebe Urgroßmutter Reälka Rathke...

*“O Senhor te ouça no dia da angústia; o nome do Deus de Jacó te proteja.
Envie-te socorro desde o seu santuário e te sustenha desde Sião.
Lembre-se de todas as tuas ofertas e aceite os teus holocaustos. (Selá)
Conceda-te conforme o teu coração e cumpra todo o teu desígnio.
Nós nos alegraremos pela tua salvação e, em nome do nosso Deus,
arvoraremos pendões; satisfaça o Senhor todas as tuas petições.
Agora sei que o Senhor salva o seu ungido; ele o ouvirá desde o seu santo céu
com a força salvadora da sua destra.
Uns confiam em carros, e outros, em cavalos, mas nós faremos menção do
nome do Senhor, nosso Deus.
Uns encurvam-se e caem, mas nós nos levantamos e estamos de pé.
Salva-nos, Senhor! Ouça-nos o Rei quando clamarmos”.*

Salmos 20:1-9

AGRADECIMENTOS

“Que darei eu ao SENHOR por todos os benefícios que me tem feito?” (Salmo 116.12).

Dou graças ao meu DEUS, o Pai de Nosso Senhor e Salvador Jesus Cristo que, com Sua graça, Seu infinito amor, me concedeu o dom da vida, me sustentou, fortaleceu e me proporciona a cada dia viver Sua perfeita Vontade!

De semelhante modo, agradeço aos meus pais Vilson Radtke e Marlene Inês Radtke, minha irmã Joseani Taiz Radtke Werlang e seu esposo Julio e à minha amada Larissa Neves Marques por todo incentivo, compreensão e apoio incondicionais despendidos nesses sete anos de trajetória no Curso de Direito da Unisc.

Não posso deixar de agradecer, também, a todos os docentes com os quais tive a honra e o privilégio de compartilhar belíssimos momentos de aprendizagem pessoal/profissional, em especial, minha orientadora Prof. Dra. Rosana Helena Maas que, tão prontamente, aceitou o convite para me orientar no presente Trabalho de Curso.

Confesso que, em certos momentos, o desafio pareceu impossível e a vitória, inatingível! Contudo, como diz a letra da canção ‘Marca da Promessa’: “[...] *O meu Deus nunca falhará, eu sei que chegará minha vez! Minha sorte Ele mudará, diante dos meus olhos!*”.

Este trabalho monográfico, mais do que um aglomerado de ideias sobre uma temática, é prova contundente da grandeza, da sabedoria e da Onipotência de um Deus que ama a justiça!

RESUMO

O presente trabalho de monografia possui como foco a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto ao direito à saúde, tendo em vista o julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175/CE e o Recurso Extraordinário (RE) nº 566.471/RN, decisões marco sobre a temática. Nestes termos, indaga-se: houve mudança no entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal com relação à decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 566.471/RN (2020) se comparada com aquela assentada na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE (2010)? O método de abordagem utilizado é o dedutivo, a partir do qual se desenvolveu uma análise do direito à saúde como direito social fundamental, perpassando os aspectos atinentes à sua judicialização, com pesquisa final na jurisprudência dos tribunais superiores. É de fundamental importância o estudo do tema, haja vista sua repercussão no âmbito dos Poderes da Federação, em especial do Executivo e Judiciário, bem como em toda sociedade civil, na busca da efetivação do direito constitucional à saúde assegurado pela Carta Magna de 1988. Ademais, o atual contexto fático que permeia a judicialização da saúde exige a uniformização de parâmetros a serem aplicados no julgamento de demandas de natureza sanitária, no intuito de impedir a proliferação de decisões conflitantes, desprovidas de fundamentação coerente, levando ao cumprimento da dignidade da pessoa humana. A partir do trabalho realizado, concluiu-se que a decisão da saúde (STA nº 175/CE) proferida em 2010 continua sendo utilizada como subsídio jurídico para inúmeras demandas relacionadas à área da saúde, inclusive no Recurso Extraordinário nº 566.471/RN. Esta última, contudo, também inovou ao estabelecer novos parâmetros judiciais a serem observados na apreciação de processos dessa natureza fato que demonstra a efetiva evolução jurisprudencial nos julgados do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Direito fundamental social. Evolução jurisprudencial. Judicialização. Saúde. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The present monograph work focuses on the evolution of the jurisprudence of the Supreme Federal Court (STF) regarding the right to health, in view of the judgment of the Suspension of Early Guardianship n. 175/CE and Extraordinary Appeal n. 566.471/RN, landmark decisions on the subject and aims to analyze the jurisprudential evolution of the Brazilian Supreme Court in sanitary matters from the judicial decisions based on STA nº 175/CE and on RE nº 566.471/RN. In these terms, it is asked: has there been a change in the jurisprudential understanding of the Supreme Federal Court in relation to the decision issued in Extraordinary Appeal n. 566.471/RN (2020) compared to the one based on the Suspension of Guardianship nº 175/CE (2010)? The approach method used is a deductive method, from which an analysis of the right to health as a fundamental social right was developed, permeating the aspects related to its judicialization, with final research in the jurisprudence of the higher courts. It is of fundamental importance to study the theme, given its repercussion within the Federation Powers, especially the Executive and Judiciary, as well as in all civil society, in the pursuit of the constitutional right to health ensured by the 1988 Constitution. In addition, the current factual context that permeates the judicialization of health requires the standardization of parameters to be applied in the judgment of demands of a sanitary nature, in order to prevent the delivery of conflicting decisions, lacking a coherent foundation, leading to the fulfillment of the dignity of the human person. Based on the work carried out, it was concluded that the health decision (STA nº 175 /CE) issued in 2010 continues to be used as a legal subsidy for numerous demands related to the health area, including in Extraordinary Appeal nº 566.471/RN. The latter, however, also innovated by establishing new legal parameters to be observed in the assessment of processes of this nature, a fact that demonstrates the effective evolution of jurisprudence in the judgments of the Federal Supreme Court.

Keywords: Health. Fundamental social right. Social law. Judicialization. Dignity of human person. Reservation possible. Evolution. Jurisprudence. Parameters.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	09
2	O DIREITO SOCIAL DA SAÚDE.....	11
2.1	O direito à saúde como direito fundamental social.....	12
2.2	Abordagem histórica da constitucionalização do direito à saúde enquanto direito social.....	18
2.2.1	Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos (1917).....	19
2.2.2	Constituição da República de Weimar (1919).....	21
2.3.3	Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934.....	23
2.3	Legislações infraconstitucionais e a materialização do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro.....	25
3	O DIREITO À SAÚDE E SUA JUDICIALIZAÇÃO.....	30
3.1	A judicialização da saúde: aspectos introdutórios.....	30
3.2	As dimensões individuais e coletivas que permeiam a judicialização do direito à saúde.....	33
3.3	O direito à saúde e sua relação intrínseca com questões orçamentárias dos Entes Federados.....	35
4	A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	46
4.1	Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE: um marco para o direito à saúde no Brasil.....	47
4.2	O Recurso Extraordinário nº 566.471/RN e a fixação de critério(s) para o fornecimento de medicamento de alto custo não incluído em Políticas Nacionais ligadas ao direito à saúde.....	50
4.3	Análise comparativa dos parâmetros judiciais fixados pela STA nº 175/CE e o RE nº 566.471/RN.....	59
5	CONCLUSÃO.....	63
	REFERÊNCIAS.....	66

1 INTRODUÇÃO

Versa o presente trabalho monográfico sobre a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto ao direito à saúde, com base no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175/Ceará e do Recurso Extraordinário (RE) nº 566.471/Rio Grande do Norte, decisões marco sobre a temática.

Nesse sentido, objetiva-se, primeiramente, analisar a evolução jurisprudencial implementada pelo Supremo Tribunal Federal no tocante ao direito à saúde a partir das decisões assentadas na STA nº 175/CE e no RE nº 566.471/RN.

A principal questão a ser respondida com o trabalho pode ser definida da seguinte forma: houve mudança no entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal com relação à decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 566.471/Rio Grande do Norte (2020) se comparada com aquela assentada na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/Ceará (2010)?

O método utilizado para a concretização da pesquisa é o dedutivo, a partir do qual se analisou o direito à saúde como direito social fundamental, perpassando os aspectos atinentes à sua judicialização, com pesquisa final na jurisprudência dos tribunais superiores, lançando mão de pesquisa bibliográfica em livros, artigos científicos, publicações, jurisprudências, sítios da *internet*, entre outros.

Dessa forma, no primeiro capítulo, busca-se estudar o conceito de saúde, suas nuances doutrinárias, bem como a evolução do direito fundamental social à saúde nas Constituições Mexicana (1917), da República de Weimar (1919), da República do Brasil de 1934 e da Constituição de 1988, bem como a materialização do direito à saúde na esfera infraconstitucional.

No segundo capítulo, perscruta-se a temática da judicialização da saúde e suas implicações na ótica orçamentária dos Entes Federados.

No terceiro capítulo, por sua vez, pretende-se estabelecer um comparativo entre os parâmetros aplicados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da STA nº 175/CE com aqueles fixados no Recurso Extraordinário nº 566.471/RN, para então poder responder o problema de pesquisa.

O estudo do tema em comento é de fundamental importância, porquanto o direito à saúde, um típico direito fundamental social, confronta-se com a crescente demanda tanto individual como coletiva, o que tem, por vezes, gerado uma judicialização exacerbada, com decisões sem critérios e devidas fundamentações,

situação que conclama a Corte Constitucional brasileira a empreender esforços na busca/construção de parâmetros universais tendentes à regulação e efetivação do direito à saúde consagrado na Lei Máxima, a exemplo do que ocorreu na decisão STA nº 175/Ceará, em 2010, e recentemente, no Recurso Extraordinário nº 566.471/Rio Grande do Norte, em 2020.

2 O DIREITO SOCIAL DA SAÚDE

O direito sanitário tem despertado o interesse dos operadores do Direito, os quais têm se dedicado ao estudo do tema nas suas múltiplas interfaces (direitos fundamentais, direito sociais, judicialização da saúde, questões orçamentárias, entre outros...), considerando sua relevância e impactos na sociedade contemporânea.

Tal relevância se revela no fato de o direito à saúde ter sido promovido ao patamar de direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, por força do art. 6º, que se encontra inserido no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo II – Dos Direitos Sociais, que estatui:

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

Partindo de tal premissa, o artigo 196 da Constituição Federal explicita a saúde como direito de todos e dever do Estado, “vinculando diretamente a Administração Pública à sua implementação em face do caráter de direito público subjetivo alcançado pela saúde” (SCHWARTZ; BORTOLOTTI, 2008, p. 257).

Além dos dispositivos constitucionais acima destacados, a saúde, na qualidade de direito fundamental do cidadão, se expressa em pontos diversos da norma constitucional, como por exemplo: artigo 7º, incisos IV e XXII; artigo 23, inciso II; artigo 24, inciso XII; artigo 197, entre outros...

No cenário atual, é possível vislumbrar que a problemática ligada ao direito à saúde muito se relaciona com sua efetividade e aplicação imediata “ante as omissões e/ou negligências da Administração Pública, que, embora vinculada diretamente ao texto constitucional [...] não consegue dar efetividade ao direito [...] à saúde”, situação que resulta na ingerência do Poder Judiciário “no controle das ações Administrativas Estatais para garantir a plena prestação de saúde requerida pelo cidadão” (SCHWARTZ; BORTOLOTTI, 2008, p. 258).

Tal contextualização requer, portanto, um estudo mais apurado sobre o direito à saúde e o modo como este compõe a ordem constitucional e, conseqüentemente, o ordenamento jurídico, bem como sua indispensabilidade ao direito à vida.

2.1 O direito à saúde como direito social fundamental do ser humano

O que vem a ser o direito à saúde? Para respondermos essa questão, proveitoso conceituar o vocábulo “saúde”, visto que tal premissa inaugura o presente estudo e facilitará a compreensão quanto aos desdobramentos aqui propostos.

De acordo com Martins (2005, p. 517), “a palavra saúde vem do adjetivo latino *saluus*, a, um, que tem o significado de inteiro, intacto. O verbo *salueo*, es, ere, significa estar são”.

O Dicionário Brasileiro de Língua Portuguesa Michaelis On-line, por sua vez, define o termo “saúde” como:

estado do organismo com funções fisiológicas regulares e com características estruturais normais e estáveis, levando-se em consideração a forma de vida e a fase do ciclo vital de cada ser ou indivíduo [...]. (MICHAELIS, <https://michaelis.uol.com.br>).

Ademais, a Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) de 1946 dispõe em seu preâmbulo que a saúde é “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”, sendo que “gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social” (NAÇÕES UNIDAS, 1946, www.direitoshumanos.usp.br).

Digno de nota é que o conceito acima estampado foi alvo de diversas críticas, especialmente no tocante à sua amplitude conceitual. Nesse panorama, Moacyr Scliar (2007, p. 37-39) explica que

[...] a amplitude do conceito da OMS (visível também no conceito canadense) acarretou críticas, algumas de natureza técnica (a saúde seria algo ideal, inatingível; a definição não pode ser usada como objetivo pelos serviços de saúde), outras de natureza política, libertária: o conceito permitiria abusos por parte do Estado, que interviria na vida dos cidadãos, sob o pretexto de promover a saúde. Em decorrência da primeira objeção, surge o conceito de Christopher Boorse (1977): saúde é ausência de doença. A classificação dos seres humanos como saudáveis ou doentes seria uma questão objetiva, relacionada ao grau de eficiência das funções biológicas, sem necessidade de juízos de valor. Uma resposta a isto foi dada pela declaração final da Conferência Internacional de Assistência Primária à Saúde realizada na cidade Alma-Ata (no atual Cazaquistão), em 1978, promovida pela OMS. A abrangência do tema foi até certo ponto uma surpresa. A par de suas tarefas de caráter normativo – classificação

internacional de doenças, elaboração de regulamentos internacionais de saúde, de normas para a qualidade da água – a OMS havia desenvolvido programas com a cooperação de países–membros, mas esses programas tinham tido como alvo inicial duas doenças transmissíveis de grande prevalência: malária e varíola. O combate à malária baseou–se no uso de um inseticida depois condenado, o dicloro–difênil–tricloroetano (DDT), tendo êxito expressivo mas não duradouro. A seguir foi desencadeado, já nos anos 60, o Programa de Erradicação da Varíola. A varíola foi escolhida não tanto por sua importância como causa de morbidade e mortalidade, mas pela magnitude do problema (os casos chegavam a milhões) e pela redutibilidade: a vacina tinha alta eficácia, e como a doença só se transmite de pessoa a pessoa, a existência de grande número de imunizados privaria o vírus de seu habitat. Foi o que aconteceu: o último caso registrado de varíola ocorreu em 1977. A erradicação de uma doença foi um fato inédito na história da Humanidade. Quando se esperava que a OMS escolhesse outra doença transmissível para alvo, a Organização ampliou consideravelmente seus objetivos, como resultado de uma crescente demanda por maior desenvolvimento e progresso social. Eram anos em que os países socialistas desempenhavam papel importante na Organização – não por acaso, Alma–Ata ficava na ex–União Soviética. A Conferência enfatizou as enormes desigualdades na situação de saúde entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos; destacou a responsabilidade governamental na provisão da saúde e a importância da participação de pessoas e comunidades no planejamento e implementação dos cuidados à saúde. Trata–se de uma estratégia que se baseia nos seguintes pontos: 1) as ações de saúde devem ser práticas, exequíveis e socialmente aceitáveis; 2) devem estar ao alcance de todos, pessoas e famílias – portanto, disponíveis em locais acessíveis à comunidade; 3) a comunidade deve participar ativamente na implantação e na atuação do sistema de saúde; 4) o custo dos serviços deve ser compatível com a situação econômica da região e do país. Estruturados dessa forma, os serviços que prestam os cuidados primários de saúde representam a porta de entrada para o sistema de saúde, do qual são, verdadeiramente, a base. O sistema nacional de saúde, por sua vez, deve estar inteiramente integrado no processo de desenvolvimento social e econômico do país, processo este do qual saúde é causa e consequência.

Contemporaneamente, a 16ª Conferência Nacional de Saúde, realizada entre os dias 4 a 7 de agosto de 2019, em Brasília - Distrito Federal, fez constar em seu Relatório Nacional Consolidado a seguinte definição de saúde:

Saúde é um bem-estar físico, psíquico, social, afetivo que significa que as pessoas e comunidades tenham mais do que ausência de doença, ou seja, que tenham também direito à habitação, ao trabalho, ao salário e aposentadoria dignos; ao ar, água e alimentos com boa qualidade; à educação crítica; à informação verdadeira; e ao meio ambiente saudável como condições necessárias para se garantir a saúde. (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 2019, <https://bvsmms.saude.gov.br>).

