



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS  
Curso de Bacharelado em Direito

**PEDRO PAULO DE MORAES FERREIRA SUCHA**

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: A INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO  
FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO**

**BRASÍLIA  
2023**

**PEDRO PAULO DE MORAES FERREIRA SUCHA**

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: A INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Professora: Ms. Betina Günther Silva

**BRASÍLIA**  
**2023**

**PEDRO PAULO DE MORAES FERREIRA SUCHA**

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: A INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientadora: Betina Gunther Silva

**Brasília, 24 de abril de 2023.**

**BANCA AVALIADORA**

---

**Professor(a) Orientador(a)**

---

**Professor(a) Avaliador(a)**

Dedico esta monografia a minha esposa Bruna Casarotto, que me deu todo o suporte e incentivo para que eu pudesse desenvolver este projeto, e a minha filha Júlia Sucha, minha mais nova inspiração. Dedico também este trabalho aos meus pais Carlos e Elisa pelo apoio e educação que me proporcionaram. Por fim, a Deus, pois sem Ele nada seria possível.

## **JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: A INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO**

**Pedro Paulo de Moraes Ferreira Sucha<sup>1</sup>**

**Orientadora: Profa. Ms. Betina Günther Silva**

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objeto de estudo da judicialização de ações na saúde pública nos casos de fornecimento de medicamentos de alto custo no Brasil. O trabalho tratará sobre a atuação do Poder Judiciário como garantidor da efetivação do direito à saúde, por meio da judicialização de políticas públicas relativas à saúde, observados os princípios e limites constitucionais. Por fim, examinam-se casos jurisprudenciais sobre a temática da saúde e uma análise mais detalhada sobre o caso paradigma do Recurso Extraordinário nº 566.471/RN, pois a partir deste processo, o qual teve sua repercussão geral reconhecida, se firmará a tese do Tema 6 do STF que trata do fornecimento de medicamentos de alto custo para pessoas financeiramente hipossuficientes, mostrando-se ao final quais os argumentos jurídicos relevantes nos votos dos Ministros da Suprema Corte acerca do tema em questão.

**Palavras-chave:** Direito à saúde; Política Pública; Judicialização; Reserva do Possível; Princípio da Garantia do Mínimo Existencial; Gestão do SUS; Medicamento de alto custo.

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília. [pedro.sucha@sempreceub.com](mailto:pedro.sucha@sempreceub.com).

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>1. DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.....</b>	<b>10</b>
1.1. Fundamento da República: a dignidade da pessoa humana.....	11
1.2. Direitos Fundamentais.....	12
1.2.1. Direito à Vida.....	15
1.2.2. Direito à Saúde.....	17
1.3. Sistema Único de Saúde - SUS.....	21
<b>2. CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: DIREITO À SAÚDE.....</b>	<b>27</b>
2.1. Separação dos Poderes.....	28
2.2. Princípio da Reserva do Possível.....	33
2.3. Princípio da Garantia do Mínimo Existencial.....	39
<b>3. CONTROLE JUDICIAL NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 566.471 DO RIO GRANDE DO NORTE.....</b>	<b>43</b>
3.1. Recurso Extraordinário nº 566.471/RN.....	47
3.1.1. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio.....	54
3.1.2. Voto do Ministro Alexandre de Moraes.....	57
3.1.3. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso.....	58
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>63</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>70</b>

## INTRODUÇÃO

O direito à saúde a todos os cidadãos é um dever que o Estado deve efetivamente garantir, como consequência do próprio direito à vida. Sendo assim, a saúde é um direito fundamental, devendo o Estado prover as condições necessárias à sua viabilização. Dessa forma, a Constituição Federal garante o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde, assegurando, assim, a sua proteção nas esferas geral e individual. Ancorado nessa premissa, o Sistema Único de Saúde (SUS) busca atender a todos os cidadãos brasileiros que necessitam do sistema público de saúde.

Não à toa, a judicialização da saúde vem crescendo exponencialmente nos últimos anos. Em estudo realizado pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper), a pedido do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), concluiu-se que entre 2008 e 2017, o número de demandas judiciais relativas à saúde aumentou 130%, enquanto o número total de processos judiciais cresceu 50% no período. Além disso, segundo o Ministério da Saúde, verificou-se que em sete anos houve um crescimento de aproximadamente 13 vezes nos gastos com demandas judiciais; apenas no ano de 2016 o valor atingiu R\$ 1,6 bilhão<sup>2</sup>.

O tema se justifica na medida em que as decisões advindas da judicialização da saúde, especialmente no fornecimento de remédios de alto custo, que não são providos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), podem gerar impactos na gestão dessa política pública.

Sabe-se que a gestão das políticas públicas, em muitos casos, é omissa ou ineficiente no fornecimento, de forma satisfatória, dos direitos sociais, o que justifica o ajuizamento de ações nesta temática. Contudo, o Poder Judiciário deve ter bastante cautela na análise desses casos relacionados à saúde, uma vez que sua decisão poderá interferir na gestão administrativa, já que o administrador deve, ao mesmo tempo, atender às demandas relacionadas aos medicamentos de alto custo e as outras originárias do Sistema de Saúde.

Além disso, uma decisão de concessão individual a um direito pode acabar interferindo na consagração do princípio da universalização do SUS, bem como na premissa da igualdade de atendimento, já que a interferência na gestão do Estado compromete o atendimento de forma homogênea ao máximo de pessoas possível.

---

<sup>2</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas e proposta de solução. Brasília, 2019, p.7. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>> Acesso em: 26 abr. 2021.

Segundo o Relatório Judicialização da Saúde no Brasil, publicado pelo CNJ:

A judicialização da saúde é também um fenômeno de elevada complexidade. A literatura científica, por exemplo, diverge sobre quem procura o Judiciário requerendo serviços e produtos de saúde (pobres ou ricos?), diverge sobre o que requerem (medicamentos e serviços que são parte das listas, protocolos e contratos ou fora destes?) ou ainda diverge sobre os efeitos dessas ações judiciais sobre a política geral de saúde pública e privada (qual a magnitude dos distúrbios causados?). Ademais, a divergência perpassa, inclusive, os próprios pressupostos normativos do conflito, ou seja, sobre quais devem ser os parâmetros de justiça e de quem é a competência para decidir.<sup>3</sup>

Portanto, a judicialização da saúde busca endereçar demandas, em sua maioria individuais, que o SUS não possui condições de atender. Diga-se de passagem que essas demandas, na maioria dos casos, são legítimas. Porém, as decisões do Poder Judiciário que beneficiam os autores das ações podem ferir o princípio da universalidade e da isonomia, já que os recursos econômicos são limitados e, infelizmente, não é possível fornecer a todos os cidadãos o melhor tratamento para combater determinadas enfermidades.

Sendo assim, considerando a complexidade e relevância do tema, este trabalho visa analisar o Recurso Extraordinário nº 566.471/RN e os impactos que o excesso da judicialização da saúde, especificamente sobre o provimento de remédios de alto custo, geram na gestão do Sistema Único de Saúde.

A hipótese inicialmente levantada pelo trabalho é que as decisões do Poder Judiciário, advindas da excessiva judicialização da saúde para o fornecimento de remédios de alto custo, impactam negativamente na gestão do SUS, afetando o planejamento financeiro por parte do Estado, bem como comprometendo o atendimento de forma homogênea e igualitária ao máximo de pessoas possível.

Para responder ao problema de pesquisa, o presente estudo almeja expor, de maneira objetiva, as características dos direitos fundamentais e dos direitos sociais à luz da Constituição Federal de 1988, bem como esclarecer o conceito do direito à saúde e dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial. Em seguida, pretende-se abordar o Sistema Único de Saúde e o fornecimento de medicamentos por ele, especialmente os de alto custo.

Por fim, objetiva-se analisar a atuação e os limites do Poder Judiciário nas demandas sociais; analisar as consequências do excesso de ações judiciais na saúde. Para

---

<sup>3</sup> *Idem.* p.9.



tanto, será apresentado o caso em discussão no Recurso Extraordinário 566.471 Rio Grande do Norte, referente ao Tema 6 de repercussão geral sobre o dever do Estado em fornecer medicamentos de alto custo aos enfermos que não possuem condições financeiras de arcar com o tratamento.

## 1. DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Na busca por maiores direitos e garantias, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/1988) previu um rol significativo de direitos fundamentais aos cidadãos, e, por isso mesmo, é conhecida como a Constituição Cidadã.

O direito à saúde é elencado na Carta Magna como um direito social, previsto no art. 6º, juntamente com tantos outros, tais como: a educação, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

De forma mais profunda, o acesso à saúde, quando associado com o risco de morte, está relacionado intrinsecamente com o direito fundamental à vida (art. 5º da CF/1988) e ao fundamento da república da proteção da dignidade humana (art. 1º, inciso III, da CF/1988)<sup>4</sup>.

Já o art. 196 da CF/1988 prevê que a “saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”<sup>5</sup>. Trata-se, portanto, conforme o art. 6º da Carta Magna brasileira, de um direito social público subjetivo conferido a todos os cidadãos.

Este capítulo detalha, tomando como base a Constituição Cidadã, o direito à saúde como um direito de todos e um dever do Estado, que deve ser promovido por meio de políticas públicas. Nesse contexto, visando garantir a saúde, o Estado, em seu dever de formular e executar políticas econômicas e sociais, cria o Sistema Único de Saúde (SUS) para estabelecer, no âmbito da saúde pública, o acesso universal e igualitário, bem como ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Ademais, serão abordados os principais princípios que ancoram esse direito fundamental e social.

---

<sup>4</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 10 nov. 2022.

