



## A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DE SAÚDE COMO FORMA DE GARANTIR SUA EFETIVIDADE POR PARTE DO ESTADO FRENTE À RECENTE DECISÃO DO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RE) 566471

Tatiane de Fátima da Silva Pessôa<sup>1</sup>  
Daniela Richter<sup>2</sup>

### Resumo:

As omissões do Estado ao cumprimento da prestação efetiva do Direito Fundamental a saúde tem gerado demandas ao Poder Judiciário. Diante desse contexto quer-se analisar se é possível a judicialização da política de saúde ser meio efetivador deste direito fundamental frente à recente decisão do STF no Recurso Extraordinário 566471 que, determina que o Estado não é obrigado fornecer medicamentos de alto custo não registrados na lista do SUS. Espera-se testar se a técnica da ponderação entre estes bens jurídicos tutelados (saúde e vida) se mostra mais eficaz nas decisões judiciais.

**Palavras-chave:** Direito fundamental à saúde, Estado, Judicialização, Ponderação, Recurso Extraordinário 566471.

### THE JUDICIALIZATION OF HEALTH POLICY AS A WAY TO GUARANTEE ITS EFFECTIVENESS BY THE STATE IN FRONT OF THE RECENT STF DECISION IN THE EXTRAORDINARY APPEAL (RE) 566471

### Abstract:

The State's omissions to comply with the effective provision of the Fundamental Right to health have generated demands on the Judiciary. In this context, we want to analyze whether it is possible for the judicialization of health policy to be effective of this fundamental right in view of the recent decision by the Supreme Court in Extraordinary Appeal 566471, which determines that the State is not obliged to supply high-cost drugs not registered in the list SUS. It is expected to test whether the weighting technique between these protected legal assets (health and life) is more effective in judicial decisions.

**Keywords:** Fundamental right to health, State, Judicialization, Weighting, Extraordinary Appeal 566471.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho versa sobre a emblemática da judicialização do direito à saúde como meio de efetivação desse direito, e a recente decisão do STF do Recurso Extraordinário 566471. Assim, quer analisar se esse meio ainda trará efetividade ao direito à saúde, já que,

<sup>1</sup> Advogada. Doutoranda em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM).

<sup>2</sup> Professora Adjunta da UFSM. Coordenadora do Grupo de Estudos de Consumo Sustentável na UFSM.





dentre outros aspectos, a decisão determina que o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo não registrados na lista do SUS. Assim, tem-se que a Constituição Federal estabelece o direito à saúde como um direito de todos e um dever do Estado (art. 196, CF).

O Estado busca a efetivação deste direito fundamental por meio de políticas públicas sociais e ações governamentais. Contudo quanto a efetivação deste serviço público, não atende à demanda da sociedade, essa, socorre-se do Poder Judiciário para que busque compulsoriamente a efetividade do seu direito e o cumprimento por parte do Estado, fenômeno conhecido como a judicialização<sup>3</sup>.

A previsão constitucional para o atendimento à saúde por parte do Estado, relaciona-se o conjunto entre União, Estados e Municípios quanto à prestação do serviço público de saúde, e é financiado pelo orçamento da seguridade social conforme previsão do art. 195, § 1º, CF. Além de um dever do Estado, prevê-se a necessária participação da sociedade. Verifica-se, pois, que a previsão orçamentária está regulamentada para que o Estado garanta a prestação deste serviço.

Desse modo, entende-se que quando o sistema político torna frágil os direitos fundamentais, requer-se a atuação do Poder Judiciário, sejam em demandas individualizadas ou coletivas. Esta intervenção se faz necessária para garantir a efetivação do direito à saúde, na forma de solicitação de medicamentos, como de internações compulsórias, entre outras. Não significa que o ele está adentrando e intervindo nos demais poderes, ou interferindo na separação dos poderes, mas tão somente, garantindo o cumprimento de um preceito constitucional.

Torna-se relevante esse debate, em virtude da necessidade de políticas públicas e ações do Estado de maneira mais ampla e efetiva. Para que a efetividade na prestação do serviço público à saúde seja alcançada por todos, dessa forma sendo garantida conforme previsto na Constituição Federal.