Inobstante a infinidade de conceitos passíveis de atribuição ao termo – bem como críticas esporádicas que porventura possam ser tecidas sobre o caso –, notório

é que o mesmo possui grande abrangência, o qual supera aspectos meramente biológicos, de modo que reconhece a existência de um estado de bem-estar social.

Silva (2017, p. 6) reforça a multidisciplinariedade desse conceito, ao mencionar que a compreensão do conceito 'saúde' perpassa as diversas áreas do conhecimento, como a "medicina, a filosofia, a sociologia, a antropologia, a biologia, o direito, entre outras".

Consigna-se, também, que as definições da palavra 'saúde' apresentadas tanto pela Organização Mundial da Saúde quanto pelo Conselho Nacional de Saúde se mostram bastante coerentes, uma vez que evidenciam a interdisciplinaridade da qual o termo se reveste, bem como sua forte ligação com as ciências jurídicas, aspecto este perceptível no conceito emitido pelo organismo internacional, que considerou o gozo do melhor estado de saúde como direito fundamental do ser humano, sem quaisquer distinções (NAÇÕES UNIDAS, 1946, www.direitoshumanos.usp.br).

Sobre o destaque de direito fundamental dado pela Organização Mundial à saúde, temos a doutrina jurídica alemã contemporânea, que define os direitos fundamentais como sendo aqueles que, consagrados na Constituição, constituem as bases "éticas do sistema jurídico nacional, ainda que não possam ser reconhecidos, pela consciência jurídica universal, como exigências indispensáveis de preservação da dignidade humana" (COMPARATO, www.dhnet.org.br).

Cabe frisar, primeiramente, que o Estado de Direito inaugurado pela Lei Máxima de 1988, possui como centro gravitacional a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF), bem como os direitos fundamentais, constituindo aquela o "núcleo essencial" dessas garantias (BARROSO, 2007, www.mpdft.mp.br). Os direitos fundamentais, cujo dever de realização incumbe aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, respeitando o limite mínimo de seu núcleo essencial, abarcam

a) a *liberdade*, isto é, a autonomia da vontade, o direito de cada um eleger seus projetos existenciais; b) a *igualdade*, que é o direito de ser tratado com a mesma dignidade que todas as pessoas, sem discriminações arbitrárias e exclusões evitáveis; c) o *mínimo existencial*, que corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público (BARROSO, 2007, p. 10-11, grifo do autor).

Salutar esclarecer que a noção de direitos fundamentais encontra estreita relação com a ideia de dupla fundamentalidade, a qual se subdivide em formal e material:

como direitos reconhecidos e assegurados por uma determinada Constituição (sendo assim passíveis de diferenciação em relação aos direitos humanos, considerados como aqueles reconhecidos pelo direito positivo internacional) encontra-se necessariamente vinculada ao que se tem designado de dupla fundamentalidade formal e material, designadamente a circunstância de que se cuida de bens jurídicos que, na ótica do Constituinte, expressa ou implicitamente enunciada, são dotados de suficiente relevância e essencialidade (fundamentalidade material) a ponto de merecerem e necessitarem de uma proteção jurídica e normatividade reforçada em relação até mesmo às demais normas constitucionais, mas especialmente no que diz com sua exclusão do âmbito da disponibilidade plena dos poderes constituídos. (FIGUEIREDO; SARLET, 2008, revistadoutrina.trf4.jus.br).

A Carta Magna de 1988 é considerada uma das mais avançadas Constituições existentes no mundo, especificamente quanto aos direitos sociais (KRELL, 1999, p. 239), por institucionalizar “a instauração de um regime político democrático no Brasil” e, simultaneamente, introduzir “indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis na sociedade” (PIOVESAN, 2010, p. 24).

Inobstante o artigo 1º da Lei Máxima disponha sobre a formação de uma República Federativa, constituída em Estado Democrático de Direito e sobre cujos alicerces repousará, o Preâmbulo da Constituição, ao “por em relevo os valores que norteiam a Constituição e que devem servir de orientação para a correta interpretação e aplicação das normas constitucionais” (BRASIL, 2008, <http://redir.stf.jus.br>), já esclarece que o Estado Democrático ora instituído tem por finalidade, dentre outras, “[...] assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais [...]” (BRASIL, 1988, www.planalto.com.br), bem como garantir a dignidade e o bem-estar da pessoa humana, como imperativo de justiça social (PIOVESAN, 2010, p. 27).

Sarlet ressalta que o Preâmbulo da Constituição de 1988 corrobora o compromisso por ela assumido com relação à justiça social,

comprometimento este reforçado pelos princípios fundamentais elencados no Título I da CF, dentre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III), positivada como fundamento do próprio Estado

Democrático de Direito. Tal princípio, para além de outros aspectos [...], atua como verdadeiro fio condutor relativamente aos diversos direitos fundamentais, reforçando a existência de uma recíproca complementaridade entre os direitos civis e políticos (por muitos, designados de direitos individuais ou direitos de liberdade) e os direitos sociais, na medida em que os direitos fundamentais (ainda que não todos e não da mesma forma) expressam parcelas do conteúdo e dimensões do princípio da dignidade humana (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 556).

Piovesan (2010, p. 34) considera que a Carta Política da década de 1990 foi a primeira em âmbito nacional a inserir os direitos sociais na declaração de direitos de modo tão expressivo, se comparada às constituições que lhe antecederam, onde as normas de cunho social, segundo ela, “encontravam-se dispersas no âmbito da ordem econômica e social, não constando do título dedicado aos direitos e garantias”.

Os direitos sociais e econômicos integram a Segunda Geração (ou Dimensão) de direitos fundamentais, cujo reconhecimento histórico aflorou a partir do século XX, através da Constituição Mexicana (1917) e, posteriormente, pela Constituição de Weimar, em 1919.

No campo doutrinário, o termo “gerações” tem sido alvo de críticas, dentre elas, de Sarlet (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 270), o qual entende que o reconhecimento sucessivo de novos direitos fundamentais traduz um processo cumulativo, com caráter de complementação e não de alternância, de modo que o emprego da expressão “gerações” poderia induzir uma impressão equivocada consubstanciada na ideia de substituição paulatina de uma geração por outra, o que efetivamente não ocorre, fato que leva o jurista a preferir o termo “dimensões” de direitos fundamentais.

Diferente dos direitos civis e políticos (de Primeira Geração e/ou Dimensão) - que impõem “o afastamento do Estado em relação ao indivíduo, para lhe garantir um espaço livre à autonomia privada” -, os direitos de 2ª Dimensão reclamam uma prestação, uma atuação positiva por parte do Estado, através da aplicação de verbas orçamentárias disponíveis no Erário para sua efetivação (AUAD, 2008, p. 342).

Compõem o rol dos direitos sociais “os direitos trabalhistas, previdenciários, de amparo à saúde, à maternidade e o direito à educação” (AUAD, 2008, p. 342-343), entre outros insculpidos ao longo dos artigos 6º e 7º da Constituição Federal.

Nessa perspectiva, Auad (2008, p. 343) comenta que

os direitos sociais apontam o reconhecimento, pelos diplomas constitucionais, de que não basta o Estado garantir liberdade aos seus cidadãos, pois esta não se consolida sem a garantia de um mínimo de dignidade social.

Torres (2010, p. 64) leciona que no atual contexto democrático, os direitos sociais podem ser compreendidos a partir de premissas básicas:

- a) Todos os direitos sociais são direitos fundamentais sociais;
- b) Os direitos sociais são plenamente justiciáveis, independente da intermediação do legislador;
- c) Os direitos fundamentais sociais são interpretados de acordo com *princípios de interpretação constitucional*, tais como os da máxima efetividade, concordância prática e unidade da ordem jurídica.

No intuito de salvaguardar tais direitos, o diploma constitucional brasileiro assegura a aplicabilidade imediata das normas de direitos e garantias fundamentais, conforme se depreende do artigo 5º, parágrafo 1º, o qual dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br).

Apesar de eventuais divergências, doutrina e jurisprudência convergem no sentido de que o comando de aplicação imediata abrange todas as normas de direitos fundamentais previstas na constituição, ainda que situadas em pontos distintos do texto legal, haja vista a expressão contida no dispositivo acima destacado fazer “referência às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais e não apenas aos direitos individuais constantes do art. 5.º”, não oferecendo qualquer distinção escrita quanto aos direitos que abarca, quer sejam os de liberdade e/ou os direitos sociais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 325-326).

Entretanto, ainda que os direitos fundamentais gozem de eficácia plena e de aplicabilidade direta, os mesmos estão sujeitos à regulamentação, como também eventuais limitações e restrições. Nessa linha, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013, p. 327) leciona que

a aplicabilidade imediata não significa em hipótese alguma irrelevância da legislação infraconstitucional, que, aliás, dá vida e concretude aos direitos fundamentais, mas sim [...], que a ausência eventual de lei não pode servir de obstáculo absoluto a aplicação da norma de direito fundamental e da extração de efeitos úteis, cuja extensão, sobretudo no que diz com a

dedução de posições subjetivas, irá depender de qual é o direito em causa e de seus limites fáticos e jurídicos.

A partir de tal postulado, subentende-se que a disposição constitucional a respeito do direito à saúde e sua aplicabilidade imediata não possuem o condão de afastar eventual legislação infraconstitucional que, na maioria das vezes, encarrega-se de concretizá-lo e/ou implementá-lo. Entretanto, a ausência de legislação ordinária não obsta a aplicação da norma fundamental, tampouco impede que ela venha a gerar efeitos.

Na qualidade de direito fundamental social, a saúde vem, ao longo das décadas, apresentando uma evolução gradativa, em consonância com o momento histórico em que se encontra. Essa concepção, por seu turno, nos direciona a uma análise histórica do direito sanitário - ainda que concisa, diga-se -, a fim de assimilar os avanços de tal garantia ao longo dos anos.

2.2 Abordagem histórica da constitucionalização do direito à saúde enquanto direito social

Não é novidade que a Constituinte de 1988 tenha inovado muitíssimo ao incorporar o direito à saúde ao seu corpo legal (tanto no rol dos direitos sociais quanto no capítulo da Seguridade Social), entretanto, cabe pontuar que o aludido direito social já se fazia presente em outros textos constitucionais muito antes do direito pátrio incorporá-lo na ordem constitucional, a exemplo da Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição da República de Weimar de 1919.

Para tanto, mostra-se oportuna uma breve digressão histórica sobre a constitucionalização dos direitos sociais, com enfoque em 03 (três) legislações constitucionais específicas que contemplavam o direito à saúde. Frisa-se, contudo, que este trabalho de monografia não busca exaurir todas as referências históricas voltadas ao assunto, mas sim, sinalar aspectos que contribuíram para a evolução do direito à saúde enquanto garantia indispensável à dignidade do ser humano.

2.2.1 Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos (1917)

A Constituição Mexicana foi promulgada em 05 de fevereiro de 1917 pela Assembleia Constituinte, a qual se reuniu na cidade de Querétaro entre os dias 1º de dezembro de 1916 e 31 de janeiro de 1917 (ANDRADE, 2021, p. 390). Todavia, há quem diga que a nova Carta Política tenha sido promulgada em 31 de janeiro de 1917, entrando em vigor apenas em 01º de maio de 1917 (PINHEIRO, 2006, p. 107, 110).

Convocada por Venustiano Carranza, Primeiro-Chefe do Exército Constitucionalista, a Assembleia Constituinte ficou encarregada de formular a nova Carta Política, que acabou substituindo a Constituição do México de 1857 (ANDRADE, 2021, p. 390).

O México é considerado o berço do constitucionalismo social, “cujo primeiro momento de institucionalização em termos formais ocorreu com a Carta de 1917” (BONAVIDES, 2017, p. 58).

Conforme Bonavides (2017, p. 58), os direitos sociais passaram a ter tratamento normativo a partir do texto mexicano, podendo ser encontrados nos artigos 3º, 4º, 5º, 25 a 28 e 123, respectivamente. Nesse liame, não há que se omitir o direito à saúde, que restou incumbido à Federação e das entidades federativas (PINHEIRO, 2006, p. 111).

Segundo Comparato (www.dhnet.org.br), a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos de 1917 sofreu fortes influências ideológicas da doutrina anarcossindicalista, difundida no século XIX em toda a Europa, especialmente na Rússia, na Espanha e na Itália.

Anos antes, em 1906, o grupo *Regeneración* - composto por jovens intelectuais antagônicos à ditadura de Porfirio Díaz -, sob a liderança de Ricardo Flores Magón, lançou clandestinamente um manifesto de grande repercussão, contendo algumas propostas que se tornariam balizas para o texto constitucional de 1917, entre elas: a) vedação de reeleição do Presidente da República (naquela ocasião, Porfirio Díaz governava em razão de reeleições sucessivas, compreendidas no período de 1876 a 1911); b) garantias para as liberdades individuais e políticas c) quebra do poderio da Igreja Católica; d) expansão do sistema de educação pública; e) reforma agrária; f) proteção do trabalho assalariado (COMPARATO, www.dhnet.org.br).

Entretanto, a modificação dos ideais abarcados no manifesto em normas constitucionais produziu

um efeito político exatamente contrário ao objetivo visado, pela primeira vez, na movimentada história do caudilhismo mexicano, criou-se uma sólida estrutura estatal, independente da figura do chefe de Estado, ainda que a Constituição o tenha dotado de poderes incomensuravelmente maiores do que o texto constitucional norte-americano atribuiu ao presidente da república. O ideário anarquista de destruição de todos os centros de poder engendrou contraditoriamente, a partir da fundação do Partido Revolucionário Institucional em 1929, uma estrutura monocrática nacional em substituição à multiplicidade de caudilhos locais. (COMPARATO, www.dhnet.org.br).

No que se refere à importância histórica da Carta Política mexicana de 1917, a mesma é tida como a primeira a conferir aos direitos trabalhistas o atributo de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (arts. 5º e 123), como também responsável pela “desmercantilização do trabalho, própria do sistema capitalista, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria qualquer sujeita a lei da oferta e da procura no mercado” (COMPARATO, www.dhnet.org.br).

Ademais, a Constituição mexicana, além de deslegitimar a prática da exploração mercantil do trabalho (sob o pretexto abusivo da liberdade de contratar), reforçou profundamente

o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidentes de trabalho e lançou, de modo geral, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito (COMPARATO, www.dhnet.org.br).

Entretanto, as inovações constitucionais instituídas em 1917 não perduraram por muito tempo, bastando dois anos para que a Constituição passasse a ser ignorada pelo Governo, fazendo o país prosseguir em guerra civil até 1920 (PINHEIRO, 2006, p. 109). Enquanto a situação político-social posta perdurava na América central, o continente europeu, em especial a Alemanha, enfrentava um “período de profundas perturbações sociais”, ambiente no qual veio à luz a Constituição de Weimar, em 1919 (PINHEIRO, 2006, p. 113).

2.2.2 Constituição da República de Weimar (1919)

A Constituição de Weimar, responsável por instituir a Primeira República alemã, foi promulgada 11 de agosto de 1919, como resultado da Pós-Primeira Guerra Mundial, num período de grande instabilidade política e interna ocasionadas pela derrota da Alemanha na guerra e a imposição de severas penalidades por parte das nações vitoriosas através do Tratado de Versalhes (AUAD, 2008, p.337-338).

Segundo Sarlet, citado por Rodas (2019, www.conjur.com.br), a Constituição germânica de 1919 consiste num “desdobramento da obra de autores de Direito Público como Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt e Erich Kauffmann [...]”, como também “de intelectuais como Thomas e Heinrich Mann, Franz Kafka, Fritz Lang, Paul Klee, Stefan Zweig e Sigmund Freud”.

Didaticamente, o texto constitucional de Weimar se encontra esquematizado em dois blocos, basicamente. O primeiro dispõe sobre a estrutura administrativa do “Reich” e dos Poderes do Estado, enquanto que o segundo prevê os direitos e as obrigações dos cidadãos alemães, “dentre os quais os de natureza social, como, por exemplo, a educação, a saúde, a proteção à infância e à maternidade e a dignidade da relação trabalhista” (AUAD, 2008, p.338-339).