<sup>5</sup> *Idem*.

## 1.1. Fundamento da República: a dignidade da pessoa humana

Os fundamentos da República Federativa do Brasil estão listados nos incisos do art. 1º da CF/88<sup>6</sup> e constituem as bases do ordenamento jurídico do país. Portanto, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político são valores maiores, os alicerces, que orientam a atuação do Estado brasileiro. Dessa forma, por serem indispensáveis, são esses os valores que a nação necessita, pelo menos, desde a promulgação da Constituição de 1988. Assim, tendo em vista que sem eles não existe o Estado na visão do constituinte e, por isso, esses fundamentos são a “essência da concepção de Estado acolhida pela Lei Maior”<sup>7</sup>, pode-se classificá-los como normas de eficácia plena e de aplicabilidade imediata.

Desta maneira, vislumbra-se o contexto em que se encontra o fundamento da dignidade humana, que consagra o Estado brasileiro como uma pátria centrada no ser humano, devendo ser considerado sempre como um fim, nunca como um meio. Nesse mesmo sentido, o ser humano, conforme a perspectiva de dignidade da pessoa humana de Immanuel Kant<sup>8</sup>, carrega em si valores essenciais, intrínsecos, os quais impedem que ele seja tratado como algo que possui um preço. Portanto, ele não é um meio, mas sim, um fim em si mesmo, pois coisas têm valor de troca, pessoas não. Por isso, é elementar que todo ser humano tenha direitos fundamentais.

Deste modo, todo ser humano tem direitos básicos de proteção individual que devem ser respeitados e garantidos pelo Estado e por seus pares. A existência dos direitos fundamentais, que advém do princípio da dignidade humana, deve reconhecer todos os seres humanos só pelo fato de serem humanos<sup>9</sup>. Assim, vários valores decorrem deste princípio, tais como, o direito à vida, à saúde, dentre outros. Destarte, tem-se algumas consequências relevantes para essa pesquisa advindas do princípio da dignidade humana, tais como a proibição da interrupção do fornecimento de serviços públicos essenciais, quando colocar em

---

<sup>6</sup> *Idem*.

<sup>7</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 58.

<sup>8</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2019. p. 82.

<sup>9</sup> SOUSA, Iasmim. CHAGAS, Maraia. FEIO, Thiago. ARAÚJO, Andréia. A reserva do possível: a falta de recursos financeiros do Estado como justificativa para não implementação dos direitos sociais e sua ocorrência em tempos de pandemia. *Brazilian Journal of Development*, Curitiba, v.7, n. 8, SSN: 2525-8761, p. 79573. Ago, 2021. Disponível em: [https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/34272/pdf\\_1](https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/article/view/34272/pdf_1)>. Acesso em: 30 nov. 2022.

risco a vida humana, ou impedir o acesso à saúde; bem como a obrigatoriedade do Estado de fornecer medicamentos que estejam na lista do SUS às pessoas que o necessitem.

## 1.2. Direitos Fundamentais

Pode-se considerar direitos fundamentais aqueles apontados como básicos, fundamentais, para uma Nação em determinado momento histórico. Nesse sentido, com o objetivo “de tornar mais efetiva a proteção judicial dos direitos individuais e coletivos”<sup>10</sup> é que os Estados Democráticos de Direito adotaram a positivação dos direitos e garantias fundamentais nos textos constitucionais. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, que ao colocar o ser humano no centro do ordenamento jurídico, reconhece a existência de direitos básicos<sup>11</sup>, juntamente com o Estado de Direito, que limita o poder do Estado e garante o direito dos particulares, são os alicerces que proporcionam a efetivação dos direitos fundamentais.

Além disso, vale ressaltar, para não haver dúvidas, a diferença básica entre os direitos fundamentais e os direitos humanos. Em que pese o conteúdo de ambos serem parecidos, as fontes normativas são diferentes. Isso significa dizer que os direitos fundamentais estão previstos nas Constituições dos países, por outro lado, os direitos humanos estão assegurados em tratados internacionais, portanto, a fonte primária que os consolida é diferente.

Em virtude dessa peculiaridade, abstrai-se que os direitos fundamentais, por serem inscritos em diplomas normativos de cada Estado, estão adstritos a cada país. Portanto, “são direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra”<sup>12</sup>. No entanto, a expressão ‘direitos humanos’, por estar inserida em documentos de direito internacional, é universalista, supranacional, sendo utilizada para designar as pretensões de respeito à pessoa humana, referente a certos aspectos essenciais ao homem<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup>ABREU, Neide Maria Carvalho. Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/055.pdf>> Acesso em: 30 nov. 2022.

<sup>11</sup>TORQUATO, Carla; DIAS, Jossiani. Direitos Fundamentais e Dever Jurídico: Estado, Indivíduo e Coletividades. Percurso - Anais do VIII CONBRADEC, Vol 01, nº 28, Curitiba, 2019. p. 367.

<sup>12</sup>MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, p. 65.

<sup>13</sup>*Idem.*

Importante observar que existem algumas características importantes que são associadas aos Direitos Fundamentais, como a: relatividade, historicidade, indisponibilidade, imprescritibilidade, eficácia vertical e horizontal e outras as quais não iremos aprofundar neste trabalho.

A relatividade implica dizer que nenhum direito, mesmo que fundamental, é absoluto, já que existe a possibilidade dos direitos fundamentais, em um caso concreto, entrarem em conflito, situação na qual um deles pode ganhar, ter prevalência, e o outro perder. Portanto, “os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais”<sup>14</sup>. Um exemplo que demonstra essa limitação está expressa na Constituição Federal de 1988, na alínea “a” do inciso XLVII do art. 5º, onde o essencial direito à vida é relativizado em caso de guerra declarada<sup>15</sup>.

Ainda, vale ressaltar sobre a relatividade, que nenhum direito fundamental pode ser utilizado como argumento para a prática de ato ilícito. Essa afirmação fica evidente na decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no HC nº 82.424/RS, onde a liberdade de expressão não permite a prática e o estímulo ao racismo. A relatividade dos direitos está explícita na valoração dos fundamentos, conforme o trecho da ementa deste julgado:

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica<sup>16</sup>.

Outra característica é a da historicidade, pela qual justifica uma evolução histórica e gradativa dos direitos fundamentais, onde sua definição pode variar de acordo com a época e o lugar. Essa construção gradativa “é impulsionada pelas lutas em defesa de novas

---

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>15</sup> *Idem*.

<sup>16</sup> Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 82.424. Rio Grande do Sul. Relator Min. Moreira Alves. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>> Acesso em: 30 nov. 2022.

liberdades em face de poderes antigos”<sup>17</sup>, por isso, os direitos fundamentais são classificados em gerações ou dimensões.

Em regra, os direitos fundamentais são indisponíveis, independente do interesse de seu titular. Contudo, nem todos os direitos fundamentais possuem essa característica. Uma vez que a indisponibilidade se funda na dignidade humana, a proteção da irrenunciabilidade resguarda a capacidade do homem se autodeterminar. Assim sendo, são indisponíveis o direito à vida, à saúde, à integridade física e às liberdades individuais<sup>18</sup>. Nesse sentido, um exemplo oportuno é o caso da ADI 5.938/DF, que ratifica a proteção à maternidade e a integral proteção à criança como direitos irrenunciáveis<sup>19</sup>.

Outra característica dos direitos fundamentais é a imprescritibilidade. Isso significa que, em regra, mesmo quando não utilizado, um direito fundamental não prescreve, ou seja, são direitos que não se perdem com a passagem do tempo. Contudo, existem exceções a essa regra, como por exemplo o direito de propriedade.

Ademais, é importante mencionar sobre a característica da eficácia vertical e horizontal, que está relacionada com os sujeitos passivos dos direitos fundamentais. Nesse aspecto, há precedentes do Supremo Tribunal Federal que admite a possibilidade de eles serem utilizados para resolverem pendências entre particulares<sup>20</sup>, aceitando dessa forma a utilização da teoria da eficácia imediata ou direta. Ressalta-se, também, que a visão majoritária adere a esse entendimento de que o Estado deve impedir que tais direitos sejam violados também nas relações privadas<sup>21</sup>.

Dessa maneira, conforme essa teoria, os direitos fundamentais se aplicam em face ao Estado, mas também contra os indivíduos. Dessa forma, ganha força a “percepção de que os direitos fundamentais possuem uma feição objetiva, que não somente obriga o Estado a respeitar esses direitos, mas que também o força a fazê-los, respeitados pelos próprios indivíduos nas suas relações entre si”<sup>22</sup>. Assim, quando eles se aplicam nas relações entre

---

<sup>17</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, p. 64.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>19</sup> Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.938. Distrito Federal. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750927271>> Acesso em: 30 nov. 2022.

<sup>20</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, p. 82.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>22</sup> *Idem*.

Estado e indivíduo, chama-se de eficácia vertical. Por outro lado, quando se aplicam nas relações entre os particulares, tem-se a eficácia horizontal.

A respeito da legitimidade ativa, o caput do art. 5º reconhece a titularidade dos direitos fundamentais “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País”<sup>23</sup>. Contudo, a interpretação ao texto constitucional não é somente literal, apenas com base na interpretação do texto escrito, por isso, considerando o fundamento da dignidade humana, os estrangeiros não residentes que estão de passagem no Brasil, bem como os estrangeiros não residentes fora do país, mas que de alguma forma a lei brasileira os alcance, também são titulares dos direitos fundamentais, salvos aqueles restritos aos brasileiros natos e naturalizados, como por exemplo os direitos políticos ativos e passivos.

