

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO MP EM AÇÃO

BIANCA MADELON DA SILVA OLIVEIRA

MATRÍCULA 23074

**A Judicialização da Saúde diante da análise de um caso pragmático com Repercussão
Geral no STF – RE 566.471/RN**

Rio de Janeiro

2023

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE DIANTE DA ANÁLISE DE UM CASO PRAGMÁTICO COM REPERCUSSÃO GERAL NO STF - RE 566.471/RN

Bianca Madelon da Silva Oliveira¹

Resumo: O presente artigo discorre acerca da judicialização da saúde diante da análise de um caso pragmático com Repercussão Geral no STF – RE 566.471/RN, passando por um breve contexto histórico e analisando o direito à saúde e a sua relação com o SUS (Sistema Único de Saúde), conforme a Constituição Federal de 1988. Incide também no conceito da judicialização de políticas públicas levando em consideração o direito à saúde, a reserva do possível, o mínimo existencial e a proibição do retrocesso. Propõe uma reflexão acerca do RE 566.471/RN, que envolve o provimento de medicamentos de alto custo e sem previsão de fornecimento no programa estatal de dispensação de medicamentos.

Palavras-chave: Judicialização da Saúde- Repercussão Geral – Medicamentos – Alto Custo.

Abstract: This article discusses the judicialization of health in the face of the analysis of a pragmatic case with General Repercussion in the STF – RE 566.471/RN, going through a brief historical context and analyzing the right to health and its relationship with the SUS (Unified Health System), according to the Federal Constitution of 1988. It also focuses on the concept of judicialization of public policies taking into account the right to health, the reservation of the possible, the existential minimum and the prohibition of retrogression. It proposes a reflection on RE 566.471/RN, which involves the provision of high-cost medicines with no provision in the state drug dispensing program.

Keywords: Judicialization of Health - General Repercussion - Medicines - High Cost.

¹ Advogada, Residente-Jurídica, Pós-Graduanda – MP em Ação – FEMPERJ (Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro).
Endereço eletrônico: biancamadelon@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente é importante consignar que a Constituição de 1988 consagra, de forma expressa, amplo catálogo de direitos sociais. Em parte, referida Carta segue a tradição introduzida pela Constituição de 1934, que pela primeira vez incluiu os direitos sociais em seu texto. Sob forte influência europeia, a Carta de 1934 trazia um capítulo específico intitulado “Ordem Econômica e Social” (arts. 115-147).

Neste ponto, a tradição de destinar um capítulo específico à ordem econômica e social foi seguida pelas Cartas seguintes – Constituição de 1937 (arts. 135-155), de 1946 (arts. 145-162), de 1967/69 (arts. 157-166) – e apenas rompida pela Constituição de 1988. Esta, por sua vez, adotou o mais amplo catálogo de direitos sociais da história do nosso constitucionalismo.

À propósito, a Constituição de 1988 conferiu significado ímpar ao direito de acesso à justiça e criou mecanismos especiais de controle da omissão legislativa (ação direta por omissão e mandado de injunção), destinados a completar eventuais lacunas na realização de direitos, principalmente na formulação de políticas públicas designadas a atender às determinações constitucionais.

Face as considerações aduzidas, o atual diploma Constitucional assegura como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados, conforme art. 6º.

Outrossim, a Constituição brasileira não apenas prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais, consoante o art. 6º, como também especifica seu conteúdo e forma de prestação, nos termos dos arts. 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros.

Verifica-se, pois, que os direitos sociais foram considerados pela Constituição Federal de 1988 como legítimos direitos fundamentais.

Diante deste contexto a presente pesquisa ao propor uma reflexão acerca de um caso pragmático com repercussão geral no STF – RE 566.471-RN, parte da seguinte questão problema: De que maneira a omissão do poder público interfere na efetivação do direito à saúde, de modo a provocar sua judicialização?

O objetivo geral desta pesquisa é demonstrar de que maneira a omissão do poder público interfere na efetivação do direito à saúde, de modo a provocar sua judicialização:

Para tanto foram traçados os seguintes objetivos específicos: Analisar o Direito à Saúde, conforme a Constituição Federal de 1988; Conceituar a judicialização de políticas públicas, levando em consideração o direito à saúde; Refletir acerca de um caso pragmático com repercussão geral no STF – RE 566.471/RN, envolvendo a temática judicialização da saúde, de modo a colaborar com o debate.

A pesquisa é importante na medida em que o Supremo Tribunal Federal, em 11/03/2020 julgou o RE 566.471/RN, cuja, *quaestio juris* discutia a pretensão autoral (*in casu*, uma senhora idosa e carente) de obter tutela jurisdicional, no sentido de obrigar o Estado do Rio Grande do Norte a fornecer o citrato de sildenafila para o tratamento de cardiomiopatia isquêmica e hipertensão arterial pulmonar, com fulcro no alto custo do medicamento, bem assim na ausência de previsão de fornecimento no programa estatal de dispensação de medicamentos.

Na ocasião ficou decidido que o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo solicitados judicialmente, quando não estiverem previstos na relação do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional, do Sistema Único de Saúde (SUS), no entanto, diante da grande discussão que viceja o caso, as situações excepcionais ainda serão definidas na formulação da tese de repercussão geral (Tema 6).

Por fim, a metodologia adotada é de cunho bibliográfico, uma vez que o estudo do tema se aprofundou em livros jurídicos, em artigos científicos, em sites direcionados a área jurídica, na legislação, assim como na coleta de jurisprudências.

2. DESENVOLVIMENTO

A fim de esclarecer o problema científico importante se faz salientar que com o presente trabalho, pretende-se analisar o direito à saúde, conforme a Constituição Federal de 1988, conceituar a judicialização de políticas públicas, levando em consideração o direito à saúde e examinar um caso pragmático com Repercussão Geral no STF – RE 566.471/RN envolvendo a judicialização da saúde, de modo a colaborar com o debate.