No modelo de Weimar, coube ao Estado à responsabilidade pela efetivação dos direitos sociais (bem como pela disponibilização de serviços públicos que resguardem a dignidade do ser humano), com possibilidade de cobrança institucional, haja vista a natureza constitucional da matéria, disposição um tanto ousada, se comparada ao momento histórico que permeia a Constituição em comento (AUAD, 2008, p. 339-341).

Ao passo que o Estado é chamado para, além de assegurar a liberdade dos cidadãos, desempenhar o compromisso de proteger os indivíduos, torna-se evidente o que vem a se chamar “função social do Estado contemporâneo” (RODAS, 2019, www.conjur.com.br).

Contudo, Rodas (2019, www.conjur.com.br) esclarece que Carta Política alemã não tornou os direitos fundamentais e/ou sociais exigíveis em juízo, em razão da amplitude de suas formulações. Segundo ele, muitas das garantias previstas no corpo da constituição foram desrespeitadas – especialmente após a edição da Lei Habilitante em 1933, pelo chanceler Adolf Hitler. Tal norma foi um permissivo para

que o governo da Alemanha suprimisse direitos, possibilitando a criação da ditadura nazista (RODAS, 2019, www.conjur.com.br).

Não bastasse, o autor menciona que o Diploma alemão acabou prevendo os direitos sociais, todavia deixou de garanti-los,

[...] pelo menos não ao nível de uma efetividade decorrente da afirmação da supremacia da constituição, mas sim, de uma legislação social que tinha sua origem já no final do século XIX e que atravessou combatida e esvaziada de efetividade pela aguda crise econômica, o período de vigência da Constituição de 1919 (RODAS, 2019, www.conjur.com.br).

Tal omissão só foi corrigida trinta anos depois, na ocasião da promulgação da Lei Fundamental de Bonn, em 1949, que passou a contemplar um “catálogo reforçado de direitos de liberdade e garantias processuais e uma cláusula geral de socialidade a ser concretizada mediante políticas públicas”, os quais foram dotados, nos termos do artigo 1º, inciso III da referida Lei, que de eficácia direta e imediata, sendo exigíveis perante o Judiciário (RODAS, 2019, www.conjur.com.br).

A despeito da Constituição de Weimar ter vigorado por curto lapso temporal, a mesma representa “um marco para o reconhecimento histórico dos direitos sociais como direitos fundamentais e complementares aos direitos civis e políticos”, pois a partir dela se verifica “um amadurecimento intelectual em relação à conscientização de que o bem-estar social é condição essencial que pressupõe a conquista dos demais direitos” (AUAD, 2008, p.340).

Rodas (2019, www.conjur.com.br) ressalta que a *Weimarer Verfassung* atribuiu uma finalidade ao Estado, “não se limitando a apenas dizer “o que é” ou “quais são os limites” do Estado”, inaugurando, desse modo,

junto com a do México, de 1917, aquilo que se chamou de constitucionalismo social, colocando o Estado como promovedor de políticas públicas. Do velho Estado regulador passamos para o Estado promovedor. Com Hermann Heller, podemos dizer que ela inaugura a noção de Constituição como norma. Daí Heller falar em força normativa da Constituição, mencionando, em sua ‘Teoria do Estado’, a ‘Constituição formada por normas’, destacando sua ‘função diretora e preceptiva’. (RODAS, 2019, www.conjur.com.br).

No que concerne às disposições da segunda parte da Constituição alemã, o legislador constitucional prevê de modo exemplificativo,

que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (art. 109). Dedicou o segundo capítulo para a “vida em comunidade”, no qual elege a família como núcleo central da sociedade alemã, e a ela destina proteção especial. Afirma que as famílias grandes têm direito à proteção social do Estado e a legislação deve criar condições de igualdade para o desenvolvimento físico, espiritual e social de crianças nascidas fora do casamento, que a juventude deve ser protegida contra a exploração, contra desvios morais e espirituais, bem como contra a negligência. No mesmo capítulo, trata do direito ao trabalho digno, com ênfase ao serviço público, resguardando o direito de pensionistas e dependentes. No terceiro capítulo, garante a liberdade religiosa e a liberdade de consciência. No capítulo quarto, o qual trata da educação, determina que o Estado deve provê-la por meio de instituições públicas e que a escolarização é obrigatória e gratuita a partir dos 8 anos de idade até que o indivíduo complete 18 anos.⁸ Em relação à economia, prevista no capítulo cinco, dispõe que deve ser organizada com base nos princípios da justiça e com o objetivo de garantir dignidade a todas as pessoas, protege o direito de propriedade, mas afirma que pode ser limitado pela lei. No art. 145, permite a nacionalização de empresas por meio de regras para a expropriação e mediante justa indenização. Prevê, no art. 158, que o Reich deve proteger a criação intelectual, o direito de autor, de inventores e de artistas. Permite a organização sindical, estabelece um sistema de previdência social e, no art. 165, permite que os trabalhadores participem do planejamento da economia por meio de Conselhos. (AUAD, 2008, p.341).

Mostra-se notório, desse modo, o cuidado do legislador germânico ao prever um sistema de direitos sociais, o que denota a importância histórica desse Diploma para o reconhecimento dos direitos fundamentais de segunda geração/dimensão (AUAD, 2008, p. 341).

Como veremos adiante, tanto a Constituição alemã de 1919 como a Mexicana de 1917 influenciaram positivamente algumas constituições brasileiras, em especial a de 1934 e décadas depois, Constituição da República de 1988, vigente até os dias de hoje.

2.2.3 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934

Sob forte influência das primeiras constituições do Estado Social (da Constituição mexicana de 1917, da Constituição soviética de 1918, da Constituição alemã de Weimar de 1919, da Constituição austríaca de 1920, da Constituição espanhola de 1931), os direitos sociais e “as normas definidoras de fins e tarefas do Estado em matéria social” apenas foram incorporados na tradição constitucional brasileira com a promulgação da Constituição de 1934 (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 243 e 555), entre os quais se destacam:

[...] a inviolabilidade do direito à subsistência (art. 113, *caput*), bem como os direitos à assistência judiciária gratuita (n. 32), direitos ao trabalho e à assistência dos indigentes (n. 34), além de afirmar a existência digna como objetivo da ordem econômica (art. 115) e dispor sobre assistência social e saúde pública (art. 138), proteção à maternidade e à infância (art. 141) e o direito à educação (art. 149). (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 555).

Promulgada em 16 de julho de 1934, a referida Constituição se origina do movimento de 1930 e da Revolução Constitucionalista de 1932, tendo sido fortemente influenciada pelo corporativismo fascista, marca notável do período chamado de a Era Vargas (1930-1945), tendo sido responsável por introduzir o constitucionalismo social no Brasil (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 243).

No que alude ao direito à saúde propriamente dito, o mesmo encontra-se inserido no artigo 138 da Carta Política, efetivamente voltado para a questão da saúde pública com viés preventivo, visando conter a propagação de doenças, senão vejamos:

Art. 138. Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

[...]

f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis;

g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais.(BRASIL, 1934, www.planalto.gov.br, grifo nosso).

Em que pesem as inovações previstas nesse projeto constitucional, “especialmente em matéria de direitos sociais, praticamente não teve chance de se firmar na vida cotidiana política, social e econômica do Brasil”, visto que acabou sendo substituída de modo autoritário, pela Constituição “Polaca”, em 1937 (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 245).

Decorridas cinco décadas, o ordenamento jurídico brasileiro se viu radicalmente impactado com a promulgação da nova Carta Política, na ordem constitucional pátria, cuja vigência alcança à atualidade. É a partir da Constituição Federal de 1988 que a questão sanitária adquire nova conotação: supera a questão eminentemente político-sanitária e transforma-se em direito indispensável à dignidade humana e à própria vida/subsistência.

Ainda assim, o texto constitucional se encarregou de estabelecer as diretrizes elementares à materialização desse direito, cujas ações e serviços são de relevância

pública, inteligência do art. 197 da Constituição Federal (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br).

2.3 Legislações infraconstitucionais e a materialização do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro

Como outrora abordado, as normas de direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, forte nas disposições do artigo 5º, §1º, da Constituição Federal brasileira.

No caso do direito à saúde, o art. 196 da Constituição Federal prevê que o mesmo é dever do Estado (BARROS, 2006, p. 7), o qual deverá garanti-lo por meio de políticas sociais e econômicas com a finalidade de reduzir o “risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br).

Porém, a afirmativa retro não é absoluta, uma vez que a tarefa de garantir os direitos fundamentais é partilhada pelo Estado e por toda sociedade, a exemplo do que foi assentado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.435/RJ pelo Supremo Tribunal Federal (MAAS; LEAL, M.C.H., 2014, p. 1131).

Sobre a temática, o artigo 2º, da Lei nº 8.080/1990 evidencia o caráter fundamental do direito à saúde, bem como ventila o dever primário do Estado em garanti-lo, não excluindo o dever de outros agentes sociais, como as famílias, empresas e toda sociedade. Vejamos:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º **O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.** (BRASIL, 1990, www.planalto.gov.br, grifo nosso).

De todo modo, as Políticas Públicas em sentido amplo “se constituem em instrumento privilegiado de concretização e de efetivação dos direitos fundamentais sociais” (MAAS; LEAL, M.C.H., 2014, p. 1127-1128). Ainda assim, há diferença entre

os direitos fundamentais sociais e as políticas públicas de direitos fundamentais sociais: àquele detém um caráter individual, ao passo que esse apresenta uma dimensão coletiva (MAAS; LEAL, M.C.H., 2014, p. 1132).

Para tanto, a Constituição da República de 1988 lançou os fundamentos do Sistema Único de Saúde (SUS), o qual seria organizado sob certas diretrizes, que se encontram estatuídas no artigo 198, incisos I, II e III. São elas: 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 (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br).

Ademais, o artigo 200 da Carta Magna elenca algumas das competências do sistema único de saúde, o qual, todavia, não é exaustivo, conquanto há possibilidade de outras atribuições serem previstas em lei. Para fins didáticos, transcreve-se o aludido dispositivo constitucional:

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 e a inovação;
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. (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br).

Visando efetivar as determinações constitucionais em matéria de saúde, foi criado o Sistema Único de Saúde (SUS), instituído por meio da Lei nº 8.080, de 19/09/1990, que “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes” (BRASIL, 1990, www.planalto.gov.br). Tal sistema observa os seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

- II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;
- III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;
- IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;
- VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;
- VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;
- VIII - participação da comunidade;
- IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:
 - a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;
 - b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;
- X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;
- XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;
- XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência;
- XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.
- XIV – organização de atendimento público específico e especializado para mulheres e vítimas de violência doméstica em geral, que garanta, entre outros, atendimento, acompanhamento psicológico e cirurgias plásticas reparadoras, em conformidade com a Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013. (BRASIL, 1990, www.planalto.gov.br).

O Sistema Único de Saúde engloba ações e serviços públicos relacionados à saúde, sendo organizado de forma hierarquizada e descentralizada. O Ministério da Saúde, gestor federal do sistema, é “responsável por formular, normatizar, fiscalizar, monitorar e avaliar as políticas e ações, juntamente com o Conselho Nacional de Saúde” (SANTOS, 2018, p. 27-28).

Em âmbito estadual, tem-se a Secretaria Estadual de Saúde (SES), que auxilia na “formulação das políticas e ações de saúde, presta apoio aos municípios em articulação com o conselho estadual e participa da Comissão Intergestores Bipartite (CIB) para aprovar e implementar o plano estadual de saúde” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020, <https://www.gov.br>).

Por último, no contexto regional/local, vem a Secretaria Municipal de Saúde (SMS), incumbida de planejar, organizar, controlar, avaliar e executar “as ações e serviços de saúde em articulação com o conselho municipal e a esfera estadual para

aprovar e implantar o plano municipal de saúde” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020, <https://www.gov.br>).

Já os Conselhos de Saúde – com atuação nas esferas nacional, estadual e municipal -, são órgãos colegiados e operam na “formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020, <https://www.gov.br>).

Outros Conselhos e Comissões, de semelhante modo, integram o Sistema Único de Saúde, cada qual com atribuições específicas, possibilitando uma melhor gerência das políticas públicas efetivadas pelo Estado (SANTOS, 2018, p. 28). Dentre eles, assinala-se: a Comissão Intergestores Tripartite (CIT), a Comissão Intergestores Bipartite (CIB), o Conselho Nacional de Secretário da Saúde (Conass), o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems) e os Conselhos de Secretarias Municipais de Saúde (Cosems) (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020, <https://www.gov.br>).

Na mesma esteira, o Sistema único de Saúde (SUS) vem disciplinado na Lei nº 8.142 de 28/12/1990, que dispõe sobre “a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde”. (BRASIL, 1990, www.planalto.gov.br).

Em suma, denota-se a criação de uma estrutura normativa específica para o Sistema Único de Saúde, complementar à disposição constitucional sobre a temática (SANTOS, 2018, p. 28). Tal afirmação é corroborada por Marques (2012, p. 116-117,) que elenca os principais marcos normativos posteriores à Constituição de 1988, relacionados ao direito à saúde:

[...] 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.

A materialização do direito à saúde no ordenamento jurídico pátrio – a exemplo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que consagrou a saúde como direito fundamental social (artigo 6º, *caput*), integrante da seguridade social (artigos 196 a 200) – perpassa as Constituições Estaduais e as Leis Orgânicas dos Municípios, que se adaptam à legislação no âmbito estadual e municipal, na medida de suas competências (PORTAL EDUCAÇÃO, siteantigo.portaleducacao.com.br).

No Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, a Constituição Estadual inseriu a saúde no rol dos direitos que garantem a Segurança Social, cuja definição consta no Título VII, Seção I, notadamente no art. 190, *caput*, transcrito a seguir:

Art. 190. A Segurança Social é garantida por um conjunto de ações do Estado, dos Municípios e da sociedade, destinadas a tornar efetivos os direitos ao trabalho, à educação, à alimentação, à cultura, ao desporto, ao lazer, **à saúde**, à habitação e à assistência social, assegurados ao indivíduo pela Constituição Federal, guardadas as peculiaridades locais. (RIO GRANDE DO SUL, 1989, www2.al.rs.gov.br, grifo nosso).

A matéria de saúde vem disciplinada, especificamente, nos artigos 241 a 246 do Diploma Constitucional gaúcho. O parágrafo único do art. 241 assegura que o dever para com a saúde na esfera estadual, além do dever estatal garantido por adequadas políticas públicas sociais e econômicas, não exclui o dever do “indivíduo, da família e de instituições e empresas que produzam riscos ou danos à saúde do indivíduo ou da coletividade” (RIO GRANDE DO SUL, 1989, www.al2.rs.gov.br), conclamando toda coletividade a partilhar dessa responsabilidade.

Apesar da gama de dispositivos (infra)constitucionais que tratam sobre o direito à saúde, a realidade brasileira tem desnudado graves falhas do sistema, dentre elas, a “ineficiência do Poder Público em cumprir suas atribuições relativas ao direito à saúde” (SANTOS 2018, p. 33), circunstância que estimula a propositura de demandas judiciais individuais para sua efetivação, intensificando, conseqüentemente, o fenômeno da judicialização da saúde e seus impactos na sociedade.

3 O DIREITO À SAÚDE E SUA JUDICIALIZAÇÃO

Apresentadas algumas premissas doutrinárias e históricas sobre o direito à saúde, pretende-se a partir do presente capítulo analisar o fenômeno da judicialização da saúde sob a ótica do mínimo existencial, das dimensões individual e coletiva, das questões orçamentárias e da reserva do possível - estas últimas tão bem manuseadas pelos agentes públicos para se esquivar, não raras as ocasiões, da prestação material do direito à saúde.

Dos pontos já explanados, é possível aferir que “a Constituição Cidadã, Democrática, que amplia de forma significativa o catálogo dos direitos fundamentais”, tem permitido um amplo acesso à justiça, “apresentando um rol de ações que permitem o controle e a participação da sociedade nas tarefas públicas, como também em uma ampliação de competências do Poder Judiciário” (LEAL, M.C.H.; MAAS, 2020, p. 5-6), tornando o fenômeno uma “constante preocupação dos gestores do SUS, dos operadores do direito e da Administração Pública como um todo” (LEAL, M.C.H.; MAAS, 2020, p. 39).

3.1 A judicialização da saúde: aspectos introdutórios

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988 alçou o direito à saúde ao *status* de garantia fundamental social, “outorgando-lhe, de tal sorte, uma proteção jurídica diferenciada no âmbito da ordem jurídico-constitucional pátrio” (SARLET, 2002, p. 336), porquanto integrante do rol de direitos sociais do art. 6º da Carta Magna.