Desta feita, conforme explicitado, o princípio da dignidade humana reconhece todos os seres humanos só pelo fato de serem humanos, não os distinguindo pela circunstância da nacionalidade. Além disso, o Brasil, por meio de sua atuação nas relações internacionais, assegura a prevalência dos direitos fundamentais e humanos “a qualquer pessoa, ainda mais quando a sugerida “consciência da omissão” não corresponde visivelmente, em se procedendo a uma interpretação teleológica e sistemática, à resposta constitucionalmente mais adequada”<sup>24</sup>. Por último, vale ressaltar que as pessoas jurídicas são consideradas, também, como titulares dos direitos fundamentais, naquilo que couber, como por exemplo o direito à propriedade, sigilo das correspondências e inviolabilidade de domicílio<sup>25</sup>.

### 1.2.1. Direito à Vida

Pode-se dizer que o direito à vida é o mais elementar dos direitos fundamentais, pois, sem a existência humana, nenhum outro direito pode ser usufruído. Expresso no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o direito à vida é considerado como de 1ª geração ou negativo, pois, ao salvaguardar o indivíduo contra abusos de seus pares e,

---

<sup>23</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 02 dez. 2022.

<sup>24</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 214.

<sup>25</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, pp. 77 - 8.

principalmente, do Estado, institui a eles uma obrigação de não fazer. Portanto, não se pode desrespeitar a vida, a liberdade, nem a propriedade<sup>26</sup>.

Dessa forma, a vida é a base para todos os direitos e garantias proclamados pelo Constituinte, pois “a existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição. Esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta”<sup>27</sup>.

O art. 2º do Código Civil brasileiro assegura que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”<sup>28</sup>, ou seja, somente o nascido vivo possui a plena personalidade, característica indissociável da pessoa pela qual adquire direitos e pode contrair obrigações. Contudo, esse mesmo artigo, em sua parte final, assegura “mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”<sup>29</sup>. Quando se depara com esse artigo, pode-se ter a sensação de que é contraditório, mas não o é. A compreensão que se deve ter deste dispositivo, nas palavras do saudoso professor Paulo Thompson Flores, é que:

“a proteção jurídica buscada pelo legislador focaliza-se no nascido vivo. Este, ao nascer com vida, tem a eficácia do nascimento retroagindo à data da concepção; ou, em outras palavras, a 2º parte do art. 2º determina uma antecipação dos efeitos do nascimento com vida. E, é em nome do interesse jurídico no nascido vivo, para que este tenha todos os seus direitos devidamente concretizáveis que, tendo em vista a perspectiva de que ocorra o nascimento vivo, se estabelece uma rede de proteção a partir da concepção”<sup>30</sup>.

Importante esse esclarecimento para compreender que a Constituição e as Leis protegem a vida desde o ventre, intrauterina. Por isso, é vedado, como regra, o aborto no Brasil, sendo permitido somente em casos de risco de vida para a gestante (art. 128, I, do CP) e em casos de gravidez resultante de estupro (art. 128, II, do CP). Portanto, o direito à vida tem na concepção o seu termo inicial e na morte o seu fim.

Vale ressaltar que o direito à vida está assegurado também em tratados internacionais que o Brasil é signatário, como a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969; e o Pacto de San José da Costa Rica, o qual estabelece, em seu art. 4º, que “toda

---

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 117.

<sup>27</sup> *Idem*.

<sup>28</sup> BRASIL. Código Civil Brasileiro, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)> Acesso em: 03 dez. 2022.

<sup>29</sup> *Idem*.

<sup>30</sup> FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. *Direito Civil: Parte Geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 233.



pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”<sup>31</sup>.

O direito à vida, combinado com o fundamento da dignidade da pessoa humana, vem transformando a percepção desse direito fundamental, ampliando seu entendimento para o direito a uma existência digna. Dessa forma, o direito à vida se desdobra no direito à vedação da pena de morte e do aborto, mas, também, no direito à saúde. Ademais, em uma visão mais ampla, o direito à vida visa garantir o mínimo necessário a uma existência digna, sendo assim, um dos alicerces da Social-Democracia.

### **1.2.2. Direito à Saúde**

Com o fim do regime militar, o Congresso Nacional se dedicou a redigir uma Constituição voltada a atender os anseios dos cidadãos, consagrando o Brasil como um Estado Democrático de Direito. Esse trabalho esteve voltado a garantir princípios sociais e políticos que passariam a vigorar no País após um período de restrições de direitos civis.

Sendo assim, a aprovação da Constituição da República, em 22 de setembro de 1988, constituiu um importante marco de transição para a democracia. Chamada de Constituição Cidadã pelo então Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães, o texto constitucional possui um conjunto de normas que está acima de todas as outras leis e prevê diversos direitos, deveres, limites e garantias aos cidadãos, bem como disciplina o ordenamento jurídico e organiza o poder do Estado, por meio da divisão de competências entre os entes federativos. Vale ressaltar que esta foi a primeira Constituição brasileira a contar o direito fundamental à saúde, enquanto as anteriores possuíam atribuições esparsas, como por exemplo “a Constituição de 1824, que fazia referência à garantia de “socorros públicos” (art. 179, XXXI)”<sup>32</sup>.

Importa mencionar que o atendimento às demandas sociais, bem como a previsão de garantias e direitos, são características essenciais que visam assegurar e manter o regime democrático nas sociedades modernas. Por essa razão, o princípio da dignidade da pessoa humana é o norteador da ordem constitucional e base para os demais direitos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>31</sup> Brasil. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)> Acesso em: 03 dez. 2022.

<sup>32</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, p. 351.

Vale ressaltar que os direitos sociais, previstos no art. 6º da CF/1988<sup>33</sup>, são definidos como direitos de segunda geração, e visam assegurar condições materiais mínimas para os indivíduos. Essas normas impõem ao Estado uma obrigação de fazer, de prestar, sendo assim, neste contexto, o Estado tem de garantir o direito à saúde. Portanto, essa geração dos direitos fundamentais visa melhorar a qualidade de vida principalmente das pessoas hipossuficientes, com a finalidade de promover a igualdade social para um mínimo existencial<sup>34</sup>, visão que estabelece o “Estado Social de Direitos”<sup>35</sup>.

No âmbito dos direitos sociais, é importante observar ao menos três atributos relevantes para sua efetivação, são eles: a proibição do retrocesso, a reserva do possível e o mínimo existencial.

De forma sucinta, o primeiro deles, trata-se de um princípio implícito de que as conquistas e garantias sociais não podem regredir<sup>36</sup>. Já o segundo, elucida que o Estado não é obrigado a realizar os direitos sociais se não possuir as condições financeiras e orçamentárias adequadas para tal. Por último, o mínimo existencial, versa que o Estado deve assegurar o cumprimento dos direitos sociais em pelo menos um patamar mínimo que proporcione a dignidade humana<sup>37</sup>. Nesse ponto cabe apenas uma breve explicação sobre esses princípios, que serão abordados mais adiante de forma aprofundada inseridos na problemática do acesso à saúde.

Ademais, a Carta Magna dedica uma Seção exclusiva para tratar da saúde, dentro do Título VIII - Da Ordem Social. O art. 196 da CF/1988 afirma que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”<sup>38</sup>. Ou seja, o Constituinte teve a intenção de assegurar que a saúde não é somente um benefício concedido a determinada classe ou pessoas, mas sim um direito que abrange a todos, de forma individual e coletiva, e que deve

---

<sup>33</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 03 dez. 2022.

<sup>34</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, pp. 335 - 7.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 370.

<sup>36</sup> *Ibidem*, pp. 340 - 2.

<sup>37</sup> *Ibidem*, pp. 339 - 40.

<sup>38</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 04 dez. 2022.

ser proporcionado pelo Estado de maneira igualitária e, portanto, cristaliza o princípio da universalidade, que é o alicerce do sistema nacional público de saúde brasileiro<sup>39</sup>.

Nesse sentido, importa mencionar que a dimensão individual à saúde foi abordada pelo Supremo Tribunal Federal, na apreciação do AgR-RE 271.286-8/RS<sup>40</sup> - Relator Ministro Celso de Mello, ao reconhecer o direito à saúde como uma prerrogativa jurídica indisponível, assegurada à generalidade das pessoas pelo próprio texto constitucional. O Ministro evidenciou, ainda, que “a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente<sup>41</sup>”, impondo aos entes federados um dever de prestação positiva.

Nesse aspecto, a Lei Maior evidencia que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte dos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Ou seja, o desenvolvimento de políticas públicas que objetivem a redução de doenças; a promoção, a proteção e a recuperação da saúde, é uma atribuição comum dos entes da federação, conforme art. 23, II, da Constituição Federal<sup>42</sup>. Inclusive, o art. 4º da Lei nº 8.080/1990<sup>43</sup> corrobora esse entendimento de responsabilidade solidária entre os entes federativos no que diz respeito à oferta de ações e serviços de saúde, que devem ser prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público.

A promoção de políticas sociais e econômicas evidencia a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas, visando o bem comum. É evidente que há a necessidade, por parte do poder público, de distribuir os recursos, naturalmente escassos, por meio de critérios claros e distributivos. Ademais, “a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo

---

<sup>39</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito Fundamental à Saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2014, p. 123.

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/Rio Grande do Sul. Relator Ministro Celso de Mello, 2000, p. 1. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 25 de nov. 2022.

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/Rio Grande do Sul. Relator Ministro Celso de Mello, 2000, p. 13. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 25 de nov. 2022.

<sup>42</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 03 dez. 2022.

<sup>43</sup> BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)> Acesso em: 06 dez. 2022.

prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada<sup>44</sup>”.