---

<sup>3</sup> O termo judicialização está sendo empregado pelas autoras no contexto de garantia do Direito fundamental à saúde por meio da prestação desse serviço pelo Estado. Não está contemplado a judicialização da saúde com relação a quaisquer demandas judiciais, que relacionem apenas ao tema 'saúde' como exemplo: Ações contra operadoras de planos de saúde, a busca pela responsabilização civil e criminal por profissionais da saúde, entre outras. Será um mecanismo do qual o Poder Judiciário mediante provocação do interessado e parte na composição de um litígio, formulando políticas públicas, revendo decisões de outros poderes ou intervindo nas relações jurídicas contratuais, a partir de premissas fundadas no estabelecimento de Justiça Social, nos Direitos Fundamentais e nos Princípios Constitucionais (GONÇALVES, 2015).



É verdade que o Estado não atua de forma preventiva e protetiva para a sociedade, quando há a efetivação de um direito por meio de decisão judicial, há que se disponibilizar meios administrativos, por intermédio de ações governamentais e políticas públicas que coloquem o problema no centro das necessidades de resoluções prévias, para que a sociedade não necessite recorrer como via única de deliberação ao Poder Judiciário, com os mesmos pedidos e as mesmas necessidades.

Desta forma, o trabalho será dividido em dois capítulos. Inicialmente, objetiva-se a verificação da garantia do exercício regular das funções do Estado por meio da jurisdição constitucional, por meio da qual se busca a solução para a colisão de direitos fundamentais como o direito à vida e à saúde. Ademais, pretende-se discorrer sobre a função do Estado na efetivação do cumprimento do dever legal ao direito à saúde, da contextualização dos serviços públicos e da administração pública, para que sirva como supedâneo ao segmento do trabalho.

Após, aborda-se a excessiva judicialização do direito à saúde na qual chegam inúmeras demandas ao Poder Judiciário, muitas com os mesmos pedidos, como forma de garantir seu cumprimento. Bem como distinguir o ativismo judicial da judicialização política da saúde. Ao final, trata-se da recente decisão do STF no Recurso Extraordinário 566471 que trouxe o fato de não ser o Estado, responsável pelo préstimo de remédios considerados de alto custo e que não estão disponíveis no sistema, bem como a ponderação dos direitos e interesses envolvidos.

Para tanto, mostra-se mais coerente à utilização do método dedutivo, já que se parte de uma análise geral da judicialização do direito à saúde, para a tutela específica do RE 566471. E, neste trabalho se utiliza como método de procedimento, o monográfico, visto tratar de um único tema sob diversos aspectos e vieses. Ademais, utiliza-se da técnica de pesquisa bibliográfica. É o que se passa a demonstrar.

## **1 A GARANTIA DO EXERCÍCIO REGULAR DAS FUNÇÕES DO ESTADO POR MEIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Antes de adentrar no tema principal do presente artigo, tem-se que discorrer sobre assuntos igualmente importantes. Assim, de maneira estrita, a Jurisdição Constitucional confunde-se diretamente com os mecanismos de Controle de Constitucionalidade, esse que é uma espécie do gênero jurisdição constitucional. Para a manutenção das liberdades e



garantidas conquistadas no Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário realiza um controle difuso – nos seus diversos órgãos e instâncias – bem como pelo poder concentrado – realizado pelo Supremo Tribunal Federal provocado por instrumentos específicos – que garantam a fiel observância da Constituição (FERREIRA, 2013).

Neste ponto, ele satisfaz a pretensão das demandas da sociedade sem que atue arbitrariamente interferindo nos demais poderes, como exemplo a efetividade de garantir o acesso ao sistema público de saúde, de maneira compulsória ao Estado. A interpretação da Constituição permite a mediação entre a realidade e o texto normativo, sendo atribuído não apenas a órgãos oficiais, mas para toda a sociedade, tencionando tratar-se de uma obra de todos os seus intérpretes (LEAL, 2007).

No serviço público de saúde em um primeiro momento enfrenta-se uma colisão de direitos fundamentais, de um lado o direito à vida e à saúde e de outro a separação dos poderes e a reserva do possível. Diante disso Barroso aponta que, o que está no centro dessa colisão como um ponto crucial, é justamente os direitos mencionados de uns *versus* o direito à vida e a saúde de outros, visto que, quando foi previsto na CF/1988 o legislador não pôde prever todas as complexidades que englobam esta prestação de serviço público de saúde. Deveria suprir, e claro que não poderiam ser previstas anteriormente. Dessa forma “[...] não há uma solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão” (BARROSO, 2007, p. 5), reforçando a importância de um olhar caso a caso. A prestação do serviço público de saúde é pertinente a todas as esferas, impondo-se a cooperação entre as os entes federados (BARROSO, 2007)

O respeito à Carta Política é devido a sua hierarquia frente às demais normas, de posição superior promulgada em Assembleia Constituinte, refletindo os anseios e as intenções da população. Traz consigo, além da organização sócio política do Estado, liberdades, garantias, direitos individuais, sociais, difusos, vindo a ser assim, referência que guia o Estado como um todo (MORAES, 2016).