Em que pesem os avanços implementados pelo texto constitucional no que tange ao direito da saúde, notório é que, no decorrer das últimas décadas, houve um crescimento exponencial no número de ações ajuizadas perante o Poder Judiciário no intuito de ver alcançada “a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde” (BARROSO, 2007, www.mpdfp.mp.br).

Nessa lógica, milhares de demandas voltadas à prestação de medicamentos, tratamentos, procedimentos cirúrgicos, entre outros, são protocoladas anualmente, evidenciando, assim, a sensibilidade da temática, posto que o julgador se deflagra com a complexidade das ações, em razão de suas questões técnicas, como

também, o custo elevado e os impactos financeiros que tais “decisões repercutem no planejamento orçamentário e, portanto, na esfera de deliberação política dos Poderes Públicos” (MAAS; LEAL, M.C.H., 2018, p. 51).

Contudo, a propositura de demandas individuais visando à obtenção de pronunciamento jurisdicional quanto à matéria tem-se mostrado um tanto preocupante, suscitando, por vezes, críticas. Barroso (2007, www.mpdft.mp.br) acredita que tais ações “põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos”, culminando em uma não realização prática da Constituição Federal, visto que a concessão de privilégios para alguns jurisdicionados em prejuízo da generalidade da cidadania (dependentes das políticas universais) acabaria por promover uma “microjustiça” ao invés de uma “macrojustiça” (MAAS; LEAL, M.C.H., 2018, p. 54).

Por outro lado, a problemática desencadeada pela judicialização da saúde é capaz de gerar uma

colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde *versus* o direito à vida e à saúde de outros [...] (BARROSO, 2007, www.mpdft.mp.br).

A discussão supramencionada põe sob questionamento a doutrina brasileira da efetividade, a qual tem por essência “tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa” (BARROSO, 2007, www.mpdft.mp.br). Tal doutrina parte da premissa de que as normas constitucionais, assim como as normais jurídicas em sentido amplo, são imperativas, os quais traduzem comandos, que, ao serem descumpridos e/ou violados – quer seja por ação ou omissão -, exigirão dos sistemas (infra)constitucionais a provisão de “meios para a tutela do direito ou bem jurídico afetados e restauração da ordem jurídica”, quais sejam, a ação e a jurisdição (BARROSO, 2007, www.mpdft.mp.br).

Quanto à imperatividade que reveste as normas constitucionais, esta torna os direitos – quer sejam políticos, individuais, sociais e difusos -, exigíveis de forma direta e imediata, tanto do Poder Público quanto de um particular, através de ações

constitucionais ou infraconstitucionais previstas no ordenamento jurídico pátrio, que, por sua vez, desembocam no Poder Judiciário, passando a deter um “papel ativo e decisivo na concretização da Constituição” (BARROSO, 2007, www.mpdft.mp.br).

Entretanto, a metodologia positivista difundida na doutrina da efetividade – fundada sobre a premissa de que “se está na Constituição é para ser cumprido” -, acabou cedendo lugar às novas formulações doutrinárias, de caráter pós-positivista, em face dos recentes fenômenos jurídicos, como, a título exemplificativo, eventual colisão de normas de cunho principiológico ou de direitos fundamentais, cuja resolução se dá por meio da ponderação (BARROSO, 2007, www.mpdft.mp.br).

Com o advento da Constituição de 1988, ainda, os direitos fundamentais passaram a ser contemplados sob a ótica do mínimo existencial que, segundo a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha,

afirma o conjunto de direitos fundamentais sem os quais a dignidade da pessoa humana é confiscada. E não há de se admitir ser esse princípio mito jurídico ou ilusão da civilização, mas dado constitucional de cumprimento incontornável, que encarece o valor de humanidade que todo ser humano ostenta desde o nascimento e que se impõe ao respeito de todos. (BRASIL, 2007, <https://jurisprudencia.stf.jus.br/>).

O ideal de “mínimo existencial” constitui o “núcleo dos direitos fundamentais, que, em razão de sua fundamentalidade para manutenção da vida, não poderia sofrer restrições, de modo a propiciar ao homem o exercício de uma vida com um mínimo de dignidade”, o qual, caso não seja respeitado, inviabilizará, certamente, a própria dignidade da pessoa humana (LEMONS; MAAS, 2012, p. 364-365).

Nesse diapasão, o mínimo existencial – o qual não pode ser confundido com o mínimo vital ou mínimo de sobrevivência (FIGUEIREDO; SARLET, 2008, revistadoutrina.trf4.jus.br) -, compreende as

condições mínimas para uma vida humana digna; em possuir cada pessoa as condições mínimas de sustento físico próprio, bem como as condições mínimas para que possa participar da vida social de seu Estado, relacionando-se com as pessoas que estão ao seu redor e que fazem parte da sociedade na qual vive (LEAL, R.G, 2009, p. 91).

A posteriori, retomaremos a temática quando analisarmos a questão da reserva do possível, alegação aventada pelo Poder Público para se esquivar, por vezes, da prestação dos direitos fundamentais.

3.2 As dimensões individuais e coletivas que permeiam o direito à saúde e sua judicialização

Consabido é que a consagração constitucional do direito fundamental à saúde, bem como a “positivação de uma série de outros direitos fundamentais sociais”, demonstra a evolução da Carta Política de 1988, a qual se vincula, em tais aspectos, ao “constitucionalismo de cunho democrático-social desenvolvido, sobretudo, a partir do pós-II Guerra” (FIGUEIREDO; SARLET, 2009, p. 3).

Nesse vértice, o ‘regime jurídico-constitucional’ do direito à saúde reconhece as interconexões existentes entre a proteção da saúde (nas esferas individual e coletiva) e os demais direitos e interesses abarcados pela Constituição pátria, uma vez que a “[...] salvaguarda do direito à saúde também se dá pela proteção conferida a outros bens fundamentais, com os quais apresenta zonas de convergência e mesmo de superposição (direitos e deveres) [...]”, dentre os quais podemos citar “[...] a vida, a dignidade da pessoa humana, o ambiente, a moradia, a privacidade, o trabalho, a propriedade, a seguridade social [...]” (FIGUEIREDO; SARLET, 2009, p. 2).

Logo, pode-se afirmar que a efetivação do direito à saúde

não incumbe de modo exclusivo ao “setor da saúde”, mas, diversamente, na medida em que compreendido como garantia de qualidade mínima de vida, depende da consecução de políticas públicas mais amplas, direcionadas à superação das desigualdades sociais e ao pleno desenvolvimento da personalidade, inclusive pelo compromisso com as futuras gerações [...]. (FIGUEIREDO; SARLET, 2009, p. 4).

Para melhor compreensão desse regime jurídico-constitucional, pertinente retomar o postulado da dupla fundamentalidade material e formal que reveste o direito sanitário, que também permeia os demais direitos e garantias fundamentais insculpidos no texto constitucional. A fundamentalidade material diz respeito à relevância do direito à saúde para a manutenção da vida e, conseqüentemente, para a fruição de todos os direitos e garantias inerentes à pessoa humana (SARLET, 2002, p. 336). Já a fundamentalidade formal provém da positivação do direito à saúde pelo constituinte de 1988. Sob tal enfoque, interessante observar que referido direito fundamental (assim como seus semelhantes) a) encontra-se posicionado no ápice de todo ordenamento jurídico – fato que o torna uma norma de superior

hierarquia axiológica -, b) por se tratar de norma constitucional escrita, subordina-se aos limites formais e materiais para reforma; e, por fim, c) possui aplicação direta, vinculando as entidades sociais e os particulares (FIGUEIREDO; SARLET, 2009, p. 5-6).

Para além de um direito, a saúde constitui um dever fundamental, expresso no art. 196 da CF, com a seguinte redação:

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

Tem-se, portanto, um típico direito-dever, onde o próprio direito fundamental dá origem ao(s) dever(es) que lhe(s) será(ão) conexo(s). Digno de nota é que o objeto dos deveres fundamentais, extraído do direito à saúde, se interrelaciona com as diversas formas de efetivação/concretização desse direito fundamental, das quais destaca-se duas: a dimensão defensiva e a dimensão prestacional *latu sensu*. Na primeira, está presente o dever para com a proteção da saúde, a qual pode se dar por intermédio de normas penais (como por exemplo, àquelas que versam sobre a proteção à vida, à integridade física, ao meio ambiente, à saúde pública), como também por normais de cunho administrativo, por vezes voltadas ao campo da vigilância sanitária (FIGUEIREDO; SARLET, 2009, p. 6). Quanto à segunda, trata-se do dever de promoção da saúde, o qual se concretiza

[...] pelas normas e políticas públicas de regulamentação e organização do SUS, especialmente no que concerne ao acesso ao sistema, à participação da sociedade na tomada de decisões e no controle das ações de saúde e ao incentivo à adesão aos programas de saúde pública [...]. (FIGUEIREDO; SARLET, 2009, p. 6).

O direito à saúde, na condição de direito de defesa e prestação, concomitantemente,

dependendo da função que assuma no caso concreto, pode ser reconduzido – assim como os direitos fundamentais de um modo geral e tal como já anunciado – a ambas as categorias, com reflexos relevantes em termos de eficácia e efetividade. Com efeito, na condição de direito de defesa, o direito à saúde assume a condição de um direito à proteção da saúde e, em primeira linha, resguarda o titular contra ingerências ou agressões que constituam interferências na e ameaças à sua saúde, sejam

oriundas do Estado, sejam providas de atores privados. Já como direito a prestações, o direito à saúde pressupõe a realização de atividades por parte do destinatário (o Estado ou mesmo particulares) que asseguram a fruição do direito. (FIGUEIREDO; SARLET, 2008, *revistadoutrina.trf4.jus.br*).

Percebe-se, desta feita, que deveres fundamentais relacionados ao direito da saúde podem gerar obrigações originárias (como, por exemplo, a aplicação mínima dos recursos em saúde ou as políticas públicas para implementação do SUS...), como também obrigações derivadas (as quais necessitam de lei infraconstitucional superveniente que as regule). Todavia, o fato de o Estado ser, precipuamente, o destinatário dos deveres fundamentais alusivos ao direito à saúde, “não afasta uma eficácia no âmbito privado, sobretudo em termos de obrigações derivadas” (FIGUEIREDO; SARLET, 2009, p. 6), em observância ao princípio da solidariedade, o qual chama toda a sociedade à responsabilidade pela concretização e proteção do direito à saúde coletivo e individual, também denominada responsabilidade compartilhada (*shared responsibility*) (CASAUX-LABRUNÉE, 2000; CANOTILHO, 2004 apud FIGUEIREDO; SARLET, 2009, p. 7).

Nesse viés, Sarlet (2002, p. 339) destaca que uma interpretação literal e restritiva do dispositivo constitucional supracitado não subsiste

quando se privilegia uma hermenêutica sistemática e hierarquizante, afinada, por sua vez, com os postulados da unidade da Constituição e da sua força normativa, também haverá se reconhecer que a saúde gera um correspondente dever de respeito e, eventualmente até mesmo de proteção e promoção para os particulares em geral, igualmente vinculados na condição de destinatários das normas de direitos fundamentais.

Sob esse prisma, a interpretação dos dispositivos constitucionais, especificamente quanto aos direitos e garantias fundamentais (individuais ou sociais) se apresenta um tanto complexa, dadas as múltiplas interfaces da discussão, todas com sua devida valoração.

3.3 O direito à saúde e sua relação intrínseca com questões orçamentárias dos Entes Federados

Já foi observado que a saúde - na qualidade de garantia fundamental revestida de eficácia e fundamentalidade -, consiste em um típico direito-dever, do qual

derivam obrigações conexas, quer sejam de dimensão defensiva ou dimensão prestacional *latu sensu* (FIGUEIREDO; SARLET, 2009, p. 6).

Todavia, não há que se falar em direitos fundamentais, bem como sua efetivação, sem adentrar, ainda que minimamente, na seara do “custo” financeiro que o mesmo representa aos Entes Públicos no que toca à sua implementação frente às demandas individuais ou coletivas. Cabe destacar, igualmente, que a circunstância monetária não resta adstrita “aos direitos sociais de cunho prestacional”, nem “nunca constituiu um elemento impeditivo da efetivação pela via jurisdicional” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, revistadoutrina.trf4.jus.br).

Desta feita, a efetivação das prestações relativas ao direito da saúde não se mostra possível sem o alocamento de recursos, sendo imprescindível uma análise da conjuntura econômica existente, haja vista que, em dados casos, vislumbra-se a imposição ao poder público, por parte dos “órgãos jurisdicionais [...] à satisfação das prestações reclamadas” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, revistadoutrina.trf4.jus.br).

Por sua vez, tal raciocínio traz à baila o postulado doutrinário a muito assentado de que

o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de tal sorte que a limitação dos recursos constitui, segundo alguns, em limite fático à efetivação desses direitos (BRUNNER, 1971; STARCK, 1976 apud SARLET; FIGUEIREDO, 2008, revistadoutrina.trf4.jus.br)

Ora, nessa concepção, parte da doutrina reconhece a capacidade limitada do Estado de dispor sobre o objeto dos direitos fundamentais sociais e sobre a forma em que será prestado, aspecto fático capaz de inviabilizar o comando irmanado da Constituição.

Por isso, a fim de assegurar à prestação dos direitos fundamentais, lança-se mão da construção teórica da “reserva do possível” (*Der Vorbehalt des Möglichen*), originada na Alemanha, em meados dos anos de 1970, segundo a qual “a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado”, visto serem “direitos fundamentais dependentes de prestações financeiras pelos cofres públicos” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, revistadoutrina.trf4.jus.br).

Desde então, se estabeleceu à associação do ideal supracitado a “real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado”, a ser concebida pelas decisões governamentais e parlamentares marcadas pela discricionariedade, sempre com enfoque no orçamento público (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, revistadoutrina.trf4.jus.br).

Quanto à reserva do possível, esta acabou sendo desenvolvida na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, quando da apreciação do caso *numerus clausus*, tido como paradigmático, que versava sobre o direito de acesso ao ensino superior. Naquela situação *sub judice*, firmou-se entendimento de que “a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”, logo, “mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”, cuja dinâmica depende da ponderação do legislador (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, revistadoutrina.trf4.jus.br), por conseguinte, presume-se que qualquer prestação que verse sobre o direito à saúde e que, porventura, se apresente irrazoável e/ou descompassado, pende à improcedência.

Ademais, pontua-se, sucintamente, sobre a dimensão tríplice que permeia a reserva do possível, compreendida pela:

- a) efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais;
- b) [...] disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo;
- c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, [...] envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, revistadoutrina.trf4.jus.br)

Desse modo, depreende-se a nítida vinculação dos aspectos supramencionados entre si, assim como para com os demais princípios constitucionais, tornando exigível, também, “um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado”, a fim de que “[...] na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais”, não sirvam de “barreira

intransponível”, mas sim como ferramenta para a “garantia dos direitos sociais de cunho prestacional” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, revistadoutrina.trf4.jus.br).

De outro vértice, na qualidade de espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, a reserva do possível

também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, revistadoutrina.trf4.jus.br).

A Carta Magna não estabelece, por ela própria, quais critérios serão empregados para solucionar o embate existente entre a “afetação material dos recursos” e sua aplicação, motivo pelo qual tal *decisum* acaba sendo delegada aos órgãos políticos (em especial, ao legislador), a fim de que tracem as linhas gerais das políticas no âmbito socioeconômico, considerando que, segundo Canotilho (1982, p. 369), “ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos econômicos e financeiros, das condições sociais e econômicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais”.

Não há se olvidar que, hodiernamente, o ordenamento jurídico pátrio enfrenta uma crise de efetividade dos direitos fundamentais, diretamente relacionada à disponibilidade de recursos para o atendimento das demandas através das políticas sociais. Tal contexto, por sua vez, tem exigido a tomada de decisões responsáveis no que concerne à destinação dos recursos, como também a busca pelo “aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, revistadoutrina.trf4.jus.br), tal qual o “próprio processo de administração das políticas públicas em geral, seja no plano da atuação do legislador, seja na esfera administrativa” (LEAL, R.G, 2006b, p. 57).

Outrossim, insta salientar que, por vezes, a reserva do possível tem sido manuseada como “argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, revistadoutrina.trf4.jus.br), justificativa que não subsiste se considerarmos que “cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos

indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, revistadoutrina.trf4.jus.br).