2.1 ANALISAR O DIREITO À SAÚDE, CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

De antemão, assevera-se que o movimento de codificação dos direitos fundamentais se deu por volta do século XVII, época do Estado Liberal de Direito, e, portanto, é importante trazer a lume que os direitos fundamentais passaram por uma longa trajetória mundo a fora, só vindo a serem positivados no Brasil pela Constituição de 1988. Textos constitucionais anteriores possuíam apenas disposições esparsas sobre o direito à saúde, como a Constituição de 1824, que fazia referência à garantia de “ socorros públicos” (art. 179, XXXI).

Neste ponto, o constituinte além de dar especial importância ao direito à saúde, ao inclui-lo como um direito fundamental, deu status de cláusula pétrea a essas espécies de direitos, determinando que jamais pudessem ser alvos de reformas para diminuí-los ou suprimi-los, foi conferido ao direito à saúde uma importância enorme dentro de nossa Magna Carta.

Cristalino salienta que os direitos fundamentais são essenciais à existência humana digna, protegidos pela Constituição de um Estado, sendo assim, vale reiterar que foi em 1988, que a Constituição da República trouxe um papel importantíssimo para o direito à saúde no Brasil, visto que, através da Constituição é que o Estado passou a ter a responsabilidade de promover o acesso para todos, sendo um direito de caráter universal pertencente aos brasileiros e estrangeiros, que assim necessitarem, podendo utilizar os serviços de saúde de forma gratuita, com o fito de promover o seu direito.

Em virtude de tais considerações, insta salientar que a vida é o bem mais precioso e importante de todo e qualquer ser humano, e para que ele possa usufruir de uma melhor qualidade de vida, é incontestavelmente essencial que se tenha acesso irrestrito à saúde.

Nesta trilha, a relação existente entre o direito à vida e o direito à saúde encontra-se insculpido na seguinte menção:

A saúde é direito público subjetivo fundamental, diretamente ligado à dignidade da pessoa humana e, portanto, passível de ser exigido a qualquer tempo, independentemente da existência de regulamentação infraconstitucional ou de atendimento prévio a procedimentos burocráticos. Assim, a vida exige respeito incondicional por parte de quem quer que seja, com o realce de que em nosso País há uma Constituição em vigor, que garante o direito à vida e à saúde a todos os brasileiros. (MARCEL, Victor Pinheiro. **Um Típico Caso de Judicialização de Políticas Públicas: RE 727.864 E A Questão das UTIS.** In **Decisões Controversas do STF: Direito**

Constitucional em Casos / Alberto Zacharias Toron. et al. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 49).

Portanto, a saúde foi reconhecida como um direito social fundamental por meio da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que inclui como um dos princípios basilares a dignidade da pessoa humana, e por ser um Estado Democrático de Direito visa sobrepujar as desigualdades sociais com o desígnio de realizar justiça social, ao passo que a sociedade tem o poder de cobrar atitudes do Estado para promover, por meio de políticas públicas, a proteção do referido direito.

É evidente que toda e qualquer pessoa precisa viver dignamente, e o Estado tem papel primordial no cumprimento desse direito fundamental do cidadão. Como mencionado anteriormente, o direito à saúde integra o direito à vida, com o propósito de conferir aos seus cidadãos a garantia do Estado à dignidade da pessoa humana.

A Constituição da República Federativa do Brasil, no *caput* do seu artigo 5º garante a todos os brasileiros e estrangeiros, sem distinção de qualquer natureza, a inviolabilidade do direito à vida, sendo este direito primário, garantindo-se a essência dos demais direitos e princípios constitucionais. De outra banda, a Constituição consagra, no seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como princípio basilar e, como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Para o jurista Luís Roberto Barroso (2009, p 10):

O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos. (CARLOS, Antonio Lima de Jesus. **Aplicabilidade do Direito do Consumidor no Direito à Saúde**. In ROSA, Corina; PIMENTEL, Diego; SILVA, Rômulo – organizadores. **Direito do Consumidor Aplicado ao Direito à Saúde: Análise de Julgados**. Feira de Santana: Universidade Estadual de Feira de Santana, BA. 2017, p. 213).

Neste contexto, a saúde é condição imprescindível à garantia da vida humana, e a vida terá seu valor majorado se vivida com decência e dignidade. Desta forma, o embasamento constitucional que elenca a garantia do direito à saúde no Brasil, encontra-

se insculpido no artigo 6^o2 da Constituição Federal de 1988, cujo rol cataloga os chamados direito sociais.

Em complemento a Constituição Federal disciplina o direito à saúde em seus artigos 196³, 197⁴ e seguintes, ao considerar que a saúde é direito básico de todos e dever do Estado, assegurado mediante políticas sociais e econômicas que viabilizem o acesso universal e igualitário, bem como cabe ao Poder Público dispor, conforme a lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle.

Sendo assim, o direito à saúde no Brasil exige prestações positivas do Estado no sentido de garantia e efetividade da saúde, sob pena de ineficácia do referido direito fundamental.

Registre-se que com a Constituição Federal de 1988, diversas iniciativas jurídico-institucionais foram instituindo condições que viabilizassem de forma plena o direito à saúde no Brasil. Nesse sentido, destaca-se a Lei a Lei nº 8.080/90, que organiza e estrutura o funcionamento dos serviços de saúde; a Lei nº 8.142/90 que garante a participação dos usuários do sistema na gestão desses serviços e a transferência de recursos financeiros intergovernamentais; a Portaria nº 3.916, que aprova a Política Nacional de Medicamentos; e a Norma Operacional da Assistência à Saúde, nº 01/2002 (NOAS-SUS 01/02), aprovada por Portaria do Ministério da Saúde e, vem a suceder a Norma Operacional Básica do SUS, nº 01/96.

Diante do contexto, convém pôr em relevo que o Sistema Único de Saúde (SUS) é um sistema que pertence à rede pública e tem como escopo prestar acesso à saúde, de forma gratuita a todos os cidadãos nacionais ou estrangeiros, residentes no país, independente de crença, cor, classe social, já que, todos têm o mesmo direito. Esse sistema tem como atribuição garantir ao cidadão o acesso às ações e serviços públicos de saúde, conforme o artigo 200⁵ da Carta Magna e leis específicas, de modo a controlar e fiscalizar,

² 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.

³ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

⁴ Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

⁵ 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

executar, ordenar, incrementar, participar e colaborar com as questões diretamente ligadas às competências do SUS.

Sendo assim, merece um alerta especial a criação da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), a qual está relacionada ao dever que o Estado tem de zelar pela saúde da população. A referida autarquia, que tem o dever de autorizar e controlar a distribuição de substâncias químicas segundo protocolos cientificamente validados, é vinculada ao Ministério da Saúde.

A Lei nº 8.080/90, conforme mencionado anteriormente regulamenta o SUS, e é responsável por garantir o pleno acesso da população brasileira à saúde, no entanto, o SUS foi idealizado como um sistema, isto é, como um conjunto cujas partes encontram-se coordenadas entre si, funcionando como uma estrutura organizada, submetida a princípios e diretrizes legalmente estabelecidos. Trata-se de uma rede regionalizada e organizada hierarquicamente de ações e serviços de saúde, através da qual o Poder Público cumpre seu dever na prestação do serviço público de atendimento à saúde.

Neste diapasão a Administração Pública está inteiramente ligada à promoção e efetivação do direito à saúde. É importante pontuar que a competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para cuidar da saúde, é comum, nos termos do artigo 23, inciso II da Constituição Federal, de modo que administram os serviços realizados pelo Sistema Único de Saúde, com o fito de garantir a prestação de serviços gratuitos a todos os brasileiros.

Noutro giro é premente que se deixe claro que nos termos do *caput* do artigo 199, a assistência à saúde é livre à iniciativa privada. Nesse caso, a iniciativa privada é livre para participar, de forma a complementar o SUS, seguindo as diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênios, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

No entanto, é importante registrar que é vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos, bem como também é vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros

de saneamento básico; V — incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; (Redação da EC 85/2015); 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.

na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei, conforme artigo. 199, §§ 2º e 3º, da CF/88.

Acerca do financiamento do SUS é importante pontuar que se dará nos termos do artigo 195⁶ da Constituição Federal de 1988, ou seja, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Com efeito, os entes da federação deverão aplicar um percentual mínimo em ações e serviços públicos de saúde, na forma do §2⁷ do artigo 198, do referido diploma legal.

O Sistema Único de Saúde representa um direito social garantido constitucionalmente, de acordo com as diretrizes previstas no artigo 198⁸ da Constituição Federal, bem como pautado nos princípios da universalidade, equidade e integralidade, conforme o art. 7⁹, da Lei 8.080/90 e seus incisos, em prestígio à defesa da saúde como

⁶ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; b) a receita ou o faturamento; c) o lucro; II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, podendo ser adotadas alíquotas progressivas de acordo com o valor do salário de contribuição, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social; III - sobre a receita de concursos de prognósticos. IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

⁷ Art. 198. § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

⁸ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.

⁹ Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos 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,

um direito humano e universal, ademais o STF decidiu ser inconstitucional a diferença de classes no SUS, nos termos do RE 581.488.

Analisemos o referido julgado.

Direito Constitucional e Administrativo. Ação civil pública. Acesso de paciente à internação pelo sistema único de saúde (SUS) com a possibilidade de melhoria do tipo de acomodação recebida e de atendimento por médico de sua confiança mediante o pagamento da diferença entre os valores correspondentes. **Inconstitucionalidade.** Validade de portaria que exige triagem prévia para a internação pelo sistema público de saúde. **Alcance da norma do art. 196 da Constituição Federal.** Recurso extraordinário a que se nega provimento

1. É constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio Sistema Único de Saúde (SUS) ou por conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes.

2. O procedimento da “diferença de classes”, tal qual o atendimento médico diferenciado, quando praticados no âmbito da rede pública, não apenas subverte a lógica que rege o sistema de seguridade social brasileiro, como também **afronta o acesso equânime e universal às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde, violando, ainda, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Inteligência dos arts. 1º, inciso III; 5º, inciso I; e 196 da Constituição Federal.**

3. Não fere o direito à saúde, tampouco a autonomia profissional do médico, o normativo que veda, no âmbito do SUS, a assistência diferenciada mediante pagamento ou que impõe a necessidade de triagem dos pacientes em postos de saúde previamente à internação.

4. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 581488, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-065 DIVULG 07-04-2016 PUBLIC 08-04-2016). (Grifos nosso)

Em síntese, a base principiológica do SUS, pautada na garantia de atenção à saúde a todo e qualquer cidadão, através de serviços integrados por todos os entes da federação, assegurada a todos os níveis prestacionais, conforme a complexidade exigida pelo caso, de forma isonômica nas situações similares, reconhecendo-se que cada indivíduo seja considerado como um todo indivisível e integrante de uma comunidade, destina-se à oferta e ao atendimento integral de saúde à população, não sendo razoável, nem admissível o atendimento diferenciado por classes.

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; e 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 1 de agosto de 2013. (Redação dada pela Lei nº 13.427, de 2017)

2.2 CONCEITUAR A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, LEVANDO EM CONSIDERAÇÃO O DIREITO À SAÚDE

Inicialmente é preciso pontuar que a política pública representa um conjunto de atividades estatais destinadas à realização de fins coletivos, de modo que a sua judicialização significa o deslocamento de discussões antes restritas ao Poder Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário, e espontaneamente, surge a questão dogmática de saber como e com que limites devem ser tratadas juridicamente tais questões.

O Supremo Tribunal Federal (STF) admite, excepcionalmente, a judicialização de políticas públicas, desde que observados os seguintes requisitos (RE 440028/SP): a) natureza constitucional da política reclamada; b) manifesta omissão estatal ou prestação deficiente (vedação à proteção insuficiente), desde que não haja justificativa objetiva e razoável para o inadimplemento; c) a política pública reclamada deve se revestir em direito fundamental.

Por seu turno, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), também acolhe a “judicialização” e acrescenta um requisito, qual seja: quando não houver comprovação objetiva (fática e não meramente jurídica) da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

Sendo assim, vejamos:

ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS - DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO. NÃO OPORTUNIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. NÃO HÁ OFENSA À SÚMULA 126/STJ.