Percebe-se que o Estado prevê garantias nas quais se obtém efetividade por meio do Poder Judiciário, utilizada como uma alternativa de substituição as políticas públicas. Sendo considerado como o canal principal para a ratificação de direitos fundamentais, como o direito à saúde. Contudo, a proibição de recusa da justiça, tem levado a uma colisão dos preceitos constitucionais nos quais se encontram conflitados direitos fundamentais de uns em detrimento de outros. A atuação do Poder Judiciário cabe, quando a maioria política a qual





deveria representar a vontade do povo democraticamente, finalidade de ser eleita, deixa direitos fundamentais vulneráveis, como a prestação do serviço público de saúde (BARROSO, 2007).

Um dos aspectos mais visíveis para a sociedade é constatar de pronto, que as decisões das demandas judiciais, deveriam ser encaradas como supedâneos às novas políticas públicas que protegessem efetivamente esse direito, ocorrendo uma efetiva proteção, porém são notórios e históricos os problemas sociais que o Brasil enfrenta, como a fragilidade na cidadania, a exclusão social entre outros, particularidades que o Brasil carrega.

O que faz o Estado neste ponto – atribui-se ao Estado as características: paternalista, protecionista e assistencialista, com esse caráter de proteção se proliferam políticas públicas voltadas para a ‘sobrevivência social’- como Barroso (2007) menciona principalmente na área da saúde, dessa forma acaba por deixar de lado as políticas públicas voltadas a prevenção, a educação e a co-gestão entre Estado e sociedade. Se antes a sociedade era levada a prostar e posicionando-se como mero consumidor da prestação do serviço público de saúde hoje é necessário que a sociedade tenha certa criticidade e que possam pensar e construir alternativas para as mazelas da saúde. Esse cenário tem se modificado ao longo dos últimos anos, desde a incorporação dos níveis de inclusão social, sendo necessário provisionamento para os custos financeiros de manutenção e provisão de acordo com a previsão orçamentária destinada ao custeio do sistema público de saúde (LEAL, 2008).

Apresentadas as colisões de direitos fundamentais resta ao interprete aplicar a ponderação como meio de resolução das demandas envolvendo a preservação do direito à saúde. Entretanto não cabe inferir que o Poder Judiciário age de modo a interferir na separação dos poderes, em razão do agir a partir da provocação por quem necessita. Entretanto, as ações do Poder Judiciário destinam-se a cobrir as omissões por parte da Administração Pública no tocante as práticas e a prestação do serviço público de saúde com eficiência.

Não há interferência na separação de poderes com a sua atuação, já que “para que seja legítima a atuação judicial não pode expressar um ato de vontade própria do julgador, precisando sempre reconduzir-se a uma prévia deliberação majoritária, seja do constituinte, seja do legislador” (BARROSO, 2007, p. 13). Tendo sido realizadas as premissas iniciais desse silogismo, passa-se, na sequência, a desdobrar-se alguns conceitos importantes para a continuidade do enfrentamento do tema.



## 1.1 Contextualizações necessárias sobre Serviços Públicos e Administração Pública

Para melhor entendimento da proposta é necessário não apenas analisar a atuação da jurisdição constitucional bem como entender a contextualização conceitual de administração pública e de serviços públicos. Encontra-se na doutrina de Mello o conceito de função pública no Estado Democrático de Direito como “[...] a atividade exercida no cumprimento do *dever* de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica” (MELLO, 2003, p. 29). O autor afirma que a maior parte da doutrina tem como tripé nas funções do Estado a legislativa, a executiva e a jurisdicional distribuídas por meios dos poderes. Dessa forma a função que o Estado exerce, é a função legislativa por meio de normas gerais. Muito embora, para Kelsen, seriam apenas duas normas a de criar e de executar o direito, sendo utilizado o critério formal para identificar as funções do Estado, definidas da seguinte forma,

Assim, função *legislativa* é a função que o Estado, e somente ele exerce por via de normas gerais, normalmente abstratas, que inovam inicialmente na ordem jurídica, isto é, que se fundam direta e imediatamente na Constituição. Função *jurisdicional* é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de “coisa julgada”, atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo judiciário e que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recurso. Função *administrativa* é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce *na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos* e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser *desempenhada mediante comportamentos infralegais* ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos a todos a *controle de legalidade pelo Poder Judiciário* (MELLO, 2013, p.35-36).