Sobre a temática, o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, quando da exposição de seu voto no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/Ceará, em 2010, ao se reportar à cláusula da “reserva do possível”, rememorou um de seus postulados doutrinários outrora empregados no julgamento, pelo STF, da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45 (BRASIL, 2004, www.stf.jus.br), asseverando que,

ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (BRASIL, 2010, p. 114)

Assim, a reserva do possível se torna, segundo Novais (2004), citado por Sarlet e Figueiredo (2008, revistadoutrina.trf4.jus.br), um verdadeiro “mandado de otimização dos direitos fundamentais”, com o escopo de impor ao Estado o “dever fundamental de, tanto quanto possível, promover as condições ótimas de efetivação da prestação estatal em causa”, visando a preservação dos níveis já alcançados - em observância ao princípio da proibição do retrocesso -, especialmente naquilo que alude à preservação do mínimo existencial (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, revistadoutrina.trf4.jus.br).

Desta feita, o direito à saúde, assim como os demais direitos fundamentais, é afetado, direta ou indiretamente, pela reserva do possível, independente da perspectiva em que o mesmo se manifeste (disponibilidade de recursos ou capacidade jurídica para sua disposição). Contudo, tal reserva não possui o condão de configurar óbice à garantia de um direito fundamental ao mínimo existencial (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, revistadoutrina.trf4.jus.br).

Em havendo embate entre o mínimo existencial e a reserva do possível, esta última

somente se aplicará ao mínimo existencial nos casos de escassez natural (pura) e quando o pleito for desproporcional/irrazoável diante das condições particulares do postulante. Em qualquer das hipóteses, a decisão deverá contar com dados concretos. Nos demais casos, não se justifica o acolhimento da alegação de reserva do possível (BOLESINA, 2013, p. 95).

Além da reserva do possível, outro princípio destaca-se no cenário posto: o princípio da proporcionalidade, o qual incidirá na dicotomia da proibição do excesso e da insuficiência, servindo de parâmetro indispensável ao “controle dos atos do poder público, inclusive dos órgãos jurisdicionais, igualmente vinculados pelo dever de proteção e efetivação dos direitos fundamentais” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, revistadoutrina.trf4.jus.br).

Na lição de Alexy (2000, p. 126), o princípio da proporcionalidade desdobra-se em 03 (três) aspectos primordiais: a) adequação; b) necessidade (ou exigibilidade); c) proporcionalidade em sentido estrito. A adequação consiste na identificação, por parte do intérprete, acerca do meio adequado para alcançar os objetivos propostos. Já a necessidade (também denominada como exigibilidade) significa que “o meio escolhido não deve exceder os limites indispensáveis à conservação dos fins desejados” (LEAL, R.G., 2006a, p. 35-36). E finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito define que o meio escolhido, frente ao caso concreto, “deve se mostrar como o mais vantajoso para a promoção do conjunto de valores, bens e interesses em jogo” (LEAL, R.G., 2006a, p. 35-36).

Desse modo, os agentes responsáveis por conferir efetividade aos direitos fundamentais, deverão se mostrar atentos a esses critérios parciais, assim:

[...] adequação (aptidão do meio no que diz com a consecução da finalidade almejada), necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e da proporcionalidade em sentido estrito (avaliação da equação custo-benefício – para alguns, da razoabilidade no que diz com a relação entre os meios e os fins), respeitando sempre o núcleo essencial do(s) direito(s) restringido(s), mas também não poderão, a pretexto de promover algum direito, desguarnecer a proteção de outro(s) no sentido de ficar aquém de um patamar minimamente eficiente de realização e de garantia do direito. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, revistadoutrina.trf4.jus.br)

Interligado com a reserva do possível, de mãos dadas com a distribuição das competências na esfera estatal atinentes aos deveres de prestação advindos dos direitos fundamentais, destaca-se o princípio da subsidiariedade, o qual vai além de sua operatividade tradicional, haja vista sua interconexão com o princípio da solidariedade, bem como com a dignidade da pessoa humana. Neuner (2005, p. 254-255) ensina que

[...] el principio de subsidiariedad contiene, según la acepción de *subsidium* y también según su trasfondo histórico-ideológico, un mandato «positivo» de ayuda. Al mismo tiempo, en su variante significativa «negativa», significa que el Estado tiene que observar la peculiaridad de las unidades sociales inferiores y no puede atraer para sí las competencias originarias de aquellas”.

Nesse norte, ainda no entendimento de Neuner (2005, p. 255), o princípio da subsidiariedade é capaz de assegurar, de forma simultânea, “[...] un espacio libre para una actuación autodeterminada, pero por otra parte también fundamenta una ‘primacía de la autorresponsabilidad’. Por ello, primariamente se remite al individuo a velar por sí y por su familia”.

Quanto aos princípios acima postos, não poder-se-ia omitir o princípio democrático, consubstanciado no art. 1º, *caput* e parágrafo único, da CF, o qual se expressa na ideia de soberania popular: “todo poder emana do povo” (BARROSO, 2007, www.mpdft.mp.br). Seguindo a lógica da Separação dos Poderes, tem-se que os representantes dos Poderes Executivo e Legislativo são eleitos pelo voto popular, competindo-lhes a “elaboração de leis, a alocação de recursos e a formulação e execução de políticas públicas, inclusive as de educação, saúde, segurança, etc.”, enquanto que os membros do Poder Judiciário “são recrutados por critérios técnicos e não eletivos” (BARROSO, 2007, www.mpdft.mp.br).

Entretanto, em existindo um desrespeito dos direitos fundamentais (fato que se contrapõe veementemente ao ideal de constitucionalismo), compete ao Judiciário entrar em cena, para “interpretar e dar aplicabilidade às normas, realizando, inclusive, o controle de constitucionalidade” (MAAS; LEAL, M.C.H., 2017, p. 154), preservar um “direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente” (BARROSO, 2007, www.mpdft.mp.br).

Nesse ponto, a doutrina tem detectado algumas modalidades de judicialização na esfera da saúde. Bergallo (2014), citado por Maas e Leal, M.C.H. (2017, p. 158-159) desenvolveu um estudo ímpar sobre o assunto, se deflagrou, basicamente, com 03 (três) modelos, quais seja: I) atomizadas; II) burocratizadoras; e, III) cooperativas.

A primeira modalidade caracteriza-se “pela ordem judicial de simples cobertura de planos, programas de saúde que se negam à assistência, nos casos de acesso ao tratamento contra o sistema contributivo, assistencial” (MAAS; LEAL, M.C.H., 2017, p. 158). Essa modalidade é tida como a mais recorrente nos tribunais superiores, ao passo que inclui “tanto as demandas buscando cobertura de alguns

tratamentos pelo serviço contratado (plano de saúde), como as ações que buscam a prestação de medicamentos e tratamentos que estão previstos nas listas protocolos do SUS” (MAAS; LEAL, M.C.H., 2017, p. 158).

Já a segunda modalidade é marcada pela inovação do Judiciário no mundo jurídico, gerando impactos diretos ou indiretos “frente ao sistema de saúde e frente ao Poder Legislativo, que devem regular essas novas assistências aos cidadãos, o que antes não era sua preocupação” (MAAS; LEAL, M.C.H., 2017, p. 159).

Por terceiro, temos a modalidade “cooperativa”, consubstanciada no “diálogo entre as partes e o Tribunal”, pressupondo “cooperação entre as partes para a solução dos litígios” (MAAS; LEAL, M.C.H., 2017, p. 159-160).

Por seu turno, Maas e Leal, M.C.H. (2017, p. 162-163), a partir de uma análise pormenorizada de aproximadamente 30 (trinta) processos judiciais em trâmite perante a Corte Constitucional brasileira, identificaram outras modalidades de judicialização, que se encontram descritas em seu artigo científico intitulado “Modalidades de judicialização da saúde: análise na jurisprudência do STF”. São elas: a) burocratizada e interventiva; b) concretizadora; c) politizada; e, d) secundária.

Superada tal premissa, tem-se, concomitantemente, que a atividade judicial deve

guardar parcimônia e, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes. Em suma: onde não há lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção (BARROSO, 2007, www.mpdfp.mp.br).

Leal e Maas, M.C.H. (2020, p. 22) lembram, inclusive, que uma das tarefas do Judiciário é propriamente a de julgar, ainda que a matéria *sub judice* seja de todo complexa. As autoras comentam que

sendo o Poder Judiciário provocado, deve julgar, não possui outra alternativa, não pode ele pedir para protocolar o pedido diversas vezes e apresentar obstáculos à resposta; uma vez provocado, deverá decidir, independente de tratar-se de um caso de roubo de abóboras, de galinhas ou de casos de bioética ou de crimes contra à humanidade, estas últimas que não constituem o cotidiano do juiz, mas como sobre ele decorrem as

características da jurisdição, como a indelegabilidade e inafastabilidade, não pode se abster (LEAL, M.C.H.;MAAS, 2020, p. 22).

De todo o exposto, incumbe ao Poder Judiciário “intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa” (BARROSO, 2007, www.mpdft.mp.br).

No que alude à atuação do Judiciário, inegável sua autolimitação funcional, que se vincula a sua legitimação para atuar na “efetivação [...] dos direitos fundamentais” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, revistadoutrina.trf4.jus). Contudo, a atuação dos órgãos jurisdicionais não apenas

não dispensa, como inclusive exige uma contribuição efetiva dos demais atores políticos e sociais, como é o caso do Ministério Público, das agências reguladoras, dos Tribunais de Contas, das organizações sociais de um modo geral, bem como dos cidadãos individualmente considerados, resulta evidente, mas nem sempre corresponde a uma prática institucional efetiva nesta seara. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, revistadoutrina.trf4.jus)

Dessa forma, não há que se falar em judicialização do direito à saúde sem perscrutar, ainda que sinteticamente, todos os tópicos aqui contemplados, considerando que a decisão judicial a ser prolatada no caso concreto deparar-se-á com todas as nuances ventiladas, sendo necessário, conforme Krell (1999, p. 249), o abandono de um modelo de interpretação constitucional formalista, o qual

dá absoluta prevalência às formas com base numa operação meramente lógica, isto é, aos conceitos jurídicos abstratos da norma legislativa com prejuízo da finalidade perseguida por esta, da realidade social que se encontra por trás das formas e dos conflitos de interesse que se deve dirimir.

Em que pese à necessidade de uma alteração interpretativa das normas, o fato é que a discussão judicial a ser travada em torno do direito fundamental da saúde não se furtará à análise dos postulados jurisprudenciais emitidos pelos Tribunais, dentre os quais se cita a seguinte ementa, proveniente do julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 11.183/PR, com relatoria do Ministro José Delgado, a qual dispõe:

CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA OBJETIVANDO O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO

(RILUZOL/RILUTEK) POR ENTE PÚBLICO À PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE: ESCLEROSE LATERAL AMIOTRÓFICA - ELA. PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA (ART. 5º, CAPUT, CF/88) E DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196, CF/88). ILEGALIDADE DA AUTORIDADE COATORA NA EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE FORMALIDADE BUROCRÁTICA.

1 - A existência, a validade, a eficácia e a efetividade da Democracia está na prática dos atos administrativos do Estado voltados para o homem. A eventual ausência de cumprimento de uma formalidade burocrática exigida não pode ser óbice suficiente para impedir a concessão da medida porque não retira, de forma alguma, a gravidade e a urgência da situação da recorrente: a busca para garantia do maior de todos os bens, que é a própria vida.

2 - É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, que é fundamental e está consagrado na Constituição da República nos artigos 6º e 196.

3 - Diante da negativa/omissão do Estado em prestar atendimento à população carente, que não possui meios para a compra de medicamentos necessários à sua sobrevivência, a jurisprudência vem se fortalecendo no sentido de emitir preceitos pelos quais os necessitados podem alcançar o benefício almejado (STF, AG nº 238.328/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 11/05/99; STJ, REsp nº 249.026/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 26/06/2000).

4 - Despicienda de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196, da CF/88, normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira, de que "a saúde é direito de todos e dever do Estado" (art. 196).

5 - Tendo em vista as particularidades do caso concreto, faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida.

6 - Não se pode apegar, de forma rígida, à letra fria da lei, e sim, considerá-la com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, mormente perante preceitos maiores insculpidos na Carta Magna garantidores do direito à saúde, à vida e à dignidade humana, devendo-se ressaltar o atendimento das necessidades básicas dos cidadãos.

7 - Recurso ordinário provido para o fim de compelir o ente público (Estado do Paraná) a fornecer o medicamento Riluzol (Rilutek) indicado para o tratamento da enfermidade da recorrente. (BRASIL, 2000, scon.stj.jus.br, grifo nosso)

Portanto, incumbe ao Poder Judiciário – nos limites do Estado constitucional democrático -, além de interpretar a Constituição e as leis, resguardar direitos e assegurar o respeito ao ordenamento jurídico. Aos magistrados e tribunais caberá a “construção do sentido das normas jurídicas, notadamente quando esteja em questão a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de princípios” (BARROSO, 2007, www.mpdft.mp.br).

No mesmo sentido, para a realização plena do direito à saúde, torna-se imprescindível o engajamento comunitário por parte do Estado, dos indivíduos, das

famílias, dos organismos, das empresas, a fim de possibilitar uma construção coletiva da saúde, sendo que a participação estatal deve ser ativa, “não no sentido de privatizar a saúde, mas de torná-la um *locus público*” (VIAL; KÖLLING, 2010, p.16-17).

Destarte, imperioso lembrar que, mais do que um simples dever do Estado, o direito à saúde vincula à responsabilidade, de igual modo, família, sociedade, sem omitir os indivíduos, visto que, do contrário, “sem solidariedade e reponsabilidade por parte de todos, poder público e comunidade, a saúde [...] não passará de [...] mera promessa insculpida no texto de nossa na Constituição” (SARLET, 2002, p. 352).

Muito embora a doutrina tenha sacramentado entendimento no tocante à responsabilidade solidária de todas as partes envolvidas em questões relacionadas à saúde, observa-se que o aumento excessivo de demandas judiciais dessa natureza tem resultado em decisões judiciais conflitantes, descompassadas, por vezes carentes de fundamentação adequada, originando verdadeiros imbróglios institucionais que ultrapassam os contornos meramente processuais. Essa realidade, por óbvio, tem chegado aos Tribunais Superiores, especialmente no Supremo Tribunal Federal, que se viu desafiado, em virtude do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (BOSA; MAAS, 2019, <https://online.unisc.br>), a se pronunciar nas demandas sanitárias e estabelecer parâmetros e critérios aplicáveis aos milhares de casos similares, conforme exposição seguinte.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como visto anteriormente, o direito à saúde, na qualidade de garantia fundamental indispensável à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial, irradia efeitos tanto na dimensão individual (do cidadão) quanto na dimensão social (da sociedade), estando previsto nos artigos 5º, 6º, *caput* e 196 do Diploma constitucional de 1988, respectivamente. Não bastasse, o mesmo possui aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, da Constituição da República).

Nesse contexto, constata-se uma “crise de efetividade dos direitos fundamentais” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, *revistadoutrina.trf4.jus.br*) que esbarra, na maioria das vezes, na ausência de recursos financeiros por parte dos Entes Federados para a implementação de políticas públicas de desenvolvimento e promoção da esfera sanitária, fato que tem ocasionado um aumento expressivo no número de ações individuais ajuizadas perante o Poder Judiciário, visando compungir União e/ou Estados e/ou Municípios a fornecerem medicamentos, próteses, órteses, insumos, realização de cirurgias, custeio de tratamentos diversos, entre outros, no intuito de ver atendido o direito constitucional à saúde em voga.

Tal cenário tem desencadeado um crescimento no número de processos judiciais relacionados à área da saúde. Conforme dados do Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2019, “o número de demandas judiciais relativas à saúde aumentou 130% entre 2008 e 2017”, sendo que os gastos com demandas judiciais, em 2016, atingiu a cifra de R\$1,6 bilhão (um bilhão e seiscentos milhões de reais), montante razoavelmente pequeno, se comparado com o orçamento público destinado à saúde, mas que representa parcela “substancial do valor disponível para alocação discricionária da autoridade pública, atingindo níveis suficientes para impactar a política de compra de medicamentos, um dos principais objetos das demandas judiciais” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 13).

Frente à complexidade dos casos relacionados à saúde e o frequente aumento do número de demandas judiciais que versam sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal tem sido chamado a se posicionar sobre questões de natureza constitucional ligadas ao direito sanitário, a exemplo do que ocorreu na Suspensão

de Tutela Antecipada nº 175/Ceará de 2010 e do Recurso Extraordinário nº 566.471/Rio Grande do Norte, cujo mérito restou apreciado recentemente, em 11 de março de 2020.