1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes.

2. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de

determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. (STJ – AgRg no REsp: 1107511 RS 208/0265338-9, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 21/11/2013, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/12/2013). (Grifos nosso)

Consoante noção cedida, o administrador age na implementação dos serviços de saúde com vista a realizar as políticas governamentais estabelecidas. Assim, o Judiciário, ao impor a satisfação do direito à saúde no caso concreto, em um número significativo de hipóteses, não exerce senão o controle judicial dos atos e omissões administrativas.

Certo é que, se não cabe ao Poder Judiciário formular políticas sociais e econômicas na área da saúde, é sua obrigação averiguar se as políticas eleitas pelos órgãos competentes atendem aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário.

Diante disso, surgem as diversas hipóteses de conflito, seja ele de ordem coletiva ou individual, entre os cidadãos e o Estado que levam à chamada judicilização do direito à saúde.

É importante levar em consideração que nas ações individuais, normalmente relacionadas com a entrega gratuita de medicamentos, de aparelhos ou obtenção de vagas em hospitais, ações que geram custos, o Poder Judiciário passa a influenciar no orçamento público, de modo que essa interferência é feita sem que se tenha noções dos reais impactos que podem ser causados pela decisão. Já nas ações coletivas, porém, as questões orçamentárias podem ser sopesadas com mais precisão, uma vez que o pedido é analisado com maiores subsídios, e a longo prazo, as decisões proferidas em demandas coletivas tendem a gerar uma redução de gastos para a Administração Pública que poderá organizar-se adequadamente para atender às demandas da coletividade dentro de prazos razoáveis.

Insta salientar que a ausência de articulação conjunta dos diversos interessados para obtenção de uma tutela na área de saúde é um dos principais obstáculos ao aumento das demandas coletivas nesse setor. Os demandantes acabam por planejar suas ações a curto prazo e pelo meio que parece mais ágil e fácil.

Levando em consideração esses aspectos, um caso que evidencia a importância da participação de diversos interessados nas ações coletivas é o de acesso a medicamentos no Estado do Rio de Janeiro. A constatação da existência de diversas ações individuais impulsionou o Ministério Público a dar início a uma série de ações coletivas contra o

Estado e Municípios. Além disso, a interlocução entre várias ONGs que representavam doentes com patologias crônicas, a Defensoria Pública e o Conselho Estadual de Saúde, foi fundamental para a propositura das ações. Essas instituições vivenciam os problemas práticos enfrentados em cada setor, além de estarem aptas a subsidiar tecnicamente a demanda. (Cf. Florian F. Hoffmann e Fernando R.N.M. Bentes, A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica, in Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie, Cláudio Pereira Souza Neto e Daniel Sarmiento (Org.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 403 *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. Ver. e atual. São Paulo, SP. Saraiva, 2017, p. 605).

Deste modo, é premente que se deixe claro que o fortalecimento da cultura administrativa, permitiria a realização do direito sem intervenção judicial. Há, entre nós, a consolidada compreensão de que a única forma de efetivar direitos é por meio do Judiciário. É necessário superar a denegação sistemática de direitos amplamente reconhecidos, permitindo-se que a realização do direito se efetive, se possível, sem intervenção judicial. Nesse sentido, devem ser estimuladas práticas desenvolvidas no âmbito do Ministério Público, das Defensorias Públicas e da própria Administração, por meio das ouvidorias, sistemas de *ombudsman* ou instituições equivalentes.

Noutro giro, convém destacar que a orientação institucional dos órgãos de representação judicial dos entes estatais (procuradorias) é de que a “judicialização das políticas públicas” implica grave ofensa ao princípio da harmonia e independência dos poderes.

A propósito disso, o STF assevera que não há direito, valor ou princípio absoluto, notadamente em razão do princípio da unidade da Constituição, inexistindo hierarquia entre os princípios constitucionais. Com base nisso, caberá ao Estado formular as “escolhas trágicas” fundamentadas no princípio da reserva do possível.

Tendo em vista os apontamentos em epígrafe, é importante tecer breves comentários acerca da reserva do possível, do mínimo existencial e da proibição do retrocesso.

2.2.1 Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Proibição do Retrocesso

Inicialmente convém destacar que a reserva do possível é invocada quando da impossibilidade de o Estado, através de prestações positivas, garantir plenamente a

efetivação de todos os direitos fundamentais sociais, sob pena de grave prejuízo ao erário e, conseqüentemente, à sociedade como um todo.

Portanto, a reserva, consiste na realização dos direitos sociais condicionada à quantidade de recursos disponíveis, sob pena de, ao dar enfoque a apenas um desses direitos, inviabilizar a prestação de outros.

Revela-se como sendo um dos principais argumentos do Estado para a não realização de determinado direito social. A jurisprudência, todavia, compreende que a alegação da reserva do possível deve ser acompanhada de comprovação da limitação de recurso, não bastando a mera alegação, devendo ser efetivamente demonstrada a insuficiência orçamentária, conforme abordagem anterior.

Nessa vereda, por mais que se admita a existência da reserva do possível, existe um mínimo de direitos fundamentais, ou seja, um núcleo básico, sobre os quais a reserva do possível não pode ser alegada. Esse mínimo de direitos fundamentais é o que se chama de mínimo existencial.

A ideia de mínimo existencial teve sua formulação dogmática feita pelo Tribunal Federal Administrativo alemão (*Bundesverwaltungsgericht*) logo após a promulgação da Lei Fundamental de 1949. O Tribunal reconheceu a existência de um direito a um conjunto de prestações materiais mínimos em caráter assistencial para as pessoas desprovidas de recursos com base na inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, I, da Lei Fundamental. Em 1962, o legislador federal alemão editou a Lei Federal sobre Assistência Social (*Bundessozialhilfegesetz*), em que se encamparam as ideias do Tribunal. Alguns anos depois, tal entendimento foi ratificado pelo Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*). Ressalte-se que o mínimo existencial não é concebido apenas como garantia para a sobrevivência biológica, mas para a possibilidade de desenvolvimento da personalidade em aspectos culturais, econômicos e sociais. Tal entendimento foi adotado, inclusive, por outras Cortes Constitucionais no direito comparado, como Espanha, Portugal, Argentina e Colômbia. (SARLET e SAAVEDRA, 2010, p.87, *apud* PINHEIRO, Victor Marcel, 2020, p. 53).