Outro ponto relevante a ser mencionado é o que informa o art. 198, II, da Constituição Federal<sup>45</sup>. O legislador, ao destacar as ações preventivas e o atendimento integral, confere às políticas públicas voltadas à redução do risco de doenças um status relevante e uma abrangência ampla no que diz respeito a políticas públicas voltadas à saúde, uma vez que envolve questões voltadas à promoção de saneamento básico, alimentação, assistência social, educação e lazer.

Ademais, sobre o papel do Judiciário nessa questão, o AgR-RE 271.286-8/RS mencionado concluiu que “a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde<sup>46</sup>”, legitimando a atuação do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública não cumpra com essas determinações constitucionais.

Para concluir, o direito à saúde deve efetivar ações específicas na esfera individual e medidas amplas de políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, contemplando a esfera coletiva. A promoção do direito à saúde no Brasil necessita considerar não só a eficácia social desse direito fundamental, mas também aspectos relacionados à implementação e à manutenção de políticas públicas de saúde já existentes, a composição dos orçamentos destinados pelos entes federativos, as legislações específicas sobre o tema e a necessária fiscalização por parte da sociedade e do poder público à respeito da execução dessas políticas.

Sendo assim, a Constituição Cidadã de 1988 instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS), destinado a atender ao mandamento constitucional que classifica a saúde como um direito de todos e dever do Estado, que garante acesso integral, universal e igualitário à população brasileira, do simples atendimento ambulatorial aos transplantes de órgãos.

---

<sup>44</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, p. 352.

<sup>45</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 03 dez. 2022.

<sup>46</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/Rio Grande do Sul. Relator Ministro Celso de Mello, 2000, p. 12. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 25 de nov. 2022.

### 1.3. Sistema Único de Saúde - SUS

Para a efetivação do direito à saúde, a Constituição Federal de 1988, conforme seu art. 198<sup>47</sup>, constituiu um sistema único para coordenar, participar e controlar as ações e serviços públicos de saúde de forma regionalizada e hierarquizada. Essa estrutura pública, para a efetivação do direito à saúde, é o Sistema Único de Saúde (SUS), que foi organizado de forma descentralizada, com direção única em cada esfera de governo, com o objetivo de promover o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços essenciais, além de efetuar a participação da comunidade.

Dessa forma, o SUS, em que pese não possuir personalidade jurídica própria, corresponde ao centro estruturante de todas as ações e serviços públicos de saúde. Com base em suas diretrizes, orienta todas as políticas sanitárias efetivadas pelo Estado, de forma direta ou indireta<sup>48</sup>. Depreende-se, em vista disso, que “a ideia de sistema, nesta passagem, expressa a designação constitucional que predispõe todos os meios de atuação (ações, equipamentos, serviços, etc.) a um arranjo combinado destinado à concretização da atenção integral à saúde”<sup>49</sup>.

Quanto à hierarquização dos serviços, apresentada no art. 198 da Carta Magna, diz respeito à organização dos serviços de acordo com seu grau de complexidade. O modelo foi estruturado de tal forma a garantir o acesso à saúde, desde os casos mais simples até os mais complexos, de acordo com as exigências do tratamento.

Complementando a Constituição, a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990<sup>50</sup>, em seu art. 4º, define esse sistema de efetivação do acesso à saúde, como:

Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).  
§ 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.  
§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.

<sup>47</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 06 dez. 2022.

<sup>48</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Op. Cit.*, p. 124.

<sup>49</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 77.

<sup>50</sup> Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

Ainda, o art. 200 da Constituição Federal de 1988 instituiu algumas competências ao SUS. São elas:

- I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;
- VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho<sup>51</sup>.

Ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde, estão incluídas, dentre outras, a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, conforme a alínea “d” inciso I do art. 6º da Lei nº 8.080/1990<sup>52</sup>. Dessa forma, para promover de fato esse direito, o Poder Público elabora periodicamente a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename). Assim, “o Estado permanece em planejamento constante, investigando de maneira sistêmica quais as carências prioritárias e quais os medicamentos mais adequados a serem distribuídos gratuitamente para o pleno atendimento das necessidades da população”<sup>53</sup>. Verifica-se que, especificamente, essa atuação do SUS é importante para o tema que será abordado oportunamente mais adiante.

Portanto, o SUS passa a ser o meio pelo qual o Poder Público, em todas as esferas, executa as ações e os serviços públicos de saúde. Por seu caráter descentralizado, como já exposto, a competência para cuidar da saúde foi definida pelo art. 23, inciso II, da Constituição Federal de 1988, como sendo comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Então todos os entes da federação são responsáveis solidários por fornecer acesso à saúde. Cabe mencionar que o gestor nacional do SUS é o Ministério da Saúde,

---

<sup>51</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 06 dez. 2022.

<sup>52</sup> BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm)> Acesso em: 06 dez. 2022.

<sup>53</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Op. Cit.*, p. 54.

incumbido de formular, normatizar, fiscalizar, monitorar e avaliar as políticas e ações, juntamente com o Conselho Nacional de Saúde.

Dessa mesma forma, o financiamento para promover as ações do SUS será feito a partir dos recursos do orçamento de seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como outras fontes, conforme o §1º do art. 198 da Constituição Federal. Mais uma vez, pelo alicerce da descentralização, cada ente federativo será responsável por parte do repasse financeiro destinado ao SUS, de forma a estimular o processo de municipalização (descentralização), com o objetivo de erradicar as desigualdades sociais e econômicas regionais, bem como promover o bem-estar. Portanto, para a efetiva concretização das ações do Sistema Único de Saúde, “a forma de seu financiamento passa a ser questão vital, especialmente aos Municípios”<sup>54</sup>.

Por fim, o art. 199 da CF/1988 indica as premissas para que a iniciativa privada preste a assistência à saúde. São elas:

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização<sup>55</sup>.

Desse modo, mesmo que em caráter complementar, o setor privado de saúde pode integrar o SUS, por meio de convênio firmado com o Poder Público, quando houver pretensões em comum na realização da parceria, visando a prestação de serviços, promoção da saúde à população, ou por meio de contrato administrativo, quando o objeto do acordo for a compra de serviços<sup>56</sup>.

Importante observar que, o SUS possui princípios finalísticos importantes a serem brevemente mencionados. A universalidade, a integralidade, a equidade e a participação

---

<sup>54</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, p. 353.

<sup>55</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 06 dez. 2022.

<sup>56</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, p. 354.

popular são os princípios que norteiam a atuação desse Sistema. Ou seja, pode-se entendê-los como a filosofia do Sistema, uma vez que foram pensados justamente para guiar as ações e execuções das atividades do SUS<sup>57</sup>.

O princípio da universalidade, como já exposto anteriormente, baseia-se na premissa do art. 196 da Carta Magna de que o direito à saúde é um direito de todos. Portanto, qualquer cidadão brasileiro, inclusive estrangeiro que esteja residindo ou de passagem no Brasil, tem o direito de ser atendido pela rede do SUS. Dessa forma, o Estado brasileiro deve fornecer acesso à saúde de forma igualitária, sem distinção de qualquer origem, cristalizando o princípio da universalidade.

O princípio da integralidade elucida que as ações e serviços de saúde devem ser prestados de forma interligada entre as quatro faces da assistência à saúde. Portanto, os serviços do SUS devem atuar com foco na promoção da saúde, prevenção de doenças, recuperação da saúde e na reabilitação, fazendo com que elas se complementem, atendendo, assim, às demandas da área da saúde de toda sociedade<sup>58</sup>.

Já o princípio da equidade diz respeito à oferta dos serviços, que devem ser direcionados de acordo com as necessidades dos indivíduos e da população. Dessa forma, para a efetivação desse princípio, é importante reconhecer que os usuários da saúde pública precisam de cuidados, mas não necessariamente do mesmo atendimento, ou seja, diz respeito à necessidade promover serviços de maneira personalizada, de modo a se atingir a igualdade de oportunidades de sobrevivência, de desenvolvimento pessoal e social. Nesse sentido, esse princípio revela um grande desafio para a gestão do SUS na medida em que as desigualdades em saúde implicam redistribuição, inclusive, do perfil da oferta de ações e serviços.

Por último, o princípio da participação popular concerne ações que os cidadãos exercem para monitorar, fiscalizar, avaliar e interferir na gestão estatal, e não o inverso<sup>59</sup>. Importante notar que a participação social ancorou a construção do SUS no âmbito das iniciativas de redemocratização promovidas pelo país desde a Constituição de 1988.

---

<sup>57</sup> SOLHA, Raphaela Karla de Toledo. *Sistema Único de Saúde: componentes, diretrizes e políticas públicas*. São Paulo: Érica, 2014. p. 21.

<sup>58</sup> *Ibidem*, pp. 24 - 5.

<sup>59</sup> ROLIM, Leonardo B.; Cruz, Rachel S. B. L. C.; Sampaio, Karla J. A. J. *Participação popular e o controle social como diretriz do SUS: uma revisão narrativa*. *Saúde em Debate*. 37(96), 2013, pp. 139-147. Disponível em: <<https://dx.doi.org/10.1590/S0103-11042013000100016>>. Acesso em: 6 dez. 2022.



A participação popular no âmbito do SUS está regulamentada pela Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990<sup>60</sup>, que dispõe, principalmente, sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde. O normativo apresenta a estrutura de Conselhos locais, municipais e estaduais e as Conferências de Saúde nos níveis municipal, estadual e nacional, nos quais os atores participam de forma representada. Em tais espaços acontece o exercício da participação e do controle social sobre a implementação das políticas de saúde nas três esferas<sup>61</sup>.