Postas tais premissas, passemos ao exame das ações judiciais supracitadas, no intuito de extrair os parâmetros judiciais nelas fixadas, para possibilitar futura análise conjunta e poder averiguar se os critérios utilizados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 175 foram mantidos ou modificados no Recurso Extraordinário (RE) 566.471.

4.1 Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE: um marco ao direito à saúde no Brasil

A decisão proferida no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 decorre da Audiência Pública da Saúde nº 4/2009, realizada nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009, por convocação do então Presidente da Excelsa Corte, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, o qual em seu despacho convocatório, datado de 05 de março de 2009, expôs as razões que justificavam a aprazamento da solenidade:

Considerando os diversos pedidos de Suspensão de Segurança, Suspensão de Liminar e Suspensão de Tutela Antecipada em tramite no âmbito desta Presidência, os quais objetivam suspender medidas cautelares que determinam o fornecimento das mais variadas prestações de saúde pelo Sistema único de Saúde - SUS (fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTI; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgias; custeio de tratamentos fora do domicílio e de tratamentos no exterior; entre outros); Considerando que tais decisões suscitam inúmeras alegações de lesão à ordem, à segurança, à economia e à saúde pública; Considerando a repercussão geral e o interesse relevante das questões suscitadas [...] (BRASIL, 2009, www.stf.jus.br).

Com a realização da Audiência Pública, objetivou-se esclarecer questões de cunho técnico, científico, administrativo, político, econômico e jurídico relativas às ações de prestação de saúde, tais como:

- 1) Responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde;
- 2) Obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública;

- 3) Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes;
- 4) Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS;
- 5) Obrigação do Estado de fornecer medicamento não licitado e não previsto nas listas do SUS;
- 6) Fraudes ao Sistema Único de Saúde. (BRASIL, 2009, www.stf.jus.br).

Ao todo, foram ouvidos em torno de “cinquenta especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde” (BRASIL, 2009, www.stf.jus.br), cujos esclarecimentos serviram de embasamento para o julgamento de processos de competência da Presidência que versavam sobre o direito à saúde, *in casu*, das Suspensões de Tutela Antecipada 175 e 178, que foram formuladas, respectivamente, “pela União e pelo município de Fortaleza para a suspensão de ato do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que determinou à União, ao Estado do Ceará e ao município de Fortaleza o fornecimento do medicamento denominado Zavesca (Miglustat), em favor de C.A.C.N.” (BRASIL, 2009, <http://www.stf.jus.br>).

No Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE, o Ministro Relator Gilmar Mendes, em 17 de março de 2010, decidiu sobre o fornecimento do medicamento Zavesca (miglustat), medicamento com registro na Anvisa, afirmando que, diante do conjunto probatório que lastreava o feito, aliado ao entendimento assentado pelo Supremo Tribunal Federal (MAAS; LEAL, M.C.H., 2018, p. 59-60), o argumento de que o “alto custo de um tratamento ou de um medicamento que tem registro na Anvisa não é suficiente para impedir o seu fornecimento pelo Poder Público” (BRASIL, 2010, p. 103).

O relator Ministro Gilmar Mendes buscou em seu voto “fixar alguns critérios e parâmetros a serem observados pelos Tribunais no julgamento de causas que envolvam a prestação do direito à saúde” (MAAS; LEAL, M.C.H., 2020, p. 46). Destacam-se, elementarmente, 03 (três): o primeiro faz alusão à existência (ou não) de política pública estatal que abarque a prestação de saúde postulada pelo demandante. Nessa linha de interpretação, em havendo política desenvolvida pelo Sistema Único de Saúde (SUS), não estaria o Poder Judiciário criando novas políticas públicas, apenas determinando seu cumprimento (BRASIL, 2010, p. 92). De outra banda, se a prestação de saúde almejada não estiver contida nas políticas

públicas disponibilizadas pelo SUS, há que se distinguir se a negatória de prestação decorre de a) omissão legislativa ou administrativa; b) decisão administrativa; ou, ainda, c) vedação legal à sua dispensação (BRASIL, 2010, p. 93), ocasião em a Administração Pública (através da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA) se vê impedida de fornecer medicamento que não possua registro na ANVISA. Todavia, o próprio Ministro Gilmar Mendes esclarece que essa última tese não é absoluta, haja vista a possibilidade excepcional de importação de medicamentos não registrados perante a referida agência reguladora (BRASIL, 2010, p. 94).

O segundo critério, a seu turno, refere-se à “existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS” (BRASIL, 2010, p. 94), do qual podem advir duas situações: a primeira consiste no fato de o SUS fornecer tratamento alternativo, porém não adequado a determinado paciente; a segunda, “que o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia” (BRASIL, 2010, p. 94). Das duas opções, o julgado prezou pela prevalência da primeira. Contudo, Maas e Leal, M.C.H. (2020, p. 46) frisam que o eminente Relator, novamente,

[...] aponta para a exceção, que o Poder Judiciário ou a própria administração poderão decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões, específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso.

Já o terceiro (e último) critério alude à alegação de inexistência de tratamento disponível na rede pública, fazendo-se necessária uma distinção entre os tratamentos experimentais (aqueles sem comprovação específica de sua eficácia), daqueles ainda não-testados pelo sistema público brasileiro (BRASIL, 2010, p. 96), mas já dispensados pelo setor privado (MAAS; LEAL, M.C.H., 2020, p. 46).

O Relator deixa claro que, em havendo omissão administrativa no tratamento de determinada patologia, esta poderá ser objeto de impugnação pela via judicial, quer seja por ações individuais ou coletivas, mediante ampla instrução processual/probatória (BRASIL, 2010, p. 97) “[...] de informações técnicas, para saber-se se tal tratamento é o mais adequado, possuindo, assim, uma complexidade

e uma dimensão fática que ultrapassa a alçada do direito” (MAAS; LEAL, M.C.H., 2020, p. 47).

Maas e Bosa (2020, p. 355) verificam que, para cada um dos critérios

foi prevista uma exceção, o que aponta para o fato de que, nas ações, envolvendo prestação à saúde, requerida de forma individual ou coletiva, havendo ou não política pública, estando ou não na lista, sendo ou não medicamento aprovado pela ANVISA, faz-se necessária uma significativa produção probatória de informações técnicas, para atestar se tal tratamento é o mais adequado, possuindo, assim, uma complexidade e uma dimensão fática que ultrapassa a alçada do direito.

Encerrada a votação, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, negou provimento ao recurso de agravo interposto pela União (BRASIL, 2010, p. 141).

Com o julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/Ceará, o Poder Judiciário nacional viu sua jurisprudência alavancar, porquanto a decisão comentada proporcionou um novo olhar sobre o direito à saúde, ao mesmo tempo em que forneceu subsídios consistentes às novas demandas relacionadas à saúde, como o Recurso Extraordinário 566.471/Rio Grande do Norte, cujo mérito foi analisado pelo Pleno da Excelsa Corte em meados de março de 2020.

4.2 O Recurso Extraordinário nº 566.471/RN e a fixação de critério(s) para o fornecimento de medicamento de alto custo não incluído em Políticas Nacionais ligadas ao direito à saúde

O Recurso Extraordinário nº 566.471/RN em trâmite no Supremo Tribunal Federal versa sobre o fornecimento de medicamentos de alto custo não integrantes da lista de dispensação do Sistema Único de Saúde, sendo processado sob o rito da repercussão geral (Tema 6). Protocolado em 08 de outubro de 2007, o processo foi distribuído, ficando a cargo do Ministro Marco Aurélio de Mello sua relatoria (SANTOS, 2018, p. 43-44).

No caso concreto, cuida-se de Recurso Extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Norte em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquele Estado, que negou acolhimento à apelação cível manejada pelo Estado nordestino, mantendo hígida a sentença de 1º grau que condenou o Ente Federado

a fornecer o fármaco Sildenafil 50mg - medicamento de alto custo (cerca de vinte mil reais por caixa), não integrante na lista de medicamentos do SUS - à apelada Carmelita Anunciada de Souza, portadora de miocardia isquêmica e hipertensão pulmonar arterial (SANTOS, 2018, p. 43-44).

O recorrente alegava, em síntese, a violação dos artigos 2º, 5º, 6º, 196 e 198, parágrafos 1º e 2º da Constituição da República. Ademais, sustentou a aplicação do princípio da reserva do possível e da legalidade orçamentária ao caso, destacando o prejuízo causado aos cofres públicos em razão do crescimento do número de demandas que tratam da matéria (BRASIL, 2007, p. 11). Asseverou, ainda, que “não podem os cidadãos exigir algo superior ao limite de pagamento do Estado”, e que o requerimento do autor-recorrido “está sujeito e condicionado à reserva do financeiramente possível” (BRASIL, 2007, p.11), a fim de evitar prejuízos que possam interferir nos investimentos em políticas públicas voltadas ao benefício da coletividade.

Ao cabo, sustentou o recorrente em sua fundamentação que a disponibilização de medicamentos ocorre

[...] 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. (BRASIL, 2007, p. 17-18).

A seu turno, o Estado do Rio Grande do Norte peticionou em 10 de novembro de 2015, postulando a extinção do processo sem resolução do mérito, sob o pretexto de perda superveniente do objeto do recurso, tendo em vista que “o medicamento pleiteado [...] foi incorporado pelo SUS ao Componente Especializado de Assistência Farmacêutica - CEAF, por meio da Portaria nº 2.981/2009” (BARROSO, 2016, p. 6), cujo pedido restou indeferido em 12 de novembro seguinte, considerando a necessidade de o Supremo Tribunal Federal pacificar a matéria (BRASIL, 2016, p. 5).

O recurso começou a ser julgado em 15 de setembro de 2016, ocasião em que o ministro-relator apresentou seu voto. Inauguralmente, Marco Aurélio ressaltou 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” (BRASIL, 2016, p. 4). Ademais, mostrou-se defensor da “máxima efetividade dos direitos sociais fundamentais, incluído o direito à saúde, particularmente se estiver em jogo a dimensão do mínimo existencial” (BRASIL, 2016, p. 4).

Sobre o mínimo existencial, lecionou que aquele “não possui positivação autônoma na Carta de 1988, podendo ser extraído de inúmeras normas constitucionais contidas nos artigos 1º, 3º, 5º e 6º”, visto se tratar de “direito implícito, na realidade pré-constitucional, pré-estatal, inerente à condição humana digna e fundamentado na liberdade” (BRASIL, 2016, p. 5).

De outro vértice, reconheceu a dimensão objetiva do direito à saúde, cujo desenvolvimento deve ser realizado por meio de políticas públicas, a cargo do Legislativo e do Executivo, não cabendo ao Poder Judiciário formulá-las, mas, em sendo necessário, “corrigir injustiças concretas” (BRASIL, 2016, p. 5-8).

O eminente julgador referiu não desconhecer a existência de políticas públicas direcionadas à saúde, tais como a Política Nacional de Medicamentos ou também o Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, nem tampouco o caráter subsidiário, excepcional, minimalista da atuação judicial frente aos casos não abrangidos pelas políticas públicas pertinentes. Todavia, frisou que diante de eventual transgressão ao mínimo existencial, independentemente do argumento utilizado, mostra-se plausível a intervenção judicial a fim de assegurar “efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 2016, p. 7-9).

Nesse viés, Santos (2018, p. 46-47) esquematiza os critérios postos pelo Relator para o fornecimento dos 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 irmãos), comprovada por meio da instrução da inicial com declarações dos familiares de que não podem custear o medicamento.

Após exposição dos fundamentos, votou no sentido de negar provimento ao recurso, propondo a seguinte tese sob a ótica da 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 (BRASIL, 2016, p. 19-20).

O julgamento do recurso teve prosseguimento no dia 28 de setembro de 2016. Abertos os trabalhos, o Ministro relator Marco Aurélio aditou seu voto anteriormente proferido, trazendo um novo texto para análise pelo Plenário, o qual segue transcrito:

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, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e **da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo**, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil, **e assegurado o direito de regresso** (ROSENBAUM, 2016, www.rosenbaum.adv.br, grifo nosso).

Realizadas as adaptações necessárias, a solenidade prosseguiu com a exposição dos votos do a) Ministro Luís Roberto Barroso, que negou provimento ao Recurso; b) do Ministro Luiz Edson Fachin, que lhe deu parcial provimento e, c) pedido de vista do ex-Ministro Teori Zavascki, o que não se concretizou, em virtude de seu falecimento em meados de 2016, sendo sucedido pelo então Ministro Alexandre de Moraes.

Em seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso assentou entendimento no sentido de que o Estado não pode, via de regra, ser compelido a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, ainda que seja de custo elevado, em decorrência de demanda judicial, sob pena de colapso do sistema de saúde. Para tanto, Barroso justificou que “não há sistema [...] que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, devam ser oferecidos pelo Estado a todas as pessoas” (BARROSO, 2016, p. 2). Por consequência, afirmou ser necessário reduzir e racionalizar ao máximo o fenômeno da judicialização da saúde, prestigiando decisões proferidas por órgãos técnicos,

com o intuito de conferir “caráter excepcional à dispensação de medicamentos não incluídos na política pública” (BARROSO, 2016, p. 2).

O jurista também propôs 05 (cinco) requisitos cumulativos, bem como 01 (um) parâmetro procedimental, a serem observados pelo Judiciário quando do deferimento de certa prestação de saúde. São eles:

(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 (BARROSO, 2016, p. 30-31).

A seu turno, o Ministro Luís Edson Fachin deu parcial provimento ao recurso do Estado do Rio Grande do Norte, por entender pela necessidade de inclusão da União no polo passivo da demanda, em razão de sua responsabilidade financeira para com a disponibilização do componente medicamentoso, classificado como excepcional (CONJUR, www.conjur.com.br). Enfatizou a máxima de que “o direito à saúde é a todos assegurado na Constituição”, sendo incumbência do Estado “prover a saúde de todos e desta Suprema Corte assegurar que o Estado proveja saúde para todos” (CONJUR, www.conjur.com.br). Porém, Luís Edson Fachin (CONJUR, www.conjur.com.br) reforçou que o núcleo central da atuação estatal, em relação a fármacos, tratamentos e valores relacionados, consiste na “busca pela promoção de tratamentos e medicamentos universalizáveis” que possam, de modo prático e financeiro, ser estendidos a todos os indivíduos em situação semelhante daqueles que litigam perante o Poder Judiciário.

Partindo dessa premissa, esclareceu que o Judiciário é competente para reconhecer e atuar em eventuais falhas das políticas públicas, hipótese que não sobrepunha uma atuação cautelosa e responsável daquele, ante os casos de “dispensação ou realocação de recursos públicos”, que demandam escolhas políticas (CONJUR, www.conjur.com.br).

Além do mais, o Ministro elucidou como ocorre a classificação dos medicamentos nos três componentes (básico, estratégico e especializado):

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. (CONJUR, www.conjur.com.br).

Ou seja, os Estados são responsáveis pela dispensação dos fármacos do componente especializado 1A, 1B e 2; em contrapartida, aos Municípios compete o fornecimento dos demais componentes e os do grupo 3 do componente especializado, ainda que adquiridos pelos Estados ou pela União.

Por derradeiro, sugeriu alguns parâmetros probatórios para o fornecimento de medicamentos, em sentido amplo:

(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 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 (SANTOS, 2018, p. 52-53).

O Ministro Alexandre de Moraes, sucessor do extinto Ministro Teori Zavascky, divergiu em parte o voto do Relator. Assim, objetivando um denominador comum em relação aos votos proferidos anteriormente, firmou a tese *in verbis*:

Na hipótese de pleito judicial de medicamentos não previstos em listas oficiais e/ou Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT's), independentemente de seu alto custo, a tutela judicial será excepcional e exigirá previamente - inclusive da análise da tutela de urgência -, o cumprimento dos seguintes requisitos, para determinar o fornecimento ou ressarcimento pela União: (a) comprovação de hipossuficiência financeira

do requerente para o custeio; (b) existência de laudo médico comprovando a necessidade do medicamento, elaborado pelo perito de confiança do magistrado e fundamentado na medicina baseada em evidências; (c) certificação, pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC), tanto da inexistência de indeferimento da incorporação do medicamento pleiteado, quanto da inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (d) atestado emitido pelo CONITEC, que afirme a eficácia segurança e efetividade do medicamento para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde do requerente, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias. Atendidas essas exigências, não será necessária a análise do binômio custo-efetividade, por não se tratar de incorporação genérica do medicamento (MORAES, 2020, p.1-2).