Em complemento, parte da doutrina e a jurisprudência do STF defendem que o direito ao mínimo existencial é um direito definido *a priori* independentemente dos casos concretos e que não pode ter sua concretização restringida em razão da escassez de recursos orçamentário-financeiros (WATANABE, 2011, p. 18; BARCELLOS, 2010, p. 809-814, *apud* PINHEIRO, Victor Marcel, 2020, p. 53). Argumenta-se, inclusive, que o núcleo essencial dos direitos sociais seria justamente o mínimo existencial, de modo que

cada direito social teria um conjunto de posições prestacionais definitivamente protegidas independentemente de casos concretos (ROCHA, 2009, p. 252, *apud* PINHEIRO, Victor Marcel, 2020, p. 53).

Em que pese os argumentos elencados acima, é importante trazer à baila que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, e levar a sério tais direitos significa lidar com a escassez. Nesse contexto, o tema “reserva do possível” ganha um significativo destaque, especialmente ao evidenciar a “escassez dos recursos” e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas.

A dependência de recursos econômicos para a concretização dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nessa perspectiva, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, pode violar o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível.

É preciso sopesar que, em relação aos direitos sociais, a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada indivíduo. Se de um lado o Estado tem que dispor de um valor determinado para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos.

Sabe-se que de forma tendenciosa, em períodos de recessão financeira, não há como negar que a função do Estado de assegurar direitos sociais poderá estar limitada por restrições de cunho orçamentário, e em razão dessa inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, em escolhas alocativas.

Tais escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de justiça social (macrojustiça).

Observa-se também que o Poder Judiciário ao concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça), o que muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais

da destinação de recursos públicos em benefício da parte com invariável prejuízo para o todo.

Nessa vereda, insta salientar que defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde ou à educação, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos, exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial.

De toda sorte, não se pode perder de vista que:

“[...] conquanto seja possível extrair da Constituição um indeclinável dever jurídico, a cargo do Estado, de fornecer as prestações materiais indispensáveis a uma vida digna aos que não têm condições de obtê-las por meios próprios, o legislador continua com o privilégio de especificar quais prestações são estas, o seu montante e o modo como serão realizadas. Cabe a ele, como órgão que exerce responsabilidade política sobre os gastos públicos, conformar as colisões que certamente ocorrerão com outros direitos e bens constitucionais, transformando o direito *prima facie* em direito definitivo. Porém, **em matéria de mínimo existencial, o juiz também está legitimado a desempenhar essa função, embora de forma subsidiária, na falta, total ou parcial, do legislador ou do administrador**” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. Ver. e atual. São Paulo, SP. Saraiva, 2017, p. 582). (Grifos nosso).

É evidente a revelação da controvérsia no âmbito da “judicialização do direito à saúde”, uma vez que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo.

Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias.

Em síntese, é premente que se deixe claro que embora o direito fundamental à dignidade da pessoa humana crie deveres de prestação material para o Estado que assegure condições mínimas de existência digna, os contornos dogmáticos desse direito dependem das capacidades prestacionais de uma sociedade, não podendo ser tomadas como caráter absoluto, e na tentativa de enfrentar a questão da escassez de recursos inerentes a tais direitos fundamentais, poderiam ser ventilados os seguintes argumentos,

a proibição de retrocesso social, tendo em vista a proteção ao direito fundamental e a efetiva existência de recursos para o caso concreto em si, seja ele de ordem individual ou coletiva, que, malgrado, são geridos de forma inadequada pela Administração.

Por fim, é relevante complementar que independentemente da geração a que pertençam, milita a favor dos direitos fundamentais, em especial dos sociais, o princípio da proibição do retrocesso, insculpido no art. 30 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, da ONU, cuja redação é a seguinte:

Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer dos direitos e liberdades aqui estabelecidos. (**Declaração Universal dos Direitos Humanos** Disponível em: < chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf. >. Acesso em: 02/05/2023.)

Trata-se de princípio segundo o qual não seria possível extinguir direitos sociais já implementados, evitando-se, portanto, um verdadeiro retrocesso ou limitação tamanha que atinja seu núcleo essencial. Na definição de Häberle, esse princípio possui “um núcleo de elementos que se fundamentam na dignidade humana e no princípio democrático e que não podem ser eliminados”. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. Ver. e atual. São Paulo, SP. Saraiva, 2017, p. 583).

Conclui-se, portanto, que o princípio da proibição do retrocesso em tema de direitos fundamentais de caráter social impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão, ou seja, impede que o Estado, sem uma contrapartida adequada, revogue ou anule o núcleo essencial dos direitos conquistados pelo povo, já que ele corresponde ao mínimo existencial, conjunto de bens materiais e imateriais sem o qual não é possível viver com dignidade.

A despeito se possa entender que a proibição do retrocesso tem em vista assegurar a preservação de direitos consolidados, sobretudo aqueles direitos de caráter prestacional, não se pode olvidar que circunstâncias de ordens variadas podem comprometer a capacidade do Estado de garantir tais direitos na forma inicialmente estabelecida. Daí a necessidade, portanto, de o legislador, de modo legítimo, estabelecer políticas compensatórias, além de adequar os objetivos considerados prioritários naquele momento.

2.3 REFLETIR ACERCA DE UM CASO PRAGMÁTICO COM REPERCUSSÃO GERAL NO STF – RE 566.471/RN, ENVOLVENDO A TEMÁTICA JUIICIALIZAÇÃO DA SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Preliminarmente é importante destacar que o tema judicialização da saúde não é novo, e diversas são as questões atinentes a ele, que constantemente são objetos de teses fixadas nos tribunais superiores em sede de repercussão geral e recursos repetitivos.