Investigando o conceito de serviços públicos, encontra-se certa dificuldade devido às várias definições encontradas, sendo os conceitos aplicados, divididos em dois e de sentidos amplos e restritos. O exemplo da definição em sentido amplo do serviço público no direito brasileiro, defende Cretella Júnior (1990, p. 55-60) para quem o serviço público é “[...] toda a atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico do direito público”. Em sentido restrito, o conceito trazido por Mello (2015, p. 695) define como: “Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de direito público [...]”,



consagrando as prerrogativas determinadas pelo Estado. Entre vários conceitos<sup>4</sup> apresentados, todos norteiam a compreensão do significado de serviços públicos.

Di Pietro antes de apresentar seu conceito, torna-se necessária a avaliação da evolução do serviço público. Logo após o surgimento das primeiras noções sobre serviços públicos, surgidos na França, as quais englobavam todas as atividades estatais, porém, os autores utilizavam três critérios para integrar a definição de serviço público sendo eles: Subjetivo, material e formal. Esses, eram utilizados no período do Estado liberal, onde o serviço público abrangia atividades de interesse geral. A autora traz sua definição de serviço público como “[...] toda atividade que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob o regime jurídico total ou parcialmente público” (DI PIETRO, 2002).

Assim, os serviços públicos regem-se por princípios atrelados a ele, como o princípio da continuidade do serviço público, o princípio da mutabilidade do regime jurídico ou da flexibilidade dos meios aos fins, e pelo princípio da igualdade dos usuários. Conclui-se que o serviço público entre seus vários conceitos apresentados neste trabalho, é conduzido para a busca da satisfação dos deveres constitucionais atribuídos ao Estado. Importa conceituar a Administração Pública em sentido subjetivo, sendo comparada a um conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas para os quais a lei atribui, o exercício da função administrativa do Estado (DI PIETRO, 2002).

<sup>4</sup> O conceito de serviços públicos a seguir servem para complementar os conceitos definidos no texto, como exemplos o conceito definido por Figueiredo (1994, p. 59) como “[...] toda atividade material fornecida pelo Estado, ou por quem esteja a agir, no exercício da função administrativa se houver permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente”, isso claro relacionado à utilização pública que precisa ser concretizada na prevalência de um direito público. De acordo com Marinela (2018, p. 606) é considerado serviço público “[...] toda atividade de oferecimento de utilidade e comodidade material, destinada à satisfação da coletividade, mas que pode ser utilizada singularmente pelos administrados”, justamente porque o Estado passa a assumi-la “[...] como pertinente a seus deveres e presta-a por si mesmo, ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público, total ou parcialmente”. Os Serviços Públicos e a Administração Pública são apresentados por vários conceitos, historicamente (RECK, 2006, p. 98) “Uma Administração Pública vai surgir com contornos mais definidos e mais vigor a partir da revolução de 1930, levada a cabo pelos tenentistas e novas oligarquias. O senso comum da época demandava, a reboque das tendências mundiais, uma atuação já técnico-burocrática cada vez mais ampla. Esta atuação foi construída como uma “terceira via” entre os defeitos do capitalismo e do socialismo. A atuação do Estado é direta e ampla sobre os diversos setores. Se os fins são postos, por óbvio, politicamente, as justificações são colocadas apoliticamente, como as únicas alternativas sérias diante das ideológicas”. Em suma, serviço público segundo Nohara (2019, p. 505) [...] contrapõe-se à noção privatística de desenvolvimento de atividade econômica em sentido estrito, que é realizada tendo como parâmetro as regras do mercado e eventual controle efetivado no âmbito do poder de polícia, que objetiva restringir interesses privados em prol do benefício público.



A administração pública se estrutura no princípio da hierarquia, o qual se relaciona com a subordinação entre órgãos públicos com competência administrativa, e sucedendo a seus titulares os quais, detém o exercício das atribuições hierárquicas, também conhecido como poder hierárquico. A hierarquia encontra-se no Poder Executivo, mas não é encontrada no Poder Judiciário e Legislativo enquanto poder, porém ocorrem em suas estruturas administrativas (GASPARINI, 2003).

Em relação a princípios a Administração Pública é norteada pelos seguintes: legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência, publicidade, proporcionalidade, razoabilidade, ampla defesa, segurança jurídica, contraditório, motivação e supremacia do interesse público. De acordo com Meirelles (MEIRELLES, 2002), o termo “Administração Pública” destina-se tanto para pessoas como órgãos governamentais, e a atividade levada a cabo de administrar interesses alheios. Portanto, o Direito Administrativo surge para regular as condutas praticadas pelo Estado com ênfase em proteger o cidadão do exercício do poder estatal, ainda o Direito administrativo nasce com o Estado de Direito, esse definido como um modelo de organização social onde traz uma concepção política de um esquema de controle de poder, o mundo jurídico e das normas (MELLO, 2013).