A Ministra Rosa Weber também votou pelo desprovimento do recurso. Weber ressaltou que a obrigação do Estado em fornecer o medicamento deve se dar em caráter excepcional, mediante comprovação de alguns requisitos: “prévio requerimento administrativo; laudo médico da rede pública da imprescindibilidade do medicamento; indicação do remédio por órgão de controle; incapacidade financeira do autor e registro na Anvisa” (MIGALHAS, 2020, www.migalhas.com.br). De modo semelhante, a Ministra Cármen Lúcia também decidiu pela improcedência do recurso, acompanhando o entendimento exposto pela Ministra Rosa. Em contrapartida, o Ministro Dias Toffoli se declarou impedido de participar da votação, em razão de ter “atuado em processos do tema quando era advogado-geral da União”, enquanto que o Ministro Celso de Mello não participou do julgamento porquanto estava de licença médica em decorrência de uma cirurgia no quadril (FEMAMA, 2020, femama.org.br).

Na esteira dos votos pretéritos, o Ministro Ricardo Lewandowski também ventilou alguns requisitos pertinentes à demanda e demais ações correlatas, entre eles: a) a necessidade de confirmação quanto ao custo elevado do tratamento pleiteado; b) impossibilidade financeira do requerente e de sua família para seu custeio; c) comprovação da necessidade do medicamento/tratamento, através de laudo técnico oficial; d) comprovação de que o tratamento demandado não existe no SUS; e) prévio indeferimento administrativo; f) demonstração da ineficácia do medicamento disponibilizado por entidade governamental; g) demora irrazoável por agência reguladora Federal; e, h) determinação para que o paciente informe a evolução do tratamento (MIGALHAS, 2020, www.migalhas.com.br).

O Ministro Gilmar Mendes também negou provimento ao recurso em pauta. Ainda assim, trouxe à memória diversos postulados já enfrentados na ocasião do

juízo da Suspensão de Tutela Antecipada 175 em 2010, bem como a questão da judicialização do direito à saúde, fenômeno que, segundo ele, abarca as mais distintas espécies de prestações sanitárias, envolvendo todos os entes da Federação, implicando na “alocação ou realocação de recursos públicos”, sem mencionar que o evento “está relacionado a dramas pessoais, muitas vezes significando a cura ou a esperança de melhoras significativas na qualidade de vida das pessoas” (MENDES, 2020, p. 4).

O decano também explicou que questões sensíveis suscitadas na Suspensão de Tutela Antecipada supramencionada já reclamavam um olhar mais aprofundado quando do exame deste recurso extraordinário. Segundo Mendes, tal afirmativa encontra amparo em informações consolidadas pelo Conselho Nacional de Justiça, visto que há “mais de 35 mil processos sobrestados aguardando o mérito desta repercussão geral” (MENDES, 2020, p. 7).

Mendes também compartilhou sua principal preocupação com relação ao julgamento do Tema 6, da Repercussão Geral, do Supremo Tribunal Federal, que vem traçar linhas seguras para a uniformização da jurisprudência em matéria de saúde, assim como o aprimoramento do Sistema Único de Saúde, no que alude a sua eficácia e sustentabilidade (MENDES, 2020, p. 8).

Partindo dessa premissa, o ministro considera que os diversos temas de repercussão geral voltados à judicialização da saúde (por exemplo, Temas 793 e 500) devam ser apreciados conjuntamente, conseqüente ao disposto no artigo 196 do Diploma Constitucional. Conforme Mendes (2020, p. 12),

não é porque o tema 500 permite, excepcionalmente, decisão judicial que determine aquisição de medicamento sem registro na ANVISA que o Estado estará automaticamente obrigado a fornecê-lo. [...] Da mesma forma, o tema 793, que manteve a responsabilidade solidária dos entes, mas determinou que o juiz direcione o cumprimento da sentença conforme regras de repartição de competências e preveja o ressarcimento entre eles. Isso é importante, inclusive, para evitar gastos desnecessários e prestação jurisprudencial ineficiente.

O jurista se posicionou ser desfavorável à judicialização do direito à saúde no contexto das demandas individuais, a qual poderia se dar muito bem no plano das ações coletivas, visto que estimulariam o “diálogo institucional e à preservação da isonomia e do atendimento dos titulares de direitos em iguais condições” (MENDES, 2020, p. 17).

Mendes (2020, p. 17) detecta na “ausência de articulação conjunta dos diversos interessados para obtenção de uma tutela na área da saúde” uma das principais barreiras que impossibilitam a internalização de uma “cultura das pretensões coletivas” e, conseqüentemente, o aumento das demandas dessa estirpe.

Nessa celeuma, Mendes (2020, p. 16, 29) cogita alguns fatores que favoreçam a diminuição de processos relacionados à saúde, como:

[...] um conjunto de normas de organização e procedimento da própria Administração Pública, de forma a monitorar os novos pedidos, as possíveis fraudes, a necessidade de licitações para a diminuição de custos, a atualização dos protocolos e dos próprios procedimentos [...] Talvez novas políticas, como as que levaram ao surgimento dos medicamentos genéricos, à quebra de patentes para tratamentos de Aids, a mudanças de procedimentos possibilitadas por novas tecnologias, à constituição de comitês especiais e temporários para avaliar demandas específicas, identificadas, inclusive, a partir da judicialização etc. Também, é claro, a conjugação com outras políticas econômicas, como a tributação sobre medicamentos, a regulação da saúde suplementar, a interação entre os sistemas público e privado de saúde.

De igual modo, o jurista, na busca de soluções alternativas aos conflitos de saúde, defendeu a judicialização da saúde por meio de ações coletivas em detrimento das individuais; o estímulo pela efetivação do direito em voga na esfera administrativa, a partir do envolvimento do Ministério Público, das Defensorias Públicas e da Administração Pública, sem intervenção judicial; o elevado custo dos medicamentos no Brasil em comparação a outros países e a presunção de adequação dos preços à realidade mundial; a alteração da política tributária incidente sobre medicamentos no território brasileiro; a situação específica de medicamento(s) de alto custo não fornecido(s) pelo Sistema único de Saúde; e, a necessidade de conformação às políticas públicas do SUS, em observância aos princípios constitucionais do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde (MENDES, 2020, p. 14-28).

Mendes (2020, p. 29-30) concluiu seu voto reconhecendo, com fundamento no princípio da justiciabilidade, a possibilidade excepcional de o Judiciário

[...] vir a reconhecer o dever do Estado brasileiro para com determinado cidadão, mesmo que o medicamento/tratamento demandado ainda não tenha sido incorporado ao SUS, atendidas as condicionantes: prova documentada da necessidade do paciente; laudo pericial indicando a

eficiência do tratamento; inexistência de substituto terapêutico no SUS; incapacidade financeira do paciente.

Nos casos excepcionais, também como já manifestado na STA 175, entendo que é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças – peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde –, privilegiando, na medida do possível, as políticas públicas existentes e o acionamento prévio da Administração Pública, via pedido administrativo.

No que se refere à comprovação de hipossuficiência da parte requerente para o custeio de algum tipo de tratamento e/ou medicamento, Mendes entende que tal verificação deverá ser realizada pelo magistrado, com base nas provas existentes nos autos, “levando em consideração as condições de vida do autor da ação e os custos do tratamento almejado” (MENDES, 2020, p. 30).

Ao final, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, pela negatória de provimento ao Recurso Extraordinário 566.471/Rio Grande do Norte, sem, contudo, pacificar os parâmetros/critérios alusivos à repercussão geral.

À vista dos apontamentos jurídicos extraídos das decisões do Supremo Tribunal Federal, avança-se para o próximo tópico, que consiste na tentativa de comparação entre os parâmetros estabelecidos em ambos os julgados.

4.3 Análise comparativa dos parâmetros judiciais fixados pela STA nº 175/CE e o RE nº 566.471/RN

Cabe referir, de antemão, que o presente tópico se apresenta extremamente desafiador, tendo em vista a complexidade da matéria e de seus desdobramentos frente aos casos práticos submetidos à apreciação do Judiciário.

Ainda assim, mostra-se instigante tal proposição, para que seja possível aferir eventual atualização jurisprudencial em matéria sanitária, considerando o decurso do lapso temporal de dez anos entre as duas demandas.

Na ocasião do julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/Ceará, apreciado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em 17 de março de 2010, este firmou entendimento no sentido de que o alto custo de um tratamento ou de um medicamento com registro na Anvisa não possui o condão de afastar a obrigação do Poder Público em fornecê-lo.

Como analisado no subitem 4.1, tal normativa restou, em suma, fundamentada pelos seguintes critérios: i) existência, ou não de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada; ii) existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS; e, iii) inexistência de tratamento na rede pública (BRASIL, 2010, p. 92-96).

Naquele contexto, denota-se o esforço desenvolvido pelo Ministro Relator Gilmar Ferreira Mendes em definir critérios e/ou parâmetros a serem utilizados pelos tribunais no julgamento de processos relativos às prestações de saúde, visto que “a saúde constitui direito público subjetivo” (MAAS; LEAL, M.C.H., 2018, p. 54), cabendo ao Poder Público “custear medicamentos e tratamento de alto custo a portadores de doenças graves, devendo a Justiça agir quando o Poder Público deixa de formular políticas públicas ou deixa de adimpli-las, especialmente quando emanam da Constituição” (BRASIL, 2010, www.stf.jus.br).

Naquela ocasião, os resultados e informações técnicas obtidas com a Audiência Pública convocada em meados de março de 2009, não consubstanciaram apenas o *decisum* proferido na Suspensão de Tutela Antecipada 175, como também as Suspensões de Tutela Antecipada nºs 211 e 278, Suspensão de Segurança nºs 3.724, 2.944, 2.361, 3.345 e 3.355 e Suspensão Liminar nº 47 (MAAS; LEAL, M.C.H., 2017, p. 150).

Cotejando acuradamente os acórdãos, extrai-se que os critérios doravante adotados pelo Ministro Gilmar Mendes na Suspensão de Tutela Antecipada 175/Ceará foram por ele reproduzidos *ipsis literis* em seu voto no Recurso Extraordinário, de forma esquematizada (certamente para evitar tautologias):

1. (...) como regra geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente”; essa sistemática pressupõe, porém, a necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos.
- 2.2. (...) quando o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia (...) diferenciar (2.2.1) os tratamentos puramente experimentais dos (2.2.2) novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro.
- 2.2.1. Os tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia) são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas. (...) o Estado não pode ser condenado a fornecê-los. (...)
- 2.2.2. Quanto aos novos tratamentos (ainda não incorporados pelo SUS), é preciso que se tenha cuidado redobrado na apreciação da matéria. (...) a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao

princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas.

3. (...) independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, há a necessidade de adequada instrução das demandas de saúde, para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde (...).

O que se percebe, contudo, é que muito embora a decisão assentada na Suspensão de Tutela Antecipada 175/2009 tenha se mostrado inovadora no que diz respeito ao direito à saúde, Mendes (2020, p. 7) esclarece que alguns pontos nevrálgicos ora suscitados na Suspensão de Tutela já requeriam um olhar mais aprofundado no momento da apreciação do Tema 6 (recurso extraordinário), em função dos limites a que a própria Suspensão de Tutela se ateuve.

No tocante ao Recurso Extraordinário, vislumbra-se, primeiramente, o desprovimento majoritário do requerimento, ocasionado, em sua maioria, pela alteração fática consubstanciadora do feito, qual seja, a incorporação administrativa do medicamento de alto custo pleiteado à lista dos fármacos disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde.

De todos os critérios sugeridos pelos juristas, aqueles propostos pelo Ministro Luís Roberto Barroso são os que se mostram mais inovadores, se relacionados aos contidos na decisão da saúde. São eles: (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 (BARROSO, 2016, p. 30-31).

Tais postulados vieram acompanhados de 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 (BARROSO, 2016, p. 31).

Outra questão ligada ao Recurso Extraordinário nº 566.471 está no fato de a maioria dos ministros que votaram pelo desprovimento do recurso propuseram parâmetros diversos para a resolução do Tema 6 de repercussão geral, a exemplo do critério aventado pelo Ministro Relator Marco Aurélio, no tocante à demonstração da hipossuficiência financeira do demandante enfermo para custear medicamento, insumo ou tratamento por ele postulado e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas disposições constantes nos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil, como também assegurado o direito de regresso (ROSENBAUM, 2016, www.rosenbaum.adv.br).

Tais divergências procedimentais impossibilitam a consolidação de critérios uniformes que possam ser adotados pelos magistrados nas decisões judiciais que versem sobre o direito à saúde, como também a garantia de segurança jurídica para os litigantes (partes e Estado) (SANTOS, 2018, p. 57).

Face a todo o arcabouço doutrinário-jurisprudencial colacionado, pode-se afirmar que os critérios estipulados na decisão da saúde em 2010 vieram a ser reafirmados pelo Recurso Extraordinário nº 566.471/Rio Grande do Norte em 2020, sendo que o último se mostrou inovador no que tange à necessidade de verificação, no decorrer da marcha processual, da hipossuficiência econômica do postulante para custear o tratamento de saúde pleiteado.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou abordar a temática do direito à saúde enquanto direito fundamental social previsto no Diploma Constitucional brasileiro, sua relação com o fenômeno da judicialização da saúde, abordando a efetividade das políticas públicas sanitárias existentes (especificamente o Sistema Único de Saúde) e quais os precedentes jurisprudenciais assentados pelo Supremo Tribunal Federal quanto à matéria.

Como perscrutado, a Constituição da República de 1988, doravante denominada de Constituição Cidadã, elevou o direito à saúde ao *status* de direito constitucional fundamental social, indispensável à efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dotado de aplicabilidade imediata, posto estar inserindo no rol dos direitos e garantias fundamentais elencados nos artigos 5º e 6º. A seu turno, o artigo 196 do texto constitucional dispôs expressamente que a saúde é direito de todos e dever do Estado, que deverá garanti-lo através de políticas públicas sociais e econômicas, com a finalidade de reduzir os riscos de doença e de outros agravos, como também o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Dessa forma, verificou-se que a concretização/materialização do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro se dá por meio das políticas públicas, criadas pelo Poder Executivo no bojo de suas atribuições, dentre as quais se destaca o Sistema Único de Saúde (SUS) – considerado o maior e mais democrático programa de distribuição de renda do país -, criado pelo Constituinte de 1988, cuja implementação ocorreu pela Lei nº 8.080/1990, sendo organizado a partir de princípios e diretrizes próprios.

Desde então, tem-se detectado um crescimento do número de demandas judiciais que versam sobre o direito à saúde, especialmente a contar de 1988, ocasião em que cidadãos passaram a ingressar com ações judiciais perante o Poder Judiciário, postulando a efetivação do direito à saúde assegurado na Carta Magna, acentuando o fenômeno da judicialização da saúde, situação que levou magistrados a proferir decisões, compelindo o Executivo a fornecer medicamentos, tratamento, insumos, entre outros, desprovidas de fundamentação adequada e coerente, carregadas extremamente de sentimentalismo e forte apelo emocional.

Todavia, tais determinações esbarravam, não poucas vezes, em limites práticos, tais como o mínimo existencial à dignidade da pessoa humana, princípio da reserva do possível e demais assuntos de ordem econômica (especialmente orçamentária) que impactam diretamente o erário, levando à utilização de valores públicos para atender finalidades particulares, entre outras que embasam à discussão em apreço.

Concluiu-se, portanto, que a atuação judicial frente às demandas individuais quanto às coletivas relacionadas à saúde reclama a fixação e maior observância de critérios e parâmetros pelo Supremo Tribunal Federal (a exemplo daqueles fixados no Recurso Extraordinário 566.471/Rio Grande do Norte e na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/Ceará), que norteiem a atuação jurisdicional com o escopo de a) assegurar o direito à saúde garantido pela Constituição, enquanto direito fundamental do indivíduo, b) evitar a desorganização orçamentária dos Entes Federados, c) combater gastos exacerbados relacionados ao cumprimento de decisões judiciais, d) garantir princípios e diretrizes propostos para o Sistema Único de Saúde.