Assim é premente que se deixe claro que nos últimos anos surgiram várias questões acerca da temática e o ponto central da judicialização da saúde é indubitavelmente a discussão quanto ao dever do Estado de fornecer medicamentos de alto custo ou não incorporados ao SUS, a portadores de doença grave que não possuem condições financeiras para sua aquisição.

As balizas processuais que deram origem ao Recurso Extraordinário 566.471 se pautaram no seguinte litígio: o Estado do Rio Grande do Norte recusou-se a fornecer à uma senhora idosa e carente, ora recorrida, o *Sildenafil 50 mg*, destinado ao tratamento das enfermidades “miocardiopatia isquêmica” e “hipertensão arterial pulmonar”. Consoante o juízo do ente federativo, o alto custo e a ausência de previsão no Programa de Dispensação de Medicamentos seriam motivos suficientes para a recusa, impugnada por meio de ação de obrigação de fazer formalizada pela recorrida.

Por sua vez, o Tribunal de Justiça confirmou a sentença de procedência do pedido e consignou a imprescindibilidade do remédio para o procedimento terapêutico, assim como a incapacidade financeira da paciente e da família para adquiri-lo. Ademais concluiu pela afronta a direitos constitucionalmente protegidos, assentando o dever de a Administração Pública fornecer o medicamento.

Diante do exposto, o acórdão foi assim resumido:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. TUTELA ANTECIPADA. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. TRANSFERÊNCIA PARA O MÉRITO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. RECUSA DO ESTADO EM FORNECÊ-LO. IMPOSSIBILIDADE. AFRONTA A DIREITOS ASSEGURADOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OBRIGAÇÃO DO ESTADO APELANTE EM PROMOVER O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO IMPRESCINDÍVEL AO TRATAMENTO DE SAÚDE DA APELADA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE 1º GRAU. PRECEDENTES DESTA EGRÉGIA CORTE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (Recurso Extraordinário 566.471 Rio Grande do Norte. Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 15/11/2007. Disponível em: < chrome-

extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfndmkaj/https://www.conjur.com.br/dl/re-566471-votopdf.pdf>. Acesso em: 06/05/2023).

Insatisfeito com a decisão o Estado do Rio Grande do Norte interpôs recurso extraordinário, e em síntese alegou que a decisão judicial atacada, ao atender a um único indivíduo, compromete políticas de universalização do serviço de fornecimento de medicamentos, prejudicando os cidadãos em geral, debilita investimentos nos demais serviços de saúde e em outras áreas, como segurança e educação, além disso viola a reserva do possível e a legalidade orçamentária, bem como não encontra base constitucional, ante o caráter programático das normas, previstas na Carta, sobre saúde.

Diante dos inúmeros questionamentos que surgiram acerca da celeuma que norteia o presente caso, entre eles os que englobam a ideia de usurpação de competência entre os poderes, os limites e possibilidades de intercessão judicial sobre os deveres positivos do Estado, notadamente em relação aos direitos fundamentais sociais, e às questões de ordem orçamentária, a universalização do direito à saúde interligado à formulação e execução de políticas públicas, e a fixação de critérios para racionalizar os litígios sobre a matéria, foram decisivos para que o Supremo Tribunal Federal, em 2007, concluísse pela repercussão geral do tema, em acórdão assim ementado:

SAÚDE - ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO - FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controversa sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. (RE 566471 RG, Relator (a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 15/11/2007, DJe-157 DIVULG 06-12-2007 PUBLIC 07-12-2007 DJ 07-12-2007 PP-00016 EMENT VOL-02302-08 PP-01685. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral43/false>>. Acesso em: 06/05/2023.)

Repise que essa é a discussão que embasa o Tema 6 de Repercussão Geral no STF, de relatoria do ministro Marco Aurélio, conforme Recurso 566.471-RN, até então pendente de julgamento de mérito.

TEMA 6: Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo. (RE 566.471-RN) – Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 2º; 5º; 6º; 196; e 198, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, a obrigatoriedade, ou não, de o Estado fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo. (CENTRO DE APOIO AO DIREITO PÚBLICO (Cadip). **Judicialização da Saúde. Fornecimento de medicamento pelo Poder Público**. 2ª ed. São Paulo: Tribunal de Justiça de São Paulo, 2022. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfndmkaj/https://www.tjssp.jus.br/Down

load/SecaoDireitoPublico/Pdf/Cadip/Esp_CADIP_Jud_Sa%C3%BAde_2ed_2022-06-01.pdf>. Acesso em: 08/05/2023, p. 07.)

A definição de importante questão, entretanto, veio à luz na fixação da tese do TEMA 106 de Recursos Repetitivos do STJ, publicado no DJe de 21/9/2018, e na oportunidade foram elencados os requisitos cumulativos para o fornecimento dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, vejamos:

TEMA 106: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS. (REsp 1.657.156-RJ e REsp 1.102.457-RJ).

TESE FIRMADA: A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência. (

Modulação de efeitos: "Modula-se os efeitos do presente repetitivo de forma que os requisitos acima elencados sejam exigidos de forma cumulativa somente quanto aos processos distribuídos a partir da data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 4/5/2018." (trecho do acórdão dos embargos de declaração publicado no DJe de 21/09/2018). (Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=106&cod_tema_final=106>. Acesso em 08/05/2023.)

Em complemento ao encimado, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) na III Jornada de Direito da Saúde realizada em março de 2019, no enunciado 75, asseverou que:

Nas ações individuais que buscam o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do Sistema Único de Saúde – SUS, sob pena de indeferimento do pedido, devem ser observados cumulativamente os requisitos estabelecidos pelo STJ, no julgamento do RESP n. 1.657.156, e, ainda, os seguintes critérios:

I) o laudo médico que ateste a imprescindibilidade do medicamento postulado poderá ser infirmado através da apresentação de notas técnicas, pareceres ou outros documentos congêneres e da produção de prova pericial;
II) a impossibilidade de fornecimento de medicamento para uso off label ou experimental, salvo se houver autorização da ANVISA;
III) os pressupostos previstos neste enunciado se aplicam a quaisquer pedidos de tratamentos de saúde não previstos em políticas públicas. (Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgltclfindmkaj/https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>. Acesso em 08/05/2023, p. 16.)