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

Entretanto, após trinta anos de existência do SUS, há ainda muitos desafios relacionados à prevenção, à disponibilidade, à coordenação e à alocação financeira.

“Um dos principais desafios para o Sistema Único de Saúde é resolver os problemas histórico-estruturais do sistema de saúde, com destaque para a superação das profundas desigualdades em saúde, com o respeito à diversidade regional e local, vindo a acarretar uma mudança substantiva no papel do Estado nas três esferas de governo, o fortalecimento da gestão pública com finalidades diferenciadas no âmbito nacional, estadual e municipal, a definição de competências para cada esfera de governo e o desenvolvimento de ações, no intuito de articular princípios nacionais de política com decisões e parâmetros locais e regionais”<sup>62</sup>.

Portanto, não resta dúvidas que a atuação do Estado em uma social-democracia é muito complexa no sentido de promover todas as demandas atribuídas para si pelo constituinte de 1988. São diversas as dificuldades para promover os direitos à prestação, mais especificamente do direito à saúde, problemas da ordem da gestão; capacitação dos

---

<sup>60</sup> BRASIL. Lei nº 8.142 de 28 de dezembro de 1990. Disponível em:

<[https://conselho.saude.gov.br/legislacao/lei8142\\_281290.htm](https://conselho.saude.gov.br/legislacao/lei8142_281290.htm)>. Acesso em: 6 dez. 2022.

<sup>61</sup> ARAÚJO, Kammilla Éric Guerrad. *Sistema Único de Saúde, Políticas Públicas e Equidade: o caso de Judicialização do acesso aos medicamentos em Belo Horizonte*. Dissertação de Mestrado em Gestão e Economia da Saúde apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra para obtenção do grau de Mestre, Coimbra, 2017, p. 54. Disponível em:

<[https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/82766/1/001\\_dissertacao\\_KAMMILLA\\_UC\\_2015169989.pdf](https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/82766/1/001_dissertacao_KAMMILLA_UC_2015169989.pdf)>.

Acesso em: 07 dez. 2022.

<sup>62</sup> MARQUES, Nadia Rejane Chagas. *O Direito à Saúde no Brasil: Entre a norma e o fato*. Porto Alegre: Editora Núria Fabris, 2012, p. 124.

profissionais; acesso à tecnologia e equipamentos; profundas desigualdades regionais, as quais precisam de ações diferenciadas; problemas orçamentários, afinal os recursos são escassos; dentre outros. Em razão de toda essa adversidade, o direito à saúde é matéria constante de processos judiciais promovidos pelos cidadãos usuários desses serviços como forma de efetivar este direito fundamental.

## 2. CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: DIREITO À SAÚDE

Em geral, os direitos sociais, de 2ª geração, são conhecidos como direito a prestações materiais<sup>63</sup>. Dessa forma, estão relacionados com uma concepção de Estado que visa a justiça social de forma a atenuar as desigualdades na sociedade com o objetivo de proporcionar as condições mínimas aos necessitados<sup>64</sup>. Portanto, esses direitos do cidadão impõem ao Estado uma ação, uma obrigação de fazer, prestar ou de dar.

Assim, pode-se extrair os direitos a prestação material dos direitos sociais expostos no art. 6º da Constituição Federal de 1988: “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”<sup>65</sup>.

Isso significa dizer que o Estado, em seu objetivo de proporcionar igualdade de condições aos seus cidadãos, precisa agir de forma a garantir saúde, educação, segurança e os demais direitos contidos no art. 6º da Constituição Federal. Dessa forma, pelo fato de depender de uma ação do poder público, pode-se dizer que o grande empecilho é a efetivação dos direitos sociais, é a dificuldade de o Estado dar materialidade a esses direitos.

Além da ineficiência do Estado, em termos de gestão pública, nas mais diversas instâncias de poder, a grande dificuldade para a efetivação dos direitos sociais se impõe também pela falta de recursos financeiros do país. Dessa forma, os direitos à prestação material destacam-se por uma dependência importante da dimensão econômica, ou seja, a riqueza nacional condiciona a efetivação desses direitos<sup>66</sup>.

Portanto, devido a relação entre a demanda das pessoas que precisam dessa prestação material e a dificuldade por parte do Estado de efetivar os direitos sociais, fornecendo serviços públicos essenciais, que um grande número de pessoas recorrem ao Poder

---

<sup>63</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 17.

<sup>64</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, p. 72.

<sup>65</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 20 fev. 2023.

<sup>66</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, pp. 72 - 3.

Judiciário a fim de que este possa garantir a materialização desses direitos. De fato, existe base legal para buscar a apreciação do Poder Judiciário, conforme o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988, em virtude de lesão ou ameaça de lesão a direito<sup>67</sup>. Este inciso consolida o princípio da proteção judicial, também chamado de princípio da inafastabilidade da jurisdição, como a “pedra angular do sistema de proteção de direitos”<sup>68</sup>.

Assim, admitindo a possibilidade do controle judicial de Políticas Públicas, o julgador deve observar, dentre outros fatos específicos de cada caso, o Princípio da Separação dos Poderes para não atuar como se fosse o próprio chefe do Poder Executivo, devendo desempenhar apenas sua função típica de jurisdição a fim de proteger os direitos violados, de forma a considerar um equilíbrio entre os princípios da reserva do possível e da garantia do mínimo existencial.

## 2.1. Separação dos Poderes

A atual Constituição da República Federativa do Brasil consagra a separação entre os poderes em seu art. 2º, o qual expressa que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”<sup>69</sup>. Além disso, a Lei maior, em seu art. 60, §4º, inciso III<sup>70</sup>, consolidou a separação dos Poderes como cláusula pétreia, o que significa dizer que é proibida qualquer proposta tendente a aboli-la, isto é, mitigar ou reduzir seu significado e eficácia<sup>71</sup>.

Essa ideia de tripartição dos poderes remonta à obra de Montesquieu, “O Espírito das Leis”. O objetivo político por trás da separação de poder é a ideia de que a liberdade política só existiria sob um regime moderado. Por isso, repartir o poder do Estado entre pessoas distintas seria uma forma para limitar o poder político, impedindo a concentração de autoridade em uma única pessoa. Portanto, a Separação dos poderes é necessária para que um poder consiga frear o outro, ou seja, para que um contenha o outro, quando este estiver praticando abusos ao promover suas competências estabelecidas<sup>72</sup>. Por isso, a importância de

---

<sup>67</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 06 mar. 2023.

<sup>68</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, p. 512.

<sup>69</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 20 fev. 2023.

<sup>70</sup> *Idem*.

<sup>71</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, p. 57.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 18.

a Constituição explicitar que os poderes da União são "independentes e harmônicos, entre si"<sup>73</sup>.

Nesse sentido, conclui Beatriz Meneghel Chagas Camargo (2017, p. 143), em sua dissertação de mestrado em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), que:

“a separação dos poderes e os freios e contrapesos foram concebidos, repise-se, com o único e exclusivo objetivo de equilibrar a balança, tanto por meio da distribuição de atividades específicas a cada um dos três Poderes (separação dos Poderes), como por meio da outorga de mecanismos que permitissem o controle recíproco entre eles (freios e contrapesos), visando a evitar o abuso de poder, que enseja a violação de direitos”<sup>74</sup>.

Dessa forma, a Constituição assegura a independência entre os Poderes, isso implica dizer que são autônomos entre si, ou seja, significa que os titulares no exercício de suas atribuições que lhes sejam próprias não necessitam da autorização dos demais, necessitando apenas a obediência aos dispositivos constitucionais<sup>75</sup>.

Ademais, deve existir a harmonia entre os Poderes, o que pressupõe, “além do respeito recíproco às atribuições dos demais, sem invadir-lhes a competência, a necessidade de que se relacionem dentro das interferências que a própria Constituição lhes impõe”<sup>76</sup>. Assim, o constituinte estabeleceu a ideia de que os Poderes devem se inter-relacionar, se fiscalizando reciprocamente como forma de manter o equilíbrio entre eles, consolidando, dessa maneira, o sistema de freios e contrapesos. Vale ressaltar que a expressão “freio e contrapesos” não está presente na Constituição Federal de 1988, contudo não resta dúvidas que o sistema é adotado, pois ele se estabelece em relação a harmonia e a independência entre os Poderes expressa no art.2º da Constituição de 1988, bem como em outros dispositivos constitucionais.

Por isso, a divisão das funções entre os Poderes ficou mais flexível, razão pela qual, conforme as delimitações da Constituição vigente, cada Poder exerce funções típicas e atípicas. Portanto, cada Poder passou a desempenhar não só as suas funções próprias, mas,

---

<sup>73</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 20 fev. 2023.

<sup>74</sup> CAMARGO, Beatriz Meneghel Chagas. *A separação dos poderes e os freios e contrapesos na Constituição de 1988: A atuação do Poder Judiciário*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 143.

<sup>75</sup> *Ibidem*, pp. 51 - 2.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 52.

também, de modo acessório, funções que, em princípio, seriam características de outros Poderes. Dessa forma, os Poderes exercem suas funções típicas, em caráter predominante, mas exercem, também, de forma acessória, dentro da delimitação constitucional, as funções atípicas, que seriam, em tese, próprias de outro Poder<sup>77</sup>.

Dessa forma, dentro da divisão de funções entre os Poderes da República, cabe ao Poder Legislativo de maneira predominante, como sua função típica, a responsabilidade de legislar e de fiscalizar. Contudo, foi atribuída de modo atípico, também, as funções administrativa, ao dispor, por exemplo, sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, nos termos dos art. 51, inciso, IV e art. 52, inciso XIII, ambos da CF/1988<sup>78</sup>; e de julgamento, ao processar e julgar autoridade nos crimes de responsabilidade<sup>79</sup>, conforme o incisos I e II do art. 52 da Constituição<sup>80</sup>.