Ademais, constatou-se que os critérios fixados tanto na STA 175/CE em comparação aos do Recurso Extraordinário 566.471/RN buscam criar subsídios passíveis de aplicação em casos análogos ao direito à saúde, sendo que os parâmetros propostos no último recurso não se mostram pacificados, inobstante a formulação de inúmeras teses pelos julgadores, as quais até se complementavam diga-se, contudo, sem encontrar um denominador comum que obste a prolação de decisões conflitantes e nebulosas, carregadas de discricionariedade do julgador, desprovidas de bom senso e visão sistêmica do direito à saúde.

Portanto, a problemática inaugural carece ser respondida: houve mudanças no entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal com relação à decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 566.471/RN (2020) se comparada com aquela assentada na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE (2010)? A partir dos estudos doutrinários e das análises jurisprudenciais realizadas, conclui-se, a partir da comparação das decisões acima nominadas, a alteração/evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no tocante ao direito à saúde, dentre elas, a necessidade de demonstração da hipossuficiência financeira do requerente enfermo para o custeio de medicamento, insumo ou tratamento postulado e da falta

de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, resguardadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil, como também assegurado o direito de regresso, tese esta fixada em sede de repercussão geral.

Nesse escopo, impende ao Judiciário o dever de zelar pela regularidade das políticas públicas sanitárias existentes, atuando de modo cauteloso e minimalista (respeitando o princípio da separação dos poderes), no intuito de apontar eventual(is) insuficiência(s), que possam ocasionar a violação do direito fundamental social à saúde, imprescindível à sobrevivência e existência digna da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2000.

ANDRADE, Otávio Morato de. A Constituição Mexicana de 1917- Do Estado Liberal a proteção social. **Revista Direitos, Trabalho e Política Social**, Cuiabá, v. 7, n.12, jan./jun. 2021, p. 381-408. Disponível em: <https://periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/rdtps/issue/view/657>. Acesso em: 16 maio 2021.

AUAD, Denise. Os direitos sociais na Constituição de Weimar como paradigma do modelo de proteção social da atual Constituição Federal brasileira. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 103, p. 337-355, jan./dez. 2008. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67809/70417>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BARROS, Wellington Pacheco. **Elementos de Direito da Saúde**. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Portal Direito e saúde do MPDFT**, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <http://www.mpdft.mp.br/saude/index.php/judicializacao-da-saude/169-da-falta-de-efetividade-a-judicializacao-excessiva-direito-a-saude-fornecimento-gratuito-de-medicamentos-e-parametros-para-a-atuacao-judicial>. Acesso em: 23 out. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Medicamentos de alto custo. **Luís Roberto Barroso**, [s.l.], 01º de outubro de 2016, p. 01-31. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-versa%cc%83o-final.pdf>. Acesso em: 05 maio 2021.

BOLESINA, Iuri. **O mínimo existencial enquanto critério para o controle jurisdicional de políticas públicas: análise teórica e crítica de sua operacionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**. 2013. 179f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2013.

BONAVIDES, Paulo. O pioneirismo da Constituição do México de 1917. *In*: FIX-ZAMUDIO, Héctor; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **Influencia extranjera y transcendência internacional (derecho comparado)**. Ciudad de México: Secretaría de Cultura, INEHRM, Senado de la República, Universidad Nacional Autónoma de México, IJ, 2017. p. 57-67. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4430/34.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BOSA, Anderson Carlos; MAAS, Rosana Helena. Judicialização da saúde o fornecimento de medicamentos se registro na Anvisa: a padronização da jurisprudência e os conflitos entre os Tribunais Superiores. *In*: SEMINÁRIO

INTERNACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 16., MOSTRA INTERNACIONAL DE TRABALHOS CIENTÍFICOS, 12., 2019, Santa Cruz do Sul. **Anais eletrônicos...** Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2019. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/19562/119261227> 6. Acesso em: 06 jun. 2021.

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Brasília, DF: Presidência da República, [1934]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 01 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 12 abr. 2021.

BRASIL. **Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8142.htm. Acesso em: 12 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 11.183/Paraná**. CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA OBJETIVANDO O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO (RILUZOL/RILUTEK) POR ENTE PÚBLICO À PESSOA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE: ESCLEROSE LATERAL AMIOTRÓFICA - ELA. PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA (ART. 5º, CAPUT, CF/88) É DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196, CF/88). ILEGALIDADE DA AUTORIDADE COATORA NA EXIGÊNCIA DE CUMPRIMENTO DE FORMALIDADE BUROCRÁTICA. Recorrente: Carmen Lúcia Fernandes Miguel. Impetrado: Secretário de Saúde do Estado do Paraná. Recorrido: Estado do Paraná. Relator: Ministro José Delgado, 22 de agosto de 2000. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%28%22ROMS%22.CLAS.+E+%40NUM%3D%2211183%22%29+OU+%28%22RMS%22+ADJ+%2211183%22.SUCE.%29%29&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.649-6/DF**. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERMUNICIPAL E INTERNACIONAL DE PASSAGEIROS- ABRATI. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 8.899, DE 29 DE JUNHO DE 1994, QUE CONCEDE PASSE LIVRE ÀS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA.

ALEGAÇÃO DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA, DA ISONOMIA, DA LIVRE INICIATIVA E DO DIREITO DE PROPRIEDADE, ALÉM DE AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE FONTE DE CUSTEIO (ARTS. 1º, INC. IV, 5º, INC. XXII, E 170 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA): IMPROCEDÊNCIA. Requerente: ABRATI - Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal e Internacional de Passageiros. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 08 de maio de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>. Acesso em: 08 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento n. 564.035/São Paulo**. AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGATIVA DE VAGA EM ESCOLA MUNICIPAL DE ENSINO FUNDAMENTAL. ARTS. 208, INC. IV E 211, § 2º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, 30 de abril de 2007. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho32244/false>. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 Ceará**. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. AGRAVO REGIMENTAL. SAÚDE PÚBLICA. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO. AUDIÊNCIA PÚBLICA. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS. POLÍTICAS PÚBLICAS. JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE. SEPARAÇÃO DOS PODERES. PARÂMETROS PARA SOLUÇÃO JUDICIAL DOS CASOS CONCRETOS QUE ENVOLVEM DIREITO À SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO EM MATÉRIAS DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO: ZAVESCA (MIGLUSTAT). FÁRMACO REGISTRADO NA ANVISA. NÃO COMPROVAÇÃO DE GRAVE LESÃO À ORDEM, À ECONOMIA, À SAÚDE E À SEGURANÇA PÚBLICAS. POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE DANO INVERSO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. [...] Agravante: União. Agravado(s): Ministério Público Federal, Clarice Abreu de Castro Neves, Município de Fortaleza e Estado do Ceará. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 17 de março de 2010, p. 70-141. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45 MC/DF**. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA

INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUMENTAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). Arguinte: Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello, 24 de abril de 2004. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF\\$.SC LA.%20E%2045.NUME.%29&base=baseMonocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF$.SC LA.%20E%2045.NUME.%29&base=baseMonocraticas). Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública nº 4/2009**. Despacho de Convocação de Audiência Pública. Ministro: Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, DF, 5 de março de 2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Presidente do STF decide ação sobre fornecimento de remédios com subsídios da audiência pública sobre saúde. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, DF, 19 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=113461>. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Principal. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, DF, 12 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude#:~:text=A%20Audi%C3%Aancia%20P%C3%ABlica%2C%20convocada%20pelo,de%20sa%C3%BAde%2C%20nos%20dias%2027%2C>. Acesso em: 26 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 566.471/Rio Grande do Norte**. DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. IMPOSSIBILIDADE DE DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTO NÃO INCORPORADO NO SUS POR DECISÃO JUDICIAL, SALVO TSITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrida: Carmelita Anunciada de Souza. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 15 de setembro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>. Acesso em: 02 maio 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CARVALHO, Flávia Wanzeler. Judicialização do direito à saúde: aspectos relevantes da Audiência Pública n. 04/2009. **Jus**, [s. l.], junho/2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40164/judicializacao-do-direito-a-saude-aspectos-relevantes-da-audiencia-publica-n-04-2009>. Acesso em: 26 abr. 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. A Constituição Mexicana de 1917. **DHNet** [online]. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>. Acesso em: 31 mar. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **16ª Conferência Nacional de Saúde - Democracia e Saúde**. Relatório Nacional Consolidado. Conselho Nacional da Saúde: Brasília, 2019. Disponível

em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/16_conferencia_nacional_saude_relatorio_nacional_consolidado.pdf. Acesso em: 16 mar. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa. **Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, 2019. Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2021.

FACHIN, Edson. Resumo - Voto RE 566.471. **Revista Consultor Jurídico** [online]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/resumo-voto-fachin-re-566471.pdf>. Acesso em: 05 maio 2021.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE INSTITUIÇÕES FILANTRÓPICAS DE APOIO À SAÚDE DA MAMA (FEMAMA). Governo não pode ser obrigado a fornecer remédio de alto custo fora da lista do SUS, decide STF. **Femama**, [s.l.], 12 de março de 2020. Disponível em: https://www.femama.org.br/site/br/noticia/governo-nao-pode-ser-obrigado-a-fornecer-remedio-de-alto-custo-fora-da-lista-do-sus-decide-stf?gclid=Cj0KCQjwp86EBhD7ARIsAFkgakidHuwvAOLgDqP13NGkL6lppQF_YzESNDYWWE-e3rgyPphaVS24zqYaAoV-EALw_wcB. Acesso em: 06 maio 2021. 04 4

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Supremo Tribunal Federal**, Brasília, DF, 2009.

Disponível em:

https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf. Acesso em: 12 out. 2020.

KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços básicos: (uma visão comparativa).

Revista de informação legislativa, Brasília, v. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez.

1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/545/r144-17.PDF?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 12 out. 2020.

LEAL, Rogério Gesta. A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidades. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**,

Belo Horizonte, ano 6, n. 25, p. 25-40, jul./set. 2006a. DOI:

<http://dx.doi.org/10.21056/aec.v6i25>. Disponível em:

<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/424/426>. Acesso em: 12 out. 2020.

LEAL, Rogério Gesta. **Administração Pública e Sociedade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006b.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficácias dos direitos fundamentais sociais**: os desafios do poder judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

LEMOS, Maitê Damé Teixeira; MAAS, Rosana Helena. A concretização dos direitos fundamentais sociais através do controle jurisdicional das políticas públicas na ordem interna e internacional. *In: II SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE DIREITO: DIMENSÕES MATERIAIS E EFICACIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS*, Joaçara, SC, 2012, v. 1, n. 1, p. 359-375. **Anais eletrônicos...** Disponível em: <https://unoesc.emnuvens.com.br/simposiointernacionaldedireito/article/view/1591/1058>. Acesso em: 18 out. 2020.

MAAS, Rosana Helena; BOSA, Anderson Carlos. O fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa: uma análise frente aos critérios estabelecidos pelo STF. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, maio/ago. 2020. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Soc-Pol-Publicas_v.8_n.2.12.pdf. Acesso em: 01 jun. 2021.

MAAS, Rosana Helena; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A decisão da saúde pelo Supremo Tribunal Federal: uma análise dos parâmetros para judicialização da saúde. **Revista Direito Público**, Porto Alegre, v. 15, n. 82, p. 50-70, jul./ago. 2018. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2782>. Acesso em: 04 out. 2020.

MAAS, Rosana Helena; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Modalidades de judicialização da saúde: análise na jurisprudência do STF. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 149-167, jul./set. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i69.355. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/25975>. Acesso em: 11 mar. 2021.

MAAS, Rosana Helena; LEAL, Monia Clarissa Hennig. Políticas públicas de efetivação dos direitos fundamentais sociais: algumas estratégias. **Unoesc International Legal Seminar**, Autumn v. 3, n. 1, p. 1127-1140, nov. 2014. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/uils/article/view/4382>. Acesso em: 23 out. 2020.

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

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MENDES, Gilmar. Leia o voto de Gilmar Mendes sobre fornecimento de remédio e alto custo. **Revista Consultor Jurídico**, [s.l.], 14 de março de 2020, p. 1-30. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-gilmar-mendes.pdf>. Acesso em: 05 maio 2021.

MÉXICO. **Constituição do México 1917**. Queretáro: Assembleia Constituinte, 1917. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Constitui%C3%A7%C3%A3o_mexicana. Acesso em: 29 mar. 2021.

MICHAELIS. Saúde. **Uol [online]**. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/sa%C3%BAde>. Acesso em: 08 abr. 2021.

MIGALHAS. Estado deve fornecer remédio fora da lista do SUS em caso excepcional, decide Supremo. **Migalhas**, [s.l.], 12 de março de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/321544/estado-deve-fornecer-remedio-fora-da-lista-do-sus-em-caso-excepcional--decide-supremo>. Acesso em: 05 maio 2021.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Sistema Único de Saúde (SUS)**: estrutura, princípios e como funciona. Brasília: Ministério da Saúde, 24 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/saude-de-a-a-z-1/s/sistema-unico-de-saude-sus-estrutura-principios-e-como-funciona#:~:text=Estrutura%20do%20Sistema%20%C3%A9Anico%20de,ente%20em%20suas%20co%2Dresponsabilidades>. Acesso em: 30 maio 2021.

MORAES, Alexandre de. Voto. **Migalhas**, [s.l.], 21 de agosto de 2020, p. 1-2. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/8/C90259921B9F18_Alexandre.pdf. Acesso em: 05 maio 2021.

NAÇÕES UNIDAS. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS-WHO)-1946**. Secretaria-Geral das Nações Unidas: Nova Iorque, 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 01 abr. 2021.

NEUNER, Jörg. Los Derechos Humanos Sociales. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 9, p. 239-265, 2005. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1986385>. Acesso em: 15 mar. 2021.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais. **Senado Federal**, Brasília, a. 43, n. 169, p. 101-126, jan./mar. 2006. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92449/Pinheiro%20Maria.pdf?sequence=2>. Acesso em: 31 mar. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

PORTAL EDUCAÇÃO. Conceito de saúde. **Portal Educação [online]**, São Paulo. Disponível em: <https://siteantigo.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/enfermagem/conceito-de-saude/43939>. Acesso em: 12 abr. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. [Constituição (1989)]. **Constituição do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, RS: Assembleia Legislativa, [2020]. Disponível em: <http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=liPguzuGBtw%3d&tabid=3683&mid=5358>. Acesso em: 29 maio 2021.

RODAS, Sérgio. Constituição alemã de Weimar inovou ao estabelecer direitos sociais. **Revista Consultor Jurídico**, [s.l.], 06 ago. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-06/constituicao-weimar-inovou-estabelecer-direitos-sociais#:~:text=Inova%C3%A7%C3%B5es%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o,e%20o%20direito%20%C3%A0%20educa%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 06 abr. 2021.

ROSENBAUM. Lista de medicamentos de alto custo fornecidos pelo SUS – Suspensão do julgamento. **Rosenbaum**, [s.l.], 29 de setembro de 2016. Disponível em: <https://www.rosenbaum.adv.br/remedios-e-medicamentos-alto-custo/>. Acesso em: 06 maio 2021.

SANTOS, Marcella Lobo Arruda de Oliveira. Judicialização da saúde: o fornecimento de medicamentos de alto custo e a atuação do Poder Judiciário. **Unirio**, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://www.unirio.br/ccjp/arquivos/tcc/2018-1-tcc-marcella-lobo-arruda-de-oliveira-santos>. Acesso em 02 maio 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Revista de Ciências Jurídicas: Direito e Democracia**, Canoas, v. 3, n. 2, p. 333-354, 1º sem. 2002. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/index>. Acesso em: 12 out. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/e-dicao024/ingo_mariana.html. Acesso em: 12 out. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. **PHYSIS: Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, jan./abr. 2007, p. 29-41. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312007000100003&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 18 maio 2021.

SILVA, Michelle Emanuella de Assis. Direito à saúde: evolução histórica, atuação estatal e aplicação da teoria de Karl Popper. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, Natal, Rio Grande do Norte, v. 9, n. 2, 8 jun. 2017, p. 4-22. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/12251/8480>. Acesso em: 18 maio 2021.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. *In*: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (orgs). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 63-78.

VIAL, Sandra Regina Martini; KÖLLING, Gabrielle. As dificuldades e os avanços na efetivação do direito à saúde: um estudo da decisão Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul x Município de Giruá. **Boletim da Saúde**, Porto Alegre, v. 24, n. 2, p. 13-24, jul./dez. 2010. Disponível em: http://www.boletimdasaude.rs.gov.br/download/201711161649194___as_dificuldades_e_os_avancos_na_efetivacao_do_direito_%C3%A0_saude.pdf. Acesso em: 17 out. 2020.