Neste diapasão, após a consignação de alguns temas acerca da matéria, o STF colocou em pauta o julgamento do RE 566.471/RN, com a análise do mérito, e no dia 11/03/2020, por maioria de votos, os ministros decidiram que em regra, o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo solicitados judicialmente, quando não estiverem previstos na relação do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional, do Sistema Único de Saúde (SUS). Já as situações excepcionais ainda serão definidas na formulação da tese de repercussão geral – Tema 6.

Nesta trilha, impende destacar que a decisão tomada no julgamento deste recurso atinge mais de 42 mil processos sobre o mesmo tema.

Em síntese, a proposta de reflexão deste Recurso Extraordinário não tem o objetivo de avaliar se a conclusão a que se chegou até o presente momento é correta ou não, até porque tal análise demandaria o exame de questões muito mais complexas, o que no momento é inoportuno.

Neste tópico o artigo tem a pretensão de analisar de forma geral as balizas delineadas no caso concreto, de modo a cotejar com a consistência dogmática abordada alhures, bem como suscitar questões que possam vir a embasar as situações excepcionais pendente de confecção, referente ao Tema 6 da tese de Repercussão Geral.

O propósito é sugerir alguns parâmetros para que a temática da judicialização de políticas públicas, em especial da saúde, possa ser mais bem enfrentada em decisões judiciais, sem negligenciar a proteção constitucional conferida aos direitos sociais.

Em lógica decorrente dos argumentos expostos no voto do relator, a maioria dos ministros desproveu o recurso, de modo que entenderam que nos casos de remédios de alto custo não disponíveis no sistema, o Estado pode ser obrigado a fornecê-los, desde que comprovadas a extrema necessidade do medicamento e a incapacidade financeira do paciente e de sua família para sua aquisição. O entendimento também considera que o Estado não pode ser obrigado a fornecer fármacos não registrados na agência reguladora.

Nesta trilha é importante destacar que de um modo geral o excesso de judicialização da saúde associado às balizas orçamentárias tem embasado decisões com Repercussão Geral que interferem diretamente na efetividade dos direitos fundamentais sociais, em contrapartida, há uma certa ponderação aos casos de caráter excepcional, sobretudo se analisando a possibilidade de concessão de medicamentos não registrados na lista da Anvisa.

Resta indubitado que o tema em voga merece absoluta cautela, pois se de um lado os entes federativos evocam o limite do financeiramente possível, ante as restrições

orçamentárias e o prejuízo a outros interesses idênticos, de outro é imprescindível o respeito às garantias constitucionais, entre elas a concretização dos direitos fundamentais, o direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana.

Neste sentido deve-se destacar que em seu voto o ministro relator, proclamou a máxima efetividade dos direitos sociais, a serem alcançados por meio de escolhas políticas e orçamentárias materializadas na formulação e implementação de políticas públicas, ressaltou a importância de bases fundamentais pautadas na dignidade humana, liberdade, igualdade e solidariedade, contextualizou os direitos socioeconômicos, mencionou o direito ao mínimo existencial, bem como reconheceu que o Poder Judiciário pode e deve corrigir injustiças concretas, especialmente quando políticas públicas destinadas à distribuição de medicamentos de alto custo ou excepcionais não chegam de forma progressiva aos que necessitam.

Diante do contexto fático, aduziu que nos casos de medicamentos em geral, há pronunciamentos das Turmas no sentido do dever do Estado quando verificado o binômio imprescindibilidade do medicamento/incapacidade financeira do paciente em adquiri-lo, de modo a configurar o mínimo existencial passível de tutela mediante intervenção judicial, independentemente do alto custo dos remédios ou de esses não constarem em listas elaboradas no âmbito da Política Nacional de Medicamentos ou do Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional.

Nesta trilha a imprescindibilidade estará comprovada através de laudo, exame ou indicação médica lícita, por outro lado cabe ao ente federativo a prova em contrário tanto da inadequação como da desnecessidade do medicamento.

Verifica-se também que ao expor seus argumentos o relator clarificou que pode ainda a Administração Pública, em cognição profunda e tecnicamente qualificada, demonstrar a existência de medicamentos menos onerosos e que possam surtir, em mesma ou similar medida, efeitos benéficos ao tratamento de saúde envolvido, se comparados ao que é requerido judicialmente, de modo que se o Estado não lograr êxito em revelar tal inadequação ou desnecessidade do medicamento de alto custo, este estará incurso na imprescindibilidade.

À guisa de suas alegações, o dever de tutela estatal do mínimo existencial estará definitivamente configurado se provada a ausência de capacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária para aquisição do medicamento.

Diante de tais argumentos, não se pode deixar de pontuar que o STF tem efetuado esforços para lidar com a questão da concretização das demandas de prestações

positivas decorrentes dos direitos fundamentais em face da escassez de recursos, capacidade técnica e legitimidade política necessária para definir prioridades entre as necessidades sociais.

Apesar dos esforços do STF para lidar com tais questões, não se pode olvidar que o direito à saúde se revela de forma precária, caracterizado não apenas pela falta de políticas públicas eficientes, mas por sua morosidade. Certo é que se muitas pessoas recorrem ao Poder Judiciário para garantir a efetivação deste direito, é porque ele é eivado de ineficácia e ineficiência por parte do Poder Executivo e Legislativo.

Da análise do caso concreto filo-me ao entendimento de que os entes da federação evocam os princípios da legalidade orçamentária, da reserva do possível e da separação dos poderes para negar a efetivação do direito à saúde, seja ele de forma individual ou coletiva, sem, contudo, conjugar esforços e atividades para cumprir com suas obrigações, nem tampouco apresentar alternativas eficazes para o caso concreto, mesmo dispende de um respeitoso aparato, consolidado pela máquina pública.