No que tange ao Poder Executivo, sua função típica é administrativa, envolvendo a chefia de Estado, podendo representar o Brasil perante Estados estrangeiros, e chefia de governo, determinando as diretrizes políticas da administração Federal<sup>81</sup>. Por outro lado, também foram atribuídas ao Poder Executivo funções atípicas de julgar, como, por exemplo nos processos em curso no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), o qual julga infrações contra a ordem econômica, ou, de maneira geral, quando profere decisão em processo administrativo; e da atividade legislativa, quando, nos termos do art. 62 da CF/1988<sup>82</sup>, o Presidente da República edita, em casos de relevância e urgência, Medida Provisória com força de lei<sup>83</sup>.

Por sua vez, o Poder Judiciário possui funções atípicas administrativas, quando exerce a gestão de seus bens, pessoas e serviços; e legislativas, quando elabora os regimentos dos tribunais. Por outro lado, o exercício da jurisdição é a função típica deste Poder, ou seja, é o Poder do Estado que estabelece o direito diante dos casos concretos, assegurando a

---

<sup>77</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo: Descomplicado*. Rio de Janeiro, Editora Método, 2011, p. 15.

<sup>78</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 13 mar. 2023.

<sup>79</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, p. 476.

<sup>80</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 13 mar. 2023.

<sup>81</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, p. 497.

<sup>82</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 13 mar. 2023.

<sup>83</sup> SILVA, Gustavo Scatolino; CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *Manual de Direito Administrativo*. Salvador: Editora JusPodivm. 2012. p. 43.

supremacia da Constituição<sup>84</sup>. Vale ressaltar, como já foi dito anteriormente, que qualquer pessoa, nos termos do inciso XXXV do art. 5º da CF/1988, sofrer lesão ou ameaça a lesão a direito pode buscar a apreciação do Poder Judiciário sobre o caso para desempenhar sua função típica de jurisdição a fim de proteger os direitos violados. Por isso, a base fundamental do sistema de proteção de direitos é o princípio da proteção judicial<sup>85</sup>.

Portanto, em virtude das características dos direitos sociais, que dependem de uma ação do Estado para garantir a efetivação do direito, o número de pessoas que buscam o Poder Judiciário a fim de assegurar seu direito por meio da jurisdição é muito grande. Contudo, se por um lado existe a proteção de um direito social por meio da jurisdição, de outro há o poder legítimo do Executivo, que foi eleito democraticamente para, dentre outras coisas, administrar os recursos e direcionar as verbas orçamentárias que são limitadas (finitas) com o intuito de atender as demandas sociais dentro do seu poder discricionário, ou seja, o Executivo decide a melhor forma de alocar as verbas orçamentárias para satisfazer os direitos sociais. Dentro do espectro do direito à saúde, por exemplo, este Poder, utilizando sua função típica de administrar, escolhe qual medicamento irá comprar para promover a saúde das pessoas que têm determinada doença.

Vale ressaltar que, nessa situação, ambos os Poderes estão utilizando suas funções típicas: o Executivo, a função de administrar, direcionar os recursos de forma discricionária para atender as demandas sociais; e o Judiciário, a função de julgar, exercer a jurisdição para estabelecer o direito diante dos casos concretos. Portanto, para ficar claro, quando o Judiciário julga e decide, por exemplo, pela aquisição de um medicamento, ele está aplicando a jurisdição e, portanto, não está atuando em sua função atípica de administrar.

Dessa forma, em uma ação judicial entre uma pessoa que necessite da efetivação de um direito social contra o Poder executivo, quando há Sentença ou Acórdão contrária à União, Estado, Distrito Federal ou Município, obrigando-os a fazer algo para satisfazer um direito social, é comum o ente prejudicado recorrer da decisão alegando, dentre outras coisas, uma possível violação do princípio da separação dos poderes na decisão. Isso se dá porque o Poder Executivo entende que o Judiciário impôs uma obrigação de fazer algo que ele entende

---

<sup>84</sup> *Idem.*

<sup>85</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, p. 512.

não ser necessário ou que não teria condições orçamentárias de fazer, interferindo assim em sua discricionariedade para administrar os recursos.

Contudo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que as normas de cunho social, mesmo as de efeito programático, possuem obrigações mínimas que o Estado deve satisfazer. Por isso, esse desrespeito a um direito fundamental autoriza o Poder Judiciário impor as providências concretas a fim de efetivar esse direito, “dessa sorte não há de ser censurada como hostil à separação de Poderes, nem é obstada pela defesa da reserva do possível”<sup>86</sup>. Esses precedentes podem ser observados tanto no RE 410.715/SP<sup>87</sup>, referente ao direito à educação infantil, como no RE 592.581/RS<sup>88</sup>, relacionado à promoção de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais a fim de assegurar a dignidade humana.

Na esfera da saúde, da mesma forma, a alegação nos recursos da Administração Pública de violação à separação dos Poderes tem sido afastada pelas cortes superiores. Pois, entende que a garantia constitucional à saúde, dever do Estado, possibilita o exame da matéria pelo Poder Judiciário, o qual, ao impor a satisfação do direito à saúde diante da inércia do Poder Executivo, nos termos do art. 196 da CF/1988, está exercendo apenas o controle judicial por meio da jurisdição<sup>89</sup>.

Corrobora com esse entendimento o item 2 da ementa da 2ª Turma do STJ no REsp 1.488.639/SE, Relator Ministro Herman Benjamin:

“2. 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 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 relevantes”<sup>90</sup>.

---

<sup>86</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, p. 74.

<sup>87</sup> Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE 410.715/SP AgR/SP Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22-11-2005. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>> Acesso em: 18 mar. 2023.

<sup>88</sup> Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 13-08-2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>> Acesso em: 18 mar. 2023.

<sup>89</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, p. 359.

<sup>90</sup> Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. REsp 1.488.639/SE, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 16/12/2014.

Disponível em:

<[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201402691190&dt\\_publicacao=16/12/2014](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201402691190&dt_publicacao=16/12/2014)> Acesso em: 18 mar. 2023.



No mesmo sentido o item 1 da ementa da 1ª Turma do STF no ARE 947.823 AgR/RS, Relator Ministro Edson Fachin:

“1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde”<sup>91</sup>.

Portanto, o Poder Judiciário tem firmado entendimento nesse sentido, porque, em primeiro lugar, seria uma distorção usar como argumento o princípio da separação de poderes, concebido com o intuito de garantir os direitos fundamentais contra um poder centralizador despótico, para não efetivar direitos sociais, como o da saúde; e, em segundo lugar, está atuando dentro do escopo da sua função típica de exercer jurisdição ao determinar a implantação de políticas públicas a fim de efetivar o direito à saúde.

Por fim, cabe ressaltar, que o Poder Executivo, como tem função típica de administrar, possui órgãos técnicos, os quais foram criados para pensar e desenvolver ações para promover os direitos sociais para a população. Portanto, possui maior conhecimento técnico, como regra, do que o Poder Judiciário, cuja função administrativa não é a principal. Dessa forma, é importante tomar em conta o posicionamento desses órgãos antes de exercer a jurisdição sobre o caso concreto, principalmente se for um tema de repercussão geral.

## **2.2. Princípio da Reserva do Possível**

Conforme já exposto, os direitos à prestação material têm relação com a dimensão econômica, ou seja, sua efetivação, a princípio, depende de dada conjuntura econômica. Assim que esses direitos estão relacionados com a condicionante da realidade “de que não se pode conceder o que não se possui”<sup>92</sup>. Em virtude disso, entende-se que esses direitos são submetidos ao princípio da reserva do possível.

Portanto, no controle judicial de políticas públicas, uma das perspectivas, que deve ser analisada na efetivação dos direitos sociais, é o princípio da reserva do possível. Essa teoria surgiu na Alemanha, quando seu Tribunal Constitucional versou sobre o número de vagas nas Universidades do país, entendendo que o Estado não seria obrigado a efetivar

<sup>91</sup> Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. ARE 947.823 AgR/RS, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 28/6/2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11804723>> Acesso em: 18 mar. 2023.

<sup>92</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, p. 73.

direitos sociais prestacionais se não houvesse recursos disponíveis, se reservando a realizá-los na medida da disponibilidade financeira e orçamentária<sup>93</sup>.

Vale ressaltar ainda que, conforme a obra de Stephen Holmes e Cass Sunstein “*The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*”, entende-se que todos os direitos fundamentais, independente de sua dimensão, têm custo ao Poder público e, portanto, considerar a escassez de recurso é levar a sério o direito. Desse modo, a valoração da reserva do possível se dá com a necessidade de escolher onde alocar as verbas orçamentárias, levando em consideração que os recursos são finitos, escassos<sup>94</sup>.

Portanto, o debate sobre a reserva do possível transpassa, dentre outros aspectos, em torno do custo do direito. No mesmo sentido da expressão conhecida na ciência econômica “não há almoço grátis”, no direito existe a expressão, subtítulo da obra de Flávio Galdino, “Direitos não nascem em árvores”, pois não há direitos sem custos. Portanto, defende o autor, além dos direitos a prestações materiais, os direitos em geral, independente de qualquer ação positiva do Estado, têm custo<sup>95</sup>.