Desta forma o Estado de Direito pode ser definido como (MELLO, 2013, p. 49), “[...] um gigantesco projeto político, juridicidade, de contenção de poder e de proclamação da igualdade de todos os homens”. Assim, “[...] as incessantes e dramáticas mudanças pelas quais sofre o convívio social requerem novas formas de atuação do Poder Público” (HORVATH, 2011, p. 06). E, é por isso, que, na continuidade desse trabalho, abordar-se-á a judicialização do direito à saúde.

## **2 JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: ASPECTOS DEMOCRÁTICOS E A BUSCA PELA SOLUÇÃO POR MEIO DA TÉCNICA DE PONDERAÇÃO DOS BENS JURÍDICOS TUTELADOS E A DECISÃO DO RE 566471**

A ineficiência do Estado brasileiro na prestação do serviço público de saúde, de maneira satisfatória e ao alcance de todos é notória, sendo necessárias intervenções do sistema judiciário para que ocorra a efetivação do direito fundamental à saúde. Sendo um dever do Estado e direito de todos, conforme previsto no art. 196 da Constituição Federal. Desta forma,



atribui-se ao Estado o dever de garantir que a prestação desse serviço atenda a todos e seja disponibilizada de maneira integral<sup>5</sup>.

A partir da previsão na Constituição Federal ocorre a ampliação dos titulares do direito à saúde, não se restringindo mais apenas aos trabalhadores formais, foi estendida a todos os brasileiros que detivessem vínculo empregatício ou não (BARROSO, 2007). No Brasil a prestação do serviço de saúde é realizada por meio do Sistema único de Saúde (SUS<sup>6</sup>), o qual não é suficiente para garantir a efetiva garantia do direito fundamental, como o direito à saúde. O Estado quando presta um serviço de maneira ineficiente ou que não alcança a todos os indivíduos, favorece o ativismo judicial buscando por meio do judiciário a garantia do seu cumprimento.

Após a CF, em setembro de 1990, foi aprovada a lei orgânica do SUS (Lei nº 8.080/90), na qual prevê seu funcionamento, sua forma de organizar-se podendo haver participação pública e privada (essa de forma complementar). Assim “[...] o SUS é concebido como um conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta” (BARROSO, 2007, p. 17).

A busca pelo Poder Judiciário abarca uma gama de problemas envolvendo a operacionalização que o SUS não consegue atender aos seus usuários, seja por ineficiência ou omissão do Estado são evidenciados o engessamento dos serviços e da Administração Pública. Esse engessamento na gestão pública começa a aparecer não apenas em demandas judiciais por solicitação de medicamentos, mas por indisponibilidade de leitos na rede pública de saúde, por uma quantidade de demanda muito maior do que a capacidade do SUS suporta, ou esteja preparada.

Outros procedimentos como os agendamentos a consultas com profissionais especializados, bem como, o aumento da demanda de procedimentos cirúrgicos. Em outras

---

<sup>5</sup> A Administração Pública por intermédio de centrais regulatórias articula e integra a demanda e a oferta dos atendimentos realizados pelo SUS. Atualmente no Brasil são necessários processos reguladores com maior eficiência, tanto em instituições públicas como privadas, visto que, a regulação é uma atividade que organiza os processos de decisão do Sistema Único de Saúde. E esse por sua vez, permanece sob pena de tornar-se inviável a efetivação do atendimento ao usuário (BARBOSA, 2016).

<sup>6</sup> “O SUS é concebido como o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta. A iniciativa privada poderá participar do SUS em caráter complementar” (BARROSO, 2007, p. 16). Entre as principais atribuições do SUS previstas na Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, art. 6º, VI em que está a “formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção”.



palavras, a prestação do Serviço Público de saúde eficiente desmonta o ativismo judicial, evitando a dilatação da violação de direitos. Entretanto a proposta aqui limita-se a busca por medicamentos que não estão na lista do SUS, porém a amplitude dos problemas atrelados ao SUS<sup>7</sup> perpassa as possibilidades de execução neste estudo.