Nesta trilha insta salientar que ao longo do voto do relator é possível extrair alternativas que possam de alguma forma preencher essa lacuna deixada pelo poder público, no entanto, chamo a atenção para o ronceirismo que tais alternativas podem vir a causar ao cidadão ou à coletividade, e em se tratando do direito à saúde o tempo é um inimigo categórico, capaz de ceifar a vida.

Obviamente que o exercício e a boa gestão administrativa de saúde são imprescindíveis e primordiais para o atendimento de todas as necessidades concernentes à efetivação do direito à proteção da saúde como direito fundamental.

Em síntese, fica claro que pairam diversas discussões acerca da judicialização da saúde, especialmente no que tange ao fornecimento de medicamentos de alto custo que não constam no programa de Dispensação de Medicamentos, de modo que o referido Recurso Extraordinário foi julgado recentemente, ficando pendente de julgamento as situações excepcionais, que ainda serão definidas na formulação da tese de repercussão geral (Tema 6).

É imprescindível refletir que: o direito à vida e à saúde apresentam eficácia coincidentes e geram prestações que são concretizadas por meio de políticas públicas; que mesmo diante de posições jurídicas decorrentes da dignidade da pessoa humana, há uma barreira pautada na escassez de recursos, que por vezes não são geridos de forma correta pelo poder público; que as decisões do Poder Judiciário pautadas nas políticas públicas devem ser tomadas levando em consideração as especificidades do caso

concreto, até que haja decisão uniforme capaz de subsidiar os diversos casos que envolvem a judicialização da saúde, levando em consideração a necessária celeridade que se deve dar a tais questões.

Por seu turno, é inconteste que tais propostas não resolverão em definitivo o problema da concretização dos direitos sociais ou da judicialização da saúde, no entanto através delas podemos refletir acerca de alternativas capazes de viabilizar a elaboração de políticas compensatórias com uma gestão administrativa transparente e respeitando os limites dos recursos financeiros, sem negligenciar a proteção constitucional conferida aos direitos sociais,

3. CONCLUSÃO

A pesquisa abordou a análise do direito à saúde, conforme a Constituição Federal de 1988, conceituou a judicialização de políticas públicas, levando em consideração o direito à saúde e examinou um caso pragmático com Repercussão Geral no STF – RE 566.471/RN envolvendo a judicialização da saúde.

Com efeito a principal área de políticas públicas hoje no Brasil em que há forte judicialização é o direito à saúde, embora a saúde tenha sido reconhecida como um direito social fundamental por meio da Constituição da República Federativa do Brasil, que inclui como um dos princípios basilares a dignidade da pessoa humana. Diante de tais contradições e das abundantes dificuldades de concretização deste direito social, que assolam tanto o indivíduo quanto a coletividade, torna-se cada vez mais impetuosa a necessidade de debates, de decisões práticas e uniformes, bem como de alternativas compensatórias que viabilizem sua efetivação proporcional ao caso concreto.

Em suma, o direito à saúde deve ser assegurado a todos, sem distinção. Para tanto, é necessária a adoção de medidas concretas, planejadas e bem definidas por parte do Poder Público, para efetivação de tal direito. Nesta trilha, as políticas públicas são, ou pelo menos deveriam ser, instrumentos para garantia dos direitos sociais, pois possibilitam o elo entre o indivíduo, e a sociedade em geral e a atuação do Estado.

4. BIBLIOGRAFIA

Agravo Regimental no Recurso Especial 1107511 Rio Grande do Sul. Relator: Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 21/11/2013. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%28AGRESP.clas.+ou+%22AgRg+no+REsp%22.clap.%29+e+%40num%3D%221107511%22%29+ou+%28%28AGRESP+ou+%22AgRg+no+REsp%22%29+adj+%221107511%22%29.suce.>>. Acesso em: 29/04/2023.

BRASIL. 05 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. In Vade Mecum. 10ª ed. São Paulo: Jus Podivm, 2021. p 38 - 108.

CARLOS, Antonio Lima de Jesus. **Aplicabilidade do Direito do Consumidor no Direito à Saúde**. In ROSA, Corina; PIMENTEL, Diego; SILVA, Rômulo – organizadores. **Direito do Consumidor Aplicado ao Direito à Saúde: Análise de Julgados**. Feira de Santana: Universidade Estadual de Feira de Santana, BA. 2017, p. 212 - 224.

CENTRO DE APOIO AO DIREITO PÚBLICO (Cadip). **Judicialização da Saúde. Fornecimento de medicamento pelo Poder Público**. 2ª ed. São Paulo: Tribunal de Justiça de São Paulo, 2022. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPublico/Pdf/Cadip/Esp_CADIP_Jud_Sa%C3%BAde_2ed_2022-06-01.pdf>. Acesso em: 08/05/2023.

Declaração Universal dos Direitos Humanos Disponível em: <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>>. Acesso em: 02/05/2023.

Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 22 de abril de 2023.

Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm>. Acesso em: 22 de abril de 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. Ver. e atual. São Paulo, SP. Saraiva, 2017 – (série IDP).

Portaria 3.916, de 30 de outubro de 1998. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html> Acesso em: 22 de abril de 2023.

Portaria nº 373, de 27 de fevereiro de 2002. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2002/prt0373_27_02_2002.html#:~:text=A%20presente%20Norma%20Operacional%20da,do%20Sistema%20%C3%9Anico%20de%20Sa%C3%BAde.> Acesso em: 22 de abril de 2023.

Recurso Extraordinário 440.028 São Paulo. Relator: Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 29/10/2013. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4919884>. Acesso em: 29/04/2023.

Recurso Extraordinário 566.471 Rio Grande do Norte. Relator: Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 15/11/2007. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.conjur.com.br/dl/re-566471-votopdf.pdf>. Acesso em: 06/05/2023.

Recurso Extraordinário 581.488 Rio Grande do Sul. Relator: Dias Toffoli. Brasília, julgado em 03/12/2015. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10624184> Acesso em 22 de abril de 2023.

ZACHARIAS, Alberto Toron. et al. **Decisões Controversas do STF: Direito Constitucional em Casos.** Rio de Janeiro: Forense, 2020.