Contudo, pode-se fazer distinção desses custos. Nos direitos de primeira geração, ou direitos de defesa, os custos estão relacionados com a própria manutenção da máquina pública que para protegê-los necessita de investimento e, portanto, são mais facilmente previsíveis, uma vez que se a administração pública for bem estruturada, consegue trabalhar adequadamente em qualquer dessas demandas. Nos direitos a prestações materiais, o custo pode ser variável a depender da necessidade social de cada indivíduo. Portanto, um diz respeito a importância de se manter a autoridade pública para viver sob o império das leis e ter a segurança das regras, o outro visa diminuir as desigualdades, pretendendo garantir a todos o mínimo existencial para uma vida com dignidade<sup>96</sup>.

Dessa forma, devido às diferentes demandas dos indivíduos necessitados da ação do Estado para prover os direitos sociais, seja na destinação ou na criação de bens materiais, o aspecto econômico da nação ganha relevância ímpar, uma vez que o custo para efetivação

---

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 339.

<sup>94</sup> *Idem*.

<sup>95</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, pp. 70 - 1.

<sup>96</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, pp. 157 - 9.

prestações das políticas públicas sociais é limitado pela riqueza do país, ou seja, para promover os direitos sociais é necessário que se destine recursos para tal ação, recursos esses limitados pelo momento econômico do Estado<sup>97</sup>.

Vale ressaltar, ainda sobre o prisma econômico, a reserva do possível, no entendimento de Eros Roberto Grau, não pode ser restringida ao limite estipulado pelo orçamento, pois, nesta hipótese, um direito social sob “reserva dos cofres cheios”<sup>98</sup> estaria sujeito, na prática, a nenhuma modulação jurídica. Em realidade, sua posição critica tanto os idealistas utópicos, quanto os que subordinam ditames constitucionais à pura força do orçamento público. Os primeiros, pois acreditam no impossível, que a Constituição por si só pode mudar as condições materiais indispensáveis à concretização de todos os direitos sociais, mas, concluiu, os fazem em nome do progressismo constitucional. Os últimos, por sua vez, por confundirem disponibilidade financeira do Estado com a reserva do possível<sup>99</sup>.

Sendo assim, o que ocorre nessa última corrente, muitas vezes, é a inversão das hierarquias das normas ao privilegiar as leis orçamentárias, sem qualquer possibilidade de transpassar com a devida cautela a disponibilidade financeira, em detrimento das prioridades estabelecidas na Constituição Federal de 1988, como a efetivação dos direitos fundamentais. Vale ressaltar ainda que, os poderes constituídos, em um Estado Democrático de Direito, devem, necessariamente, respeitar a Constituição, principalmente “seus elementos essenciais, que sempre serão limites (entre excesso e insuficiência) da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade (sempre vinculada) do administrador e dos órgãos jurisdicionais”<sup>100</sup>.

Desse modo, a possibilidade do controle judicial, resultante do dever de proteção dos direitos fundamentais, abrange, sempre vinculado aos preceitos constitucionais, o poder de aperfeiçoar as opções orçamentárias, bem como legislações relativas aos gastos públicos

---

<sup>97</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 27 - 8.

<sup>98</sup> GRAU, Eros Roberto. *Realismo e Utopia Constitucional*. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes (org.); MORAES, Filomeno (org.). *Direito Constitucional contemporâneo: homenagem ao Professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte. Del Rey, 2005, p. 125.

<sup>99</sup> *Idem*.

<sup>100</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 33 -4.

em geral. Dessa forma, o Poder Judiciário pode minimizar os efeitos da reserva do possível, uma vez que existe a possibilidade, por meio da jurisdição, de redirecionar o orçamento com a necessária e saudável cautela na esfera dos recursos disponíveis ou disponibilizáveis<sup>101</sup>.

Cabe ressaltar que, a reserva do possível não impede os órgãos jurisdicionais de “zelar pela efetivação dos direitos sociais”, que são prioridades constitucionais, mas devem fazê-lo com responsabilidade, considerando sempre o problema da escassez de recursos<sup>102</sup>. Portanto, argumentos ligados à reserva do possível podem ser afastados pelo Poder Judiciário de modo a assegurar a prevalência da vida e da dignidade da pessoa, utilizando para isso “o cogente direcionamento ou redirecionamento de prioridades em matéria de alocação de recursos”<sup>103</sup>.

Sendo assim,

“a reserva do possível, antes atuar como barreira intransponível à efetivação dos direitos fundamentais, deve vigor como um mandado de otimização dos direitos fundamentais, impondo ao Estado o dever fundamental de, tanto quanto possível, promover as condições ótimas de efetivação da prestação estatal em causa, preservando, além disso, os níveis de realização já atingido, o que, por sua vez, aponta para a necessidade do reconhecimento de uma proibição do retrocesso, ainda mais naquilo que se está a preservar o mínimo existencial”<sup>104</sup>.

Importante reconhecer, também, que o princípio da reserva do possível deve ser compreendido de maneira mais ampla do que a simples ausência de recursos materiais propriamente ditos à efetivação dos direitos sociais. Existe também, incluso dentro dos atributos deste princípio, o fundamento da razoabilidade e da proporcionalidade no sentido de que a prestação reivindicada “deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”<sup>105</sup>. Portanto, mesmo que o Poder público disponha dos recursos necessários, não há que se falar em obrigação de fornecer algo que não respeite os limites do razoável<sup>106</sup>. Um exemplo esdrúxulo, seria: o cidadão hipossuficiente não pode exigir uma obrigação do Estado fornecer uma escola para seu filho na esquina da rua onde mora, mesmo

---

<sup>101</sup> *Idem*.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>103</sup> *Idem*.

<sup>104</sup> *Ibidem*, pp. 36 - 7.

<sup>105</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 29.

<sup>106</sup> *Idem*.

que o Estado tenha dinheiro para isso, mas pode exigir uma vaga para seu filho estudar em um colégio público.

Oportuno entender ainda que, essa restrição da reserva do possível, “no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, não pode levar a um esvaziamento do direito. Essa cláusula expressa simplesmente a necessidade de sopesamento desse direito”<sup>107</sup>. Portanto, deve ser considerada a razoabilidade até o limite do núcleo essencial do direito social em análise. Nesse contexto, depreende-se que o fundamento da proporcionalidade deverá incidir em dupla perspectiva, tanto na proibição da insuficiência, como na do excesso, atuando, dessa forma, como parâmetro crucial “de controle dos atos do poder público, inclusive dos órgãos jurisdicionais, igualmente vinculados pelo dever de proteção e efetivação dos direitos fundamentais”<sup>108</sup>.

Isso significa dizer, de maneira sintetizada por Sarlet e Figueiredo, que

“os responsáveis pela efetivação de direitos fundamentais, inclusive e especialmente no caso dos direitos sociais, onde a insuficiência ou inoperância (em virtude da omissão plena ou parcial do legislador e administrador) causa impacto direto e expressivo, deverão observar os critérios parciais da adequação (aptidão do meio no que diz com a consecução da finalidade almejada), necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e da proporcionalidade em sentido estrito (avaliação da equação custo-benefício - para alguns, da razoabilidade no que diz com relação entre os meios e os fins), respeitando sempre núcleo essencial do direito restringido, mas também não poderão, a pretexto de promover algum direito, desguarnecer a proteção de outros no sentido de ficar aquém de um patamar minimamente eficiente de realização e de garantia do direito. Neste contexto, vale o registro de que a proibição de insuficiência assume particular ênfase no plano da dimensão positiva (prestacional) dos direitos fundamentais, o que remete, por sua vez, à questão do mínimo existencial”<sup>109</sup>.

Vale ressaltar que a reserva do possível não é um elemento integrante dos direitos fundamentais, mas, sim, uma espécie de limite fático e jurídico desses direitos ou, de outra forma, pode ainda agir como uma maneira de assegurar a proteção dos direitos fundamentais,

---

<sup>107</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Virgílio Afonso da Silva (Trad.). 5ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2008. p. 515.

<sup>108</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filehtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, pp. 32 - 3.

<sup>109</sup> *Idem*.

quando, na hipótese de conflito entre direitos, por exemplo, se alegar a indisponibilidade de recursos a fim “de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamentos”<sup>110</sup>.

Por fim, cabe lembrar a decisão do Ministro Celso de Mello, na ADPF 45/DF, a qual ratificou a necessidade de se entender os direitos sociais, econômicos e culturais sob o prisma da teoria da reserva do possível, quando expõe que

“Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas”<sup>111</sup>.

Contudo, conforme já foi explicado anteriormente, há que se fazer ponderações quanto a utilização da reserva do possível por parte do Estado, o qual não pode empregar esse princípio como um mero artifício para se eximir do cumprimento das obrigações firmadas na Constituição Federal de 1988. Desta feita, continua o Ministro Celso de Mello, na mesma decisão citada anteriormente referente a ADPF 45/DF,

“Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”<sup>112</sup>.

Portanto, significa dizer, para concluir, que a reserva do possível deve ser encarada com ressalvas, contudo as limitações vinculadas a esse princípio não são propriamente inverdades. Porém, o que se observa muitas vezes é que a reserva do possível é utilizada pela Administração Pública de maneira falaciosa como um argumento impeditivo

---

<sup>110</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 30.

<sup>111</sup> Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 29-04-2004. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho120879/false>> Acesso em: 25 mar. 2023.

<sup>112</sup> *Idem*.

para o controle judicial e como pretexto genérico para justificar a omissão do Estado na efetivação dos direitos sociais. Assim sendo, uma vez que os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, conforme o art. 5º, §1º, da CF/1988, o Poder público para utilizar a reserva do possível como argumento detém o ônus de provar a efetiva falta de recursos indispensáveis à efetivação dos direitos a prestações<sup>113</sup>.