A efetividade do Estado perante o cumprimento de seu dever, enquanto garantidor do Serviço Público de Saúde, deve pautar em ações que ampliem a cooperação entre cidadãos e Estado. Dessa forma a linguagem passa a não ser mais apenas a troca de informações, mas como uma possibilidade para a criação de planos de ação que visem ampliar a efetividade da prestação do serviço público de saúde (RECK, 2006). Se as demandas são crescentes e as ofertas insuficientes são necessárias políticas públicas como forma preventiva de acesso do sujeito ao serviço público de saúde.

Entretanto, percebe-se que a natureza e o *modus operandi* de qualquer governo são sempre difíceis de explicar. Bem como os poderes legais, jamais garantiram a capacidade de usá-los, mas são importantes, tanto como pontos de apoio como de limitações. O prestígio tradicional sempre vale alguma coisa, mas não para todas as coisas (SHUMPETER, 1961). Contudo a previsão constitucional do direito à saúde trouxe à baila um dever de saúde em caráter universal. Significa que, ao falar em prestação de serviço público de saúde não pode ser visualizado apenas demandas demonstradas pelas vias administrativas ou judiciais. São necessários instrumentos para que possa ser alcançado o atendimento a demanda social existente. Quando é disponibilizada o serviço público de saúde apenas, para quem busca seus recursos, torna-se ilusória o número das demandas universais, pois haveriam ainda os usuários que nem sequer buscaram por esse serviço por absoluta falta de recursos para a busca (LEAL, 2008).

Sejam por meios executivos ou judiciais as demandas do SUS não satisfazem as necessidades dos usuários. Porém quando menciona-se a expressão judicialização da saúde muitas vezes ocorre a confusão entre as expressões ativismo judicial e judicialização, portanto é preciso, ademais, distinguir os termos judicialização e ativismo judicial<sup>8</sup>. O ativismo

<sup>7</sup> O Sistema Único de Saúde é previsto no artigo 198 da CF em que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, e constituem um sistema único”. Tal sistema deve ser “descentralizado” e deve prover “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais” (BRASIL, 1988).

<sup>8</sup> A judicialização e o ativismo são fenômenos distintos, são da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados pelas mesmas causas imediatas. Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância



judicial<sup>9</sup> atuando como garantidor do cumprimento do direito fundamental à saúde, apesar da efetividade e força normativa alcançada pela Constituição Federal, nos quais os direitos sociais em especial, ganharam destaque quanto ao critério subjetivo, abrigando-se no amparo do Poder Judiciário para a satisfação do cumprimento da promessa constitucional de “prestação universal” do serviço público de saúde.

Frente a essa situação devem ser ponderados os bens jurídicos que estão em tela “o bem jurídico da vida do cidadão, envolvendo a moléstia de que está acimado, correlato ao dever do Estado e da família para com a saúde pública” (LEAL, 2008, p. 54). Bem como o “bem jurídico saúde pública de toda a sociedade para com quem este mesmo Estado possui o dever de tutela” (LEAL, 2008, p. 54). É necessário aplicar a técnica da ponderação para a colisão destes princípios Constitucionais (direito à saúde de uns *versus* direito à vida e direito à saúde de todos) desta forma, “[...] a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para *casos difíceis* (do inglês ‘*hard cases*’), em relação aos qual o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado” (BARCELLOS, 2008, p. 55).

Por meio da teoria do discurso é possível inferir o caráter derivativo dos direitos de defesa relacionados ao Estado: “somente a constituição de um poder estatal pode fazer com que o direito a iguais liberdades subjetivas se transmita também em relação aos parceiros do direito” (HABERMAS, 2002, p.311). A judicialização da saúde tem tornado cada vez mais ativo o Poder Judiciário na garantia do cumprimento do direito fundamental à saúde.

Entretanto a sociedade necessita de normas, em razão de seus conflitos de interesses, porém se utilizar deste mecanismo como única ferramenta para alcançar sua garantia constitucional há uma clara omissão do Estado. Principalmente quando alçado como única alternativa esgotadas as vias administrativas, entretanto verifica-se que a judicialização passa

---

que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia do ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos demais poderes (BARROSO, 2007, p. 2 e 6).

<sup>9</sup> Além disso, o ativismo, enquanto forma de atuação, é forma oca, por não se ajustar em um conceito fechado, podendo ter, por conteúdo, decisões liberais, conservadoras e progressistas, despidendo-se, por isso mesmo, de valorações apriorísticas. Também se verificou que o conceito tende a mudanças de orientação jurisprudencial (derrubada de precedente), estando o seu exame vinculado, antes, a questões de critérios de interpretação do que a critérios de competência (GERVASONI; LEAL, 2013, p. 179).



por critérios específicos e por esta razão depende da maneira e do contexto que estar-se-á inserida a técnica de ponderação pelos julgadores.

A intervenção do Poder Judiciário ao aplicar a técnica da ponderação para a solução da colisão de princípios fundamentais em suas decisões coloca em xeque a atuação do Estado. Claramente omissivo no cumprimento de seus deveres. É por esse motivo, que se trata, ao final da recente análise do Recurso Extraordinário 566471 do Supremo Tribunal Federal.

Como dito acima, o Estado longe está de conseguir efetivar os direitos fundamentais dos cidadãos e que, têm sido uma saída, por vezes, a utilização do Poder Judiciário para atingir tal desiderato. Desse modo, a grande questão que se impõe agora é a análise da Judicialização da saúde quando o medicamento e/ou procedimento pretendido não está previsto na lista do SUS, cujo valor é de grande monta.

A decisão de 11 de março de 2020, do STF, no Recurso Extraordinário 566471, chancelou a ideia já preconizada de que Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo não registrados na lista do SUS e levantou a polêmica se a judicialização das demandas da saúde ainda serão um meio de sua concretização haja vista a hipótese ter sido esvaziada para a imprescindibilidade do medicamento e da impossibilidade de substituição.

Rememorando tal processo é oriundo de uma negativa de obrigação de fazer do Estado do Rio Grande do Norte de fornecer citrato de sildenafil para o tratamento de cardiomiopatia isquêmica e hipertensão arterial pulmonar de uma senhora idosa e carente, com o argumento de ser o medicamento de “alto custo”. No texto da repercussão geral, alegava-se que

[...] ao determinar-se o fornecimento de medicamento não inserto no Programa do ente público, o valor por ele desembolsado sempre extrapola o consignado em orçamento para essa finalidade, pois não há o rateio das despesas versado na Constituição. Afirma causar o procedimento lesão à ordem e à economia pública. Refere-se ao grande número de processos a versarem sobre o tema. (BRASIL, 2020, p. 5)

Argumentando, dentre outros aspectos, que a tutela de atendimento traria benefícios a apenas um cidadão em detrimento de milhares e que o Estado não tinha o interesse em proceder dessa forma já que “[...] nem sempre os medicamentos pedidos servem ao restabelecimento da saúde, e sim ao prolongamento da vida, já em estágio precário, por algum tempo” (BRASIL, 2020). No mérito, argumentava, outrossim, pela reserva do possível. O



juízo de primeiro grau definiu a coação do fornecimento, o que foi igualmente confirmado pelo Tribunal de Justiça estadual. (BRASIL, 2020).

Os ministros entenderam, em sua maioria (08), que o recurso merecia ser indeferido e levaram como base a tese dos argumentos do voto do relator, proferido em setembro de 2016. Insta destacar que

A vertente vencedora entendeu 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. (STF, 2020)

Desta feita, no voto é possível perceber a ponderação de direitos fundamentais à saúde, à vida e à dignidade, mas especialmente a discussão sobre a solidariedade entre os membros da família prevista no artigo 229 da CF, assim como o dever de todos em custear os direitos sociais mediante impostos e contribuições.

Ante ao relatado, restou decidido que há um dever de solidariedade ao fornecimento dos medicamentos indispensáveis, com a devida ordem de prioridade:

1º) cônjuge ou companheiro (a), consideradas as uniões homo e heterossexuais; 2º) ascendente, natural, civil ou socioafetivo, em ordem sucessiva de grau de parentesco, sem observância de limites; 3º) descendente, natural, civil ou socioafetivo, em ordem sucessiva de grau de parentesco, sem observância de limites; 4º) irmãos, germanos ou unilaterais. (BRASIL, 2020, p. 18)

Assim, cumpre ao solicitante comprovar no seu pedido a declaração/prova de sua vulnerabilidade financeira e de dos familiares acima descritos. Portanto, diante das situações aqui postas, tem-se que continua sendo dever do Estado o fornecimento de medicamento de alto custo a portador de doença grave e que não possui condições financeiras para comprá-lo. Mas, se este medicamento não estiver na Política Nacional de Medicamentos do SUS ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, o Estado não será obrigado. Isto é, o fornecimento ficará na dependência 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”. (BRASIL, 2020, p.19).



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

É importante destacar que a aplicação da técnica da ponderação para resolver esta colisão de princípios é a mais adequada, visto que são problemas que demandam solução caso a caso, a análise necessária é realizada por todo o contexto do pedido, que se dirige ao Estado por intermédio do Poder Judiciário, não há como usar casos semelhantes para decisões semelhantes, são casos semelhantes com soluções diferentes.

É claro que o aumento de políticas públicas de inclusão social as quais trouxeram um aumento massivo de direitos que o Estado deve prover, o que pode ter assolado o Estado. Porém para que ocorra a concretização do cumprimento destes direitos é necessário que o sistema econômico e financeiro do Estado possa arcar e prover tais despesas.

Depois de adentrar a um emaranhado de possibilidades que giram em torno do direito à saúde, tema esse que não será esgotado devido sua amplitude, há que se ponderar e sopesar os argumentos utilizados caso a caso quando tratar do direito à saúde. Bem como a ponderação dos princípios fundamentais do direito à vida e a saúde, levando em consideração que a demora dessas decisões, podem causar danos irreparáveis, porém de outra banda deve ser balanceado os direitos sociais de uns em detrimento do direito à saúde de todos.

Não há uma resposta pronta para chegar a uma solução, mas por intermédio da técnica de ponderação tem se mostrado a maneira mais adequada para que sejam analisadas e solucionadas caso a caso, as omissões do Estado em relação ao dever do direito fundamental à saúde. Mas, uma resposta é clara diante do posicionamento do STF, ou seja, nos casos em que se necessitar de medicamento de alto custo que esteja fora da listagem da Política de Saúde do SUS, haverá, primeiro a análise da responsabilidade sócio familiar e, tão somente, após e, comprovada a imprescindibilidade do medicamento e a impossibilidade de sua substituição por outro similar previsto na lista, é que o Estado poderá ser obrigado a prestá-lo. O que significa dizer que, em resposta, ao questionamento proposto, nem sempre a judicialização da política de saúde será um meio eficaz para a concretização desse direito.

## REFERÊNCIAS

Barbosa DVS, Barbosa NB, Najberg E. **Regulação em Saúde: desafios à governança do SUS**. Cad saúde colet 2016;24(1):49-54. [ [Links](#) ]





BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional.** In: **A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** Luís Roberto Barroso (Org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política.** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>> Acesso em: 10 de abr. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em: <http://www.mpdft.mp.br/saude/index.php/judicializacao-da-saude/169-da-falta-de-efetividade-a-judicializacao-excessiva-direito-a-saude-fornec> > Acesso em: 10 de abr. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Senado Federal.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Lei Orgânica da Saúde.** 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, set. 1990.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 566471** Relator: Marco Aurélio Mello. Brasília. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento 11/03/2020. Publicação:17/03/2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf> . Acesso em: 20 de mar de 2020.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Administração Pública Indireta Brasileira,** Ed. Forense, Rio, 1990.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FERREIRA, Emanuel de Melo. **Jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade.** Disponível em: <<https://constituicaoedemocracia.com/2013/04/14/jurisdicao-constitucional-e-controle-de-constitucionalidade/>> Acesso em: 13 de abr.2020.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva.2003.

GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Monia Clarissa Hennig. **Judicialização da Política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal.** Curitiba: Multideia, 2013.

GONÇALVES, Sandra Krieger. **Judicialização do direito à saúde e o sistema de saúde**



- suplementar no Brasil: aspectos críticos da fundamentação de decisões judiciais.** Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciências Jurídicas – PPCJ. Itajaí: UNIVALI, 2015, p. 9.
- HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política.** 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002, p. 54.
- HORVATH, Miriam Vasconcelos Fiaux. **Direito administrativo.** Barueri, SP: Manole, 2011.
- LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Jurisdição Constitucional aberta: reflexões sobre os limites e a legitimidade da Jurisdição Constitucional na ordem democrática.** 1ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- LEAL, Rogério Gesta. **A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional.** Revista de Direito Sanitário, Brasil, v. 9, n. 1, p. 50-69, june 2008. ISSN 2316-9044. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13101>. Acesso em: 16 jan. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v9i1p50-69>.
- MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo.** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 16ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 30ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 32ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 32. ed. rev. e atual. até a EC nº 91 de 18 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016.
- MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas.** 3.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo.** 9ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2019.
- RECK, J.R. **Aspectos teórico-constitutivos de uma gestão pública compartilhada: o uso da proposição harbermasiana da ação comunicativa na definição e execução compartilhada do interesse público.** 2006. 320f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito. Universidade de Santa Cruz do Sul. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2006.
- SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, socialismo e democracia.** Rio de Janeiro: Fundo de cultura, 1961.



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo não registrados na lista do SUS.** Disponível em:

<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095>. Acesso em: 20 mar 2020.