### 2.3. Princípio da Garantia do Mínimo Existencial

Pode ser definido como “a garantia das condições mínimas para uma existência digna integra o conteúdo essencial do princípio do Estado Social de Direito, constituindo uma de suas principais tarefas e obrigações”<sup>114</sup>. Nesse contexto, o princípio da garantia do mínimo existencial baliza o Estado no sentido de assegurar a todos ao menos condições básicas para uma vida com dignidade.

Vale ressaltar que, embora o princípio da garantia do mínimo existencial está implícito na Constituição Federal, ou seja, não tem previsão expressa, essa situação não reproduz prejuízo em sua dimensão, pois, notoriamente, provém de ditames constitucionais como a dignidade da pessoa humana, o fundamento da República expresso no art. 1º, inciso III, da CF/1988<sup>115</sup>; o direito fundamental à vida, expresso no art. 5º, *caput*, da CF/1988<sup>116</sup>; e, ainda, a Lei maior, conforme do art. 170, *caput*, da CF/1988<sup>117</sup>, enfatiza a garantia de uma existência digna como uma das finalidades da ordem econômica<sup>118</sup>.

Assim, Ana Paula de Barcellos sintetiza a essência do mínimo existencial como

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao

---

<sup>113</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 32.

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>115</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 25 mar. 2023.

<sup>116</sup> *Idem*.

<sup>117</sup> *Idem*.

<sup>118</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 25.

apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.<sup>119</sup>

Importante se faz destacar que o mínimo existencial não pode ser reduzido ao mínimo vital, o qual está ligado à ideia da garantia de sobrevivência apenas<sup>120</sup>. Dessa forma, Sarlet destaca que o mínimo existencial é “compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável”<sup>121</sup>.

Vale ressaltar ainda que, para SARLET<sup>122</sup>, embora existam zonas de convergência no âmbito da proteção e ter relação umbilical com diversos direitos sociais, “não se pode afirmar que o mínimo existencial equivale (isto é, se confunde com) ao conteúdo essencial dos direitos sociais”<sup>123</sup>. Não se pode reduzir os direitos fundamentais sociais ao mínimo existencial. Portanto, ainda pode-se dizer que esse princípio está ligado aos direitos sociais, não necessariamente com todos e nem da mesma forma. Contudo, o mínimo existencial não tem prerrogativa, capacidade, poder de substituir os direitos sociais<sup>124</sup> devidamente positivados no art. 6º da CF/1988<sup>125</sup>.

Importante esclarecer que “todos os direitos sociais são fundamentais”<sup>126</sup>, por isso, são garantidos pelo instrumento da Cláusula Pétrea do inciso IV do §4º do art. 60 da

---

<sup>119</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pp. 245 - 6.

<sup>120</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 320.

<sup>121</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 25.

<sup>122</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 323.

<sup>123</sup> *Idem*.

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 326.

<sup>125</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 25 mar. 2023.

<sup>126</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 18.



CF/1988<sup>127</sup>, o que significa dizer que são protegidos de qualquer proposta tendente a aboli-los, isto é, mitigar ou reduzir seu significado e eficácia, bem como são sujeitos ao fundamento do art. 5º, §1º, da CF/1988<sup>128</sup>, ou seja, há que se conferir eficácia plena (aplicabilidade imediata) aos direitos sociais e efetividade possível, levando em consideração, na esfera de um processo, a necessidade de realização desses direitos no caso concreto. Ressalta-se, portanto, que isso não significa que a eficácia e a efetivação da norma social deverão ser iguais, em mesmo nível<sup>129</sup>.

Vale destacar que o conjunto de prestações indispensáveis para garantir o mínimo existencial não pode ser resumido “a um objeto fixo, muito menos a um valor pecuniário determinado, visto que dependente de um conjunto de fatores, inclusive ligados às condições pessoais de cada indivíduo, além de componentes de ordem social, econômica e cultural”<sup>130</sup>, ou seja, cada caso tem seu elemento de singularidade e devem ser analisados, em um processo, pelo Poder Judiciário. Pois, embora o mínimo existencial esteja atrelado a direitos compreendidos como subjetivos, aqueles que produzem um dever exigível para assegurar as prestações, isso não significa dizer que são direitos absolutos, podendo haver contraditório a qualquer contextualização do caso concreto e restrições em virtude da própria reserva do possível<sup>131</sup>.

Nesse sentido, o mínimo existencial está sujeito à contestação com base em evidências em elementos probatórios, deve observar as necessidades de cada um em cada caso, assim como as alternativas eficientes e indispensáveis para a efetivação da prestação. Portanto, isso significa dizer que, na área da saúde, por exemplo, a mera apresentação de documento médico atestando uma doença e indicando um tratamento específico pode ser contestada de forma a demonstrar a desnecessidade do tratamento indicado ou indicar tratamento diverso, que seja comprovado cientificamente, embora mais econômico ou até mesmo mais eficiente ou menos invasivo para a própria pessoa<sup>132</sup>.

---

<sup>127</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 25 mar. 2023.

<sup>128</sup> *Idem*.

<sup>129</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, pp. 18 - 9.

<sup>130</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 322.

<sup>131</sup> *Idem*.

<sup>132</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.).

Por fim, o Supremo Tribunal Federal vem consolidando entendimento, quanto ao mínimo existencial na dimensão prestacional, em sentido de que é dever do Estado assegurar as prestações indispensáveis para garantir o mínimo existencial, reconhecendo o direito subjetivo do cidadão, portanto, judicialmente exigível a fim de satisfazer as necessidades vinculadas à dignidade da pessoa humana<sup>133</sup>.

---

*Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 42.

<sup>133</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, pp. 324 - 5.

### 3. CONTROLE JUDICIAL NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 566.471 DO RIO GRANDE DO NORTE

A fim de analisar o controle judicial na efetivação do direito à saúde, se fez importante, retomando o que já havia sido abordado nos capítulos anteriores, um estudo sobre a Constituição, definindo e explicando características do fundamento da República, da dignidade da pessoa humana; dos direitos fundamentais; do direito à vida; do direito à saúde; do Sistema Único de Saúde (SUS) e seus princípios norteadores; da possibilidade do controle judicial das políticas públicas na efetivação dos direitos sociais e dos argumentos sempre envolvidos e pesados nesse controle por parte da jurisdição, como o da separação dos poderes, do princípio da reserva do possível e do princípio da garantia do mínimo existencial.

A partir disso, podemos considerar o direito à saúde como um direito fundamental social, até por isso, de algum modo, pode ser afetado pelas mais diversas abrangências da reserva do possível e protegido pela garantia implícita do mínimo existencial, que visa proporcionar, ao menos, parâmetros mínimos de efetividade aos direitos à prestação, bem como impedir omissões ou promoções insuficientes por parte do Poder Público na medida de proteção dos direitos sociais, mais especificamente, do direito à saúde. Dessa forma, em virtude da tutela do mínimo existencial e sua relação com a área da saúde, deve-se reconhecer um direito subjetivo a prestações para efetivar o acesso à saúde, onde, no controle judicial, argumentos que visam afastar a satisfação do direito - como a reserva do possível e a separação dos poderes -, apesar de serem reconhecidos, não tem propriedades absolutas e, por isso, não costumam prevalecer<sup>134</sup>.

Vale ressaltar que as demandas na área da saúde são diversas. Assim, os pedidos das ações judiciais relacionadas com o direito à saúde visam condenar o Estado com o intuito de promover prestações relacionadas com a entrega gratuita de medicamentos, de aparelhos, obtenção de vagas em hospitais, dentre outras demandas<sup>135</sup>.

---

<sup>134</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, pp. 40 - 1.

<sup>135</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, p. 355.

Na questão mais específica do fornecimento gratuito de medicamentos, um estudo interessante feito no estado de São Paulo por Ana Luiza Chieffi e Rita Barradas Barata<sup>136</sup> demonstra uma assimetria entre os beneficiários das ações judiciais relacionado a esse pedido. Este estudo mostra que, durante o ano de 2006, 77% das ações judiciais são de solicitações de fornecimento de remédios não contemplados no programa de assistência farmacêutica do SUS e 74% das ações propostas são feitas por advogados contratados, particulares, contra apenas 26% pelo Ministério Público e Procuradoria de Estado<sup>137</sup>.

Portanto, com base nesses dados, verificou-se que a maioria dos beneficiários das decisões do Poder Judiciário são pessoas que possuem melhores condições socioeconômicas, uma vez que podem contratar advogado particular, e que possuem mais acesso à informação, visto que sabem seus direitos e buscam sua efetivação, já que são as que mais demandam, pelo menos na reivindicação de medicamentos gratuitos, o controle judicial, formando essa discrepância entre os beneficiários desse sistema, produzindo assim, uma situação contrária ao desejo constitucional de equidade e justiça social<sup>138</sup>.

Matéria do jornal Folha de São Paulo de 2010 traz estudo realizado pelo Advogado Octavio Luiz Motta Ferraz, corroborando com o entendimento de que “a judicialização garante a poucos, aos que têm acesso mais fácil ao Judiciário, benefícios que o Estado não pode dar a toda a população, já que os recursos são necessariamente escassos”<sup>139</sup>. Segundo o autor, é alta a taxa de sucesso nesses contenciosos, onde 75% das ações em nível federal advém dos cinco estados com os melhores Índices de Desenvolvimento Humano (IDH) do Brasil, Santa Catarina, São Paulo, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e Paraná, os quais representavam, à época, cerca de 45% da população brasileira<sup>140</sup>.

Outra matéria do jornal Folha de São Paulo, publicada no mesmo dia que a anterior, expõe que entre os anos de 2003 e 2009, portanto, um período de análise de 7 anos, “o Ministério da Saúde respondeu a 5.323 processos judiciais com solicitações de

---

<sup>136</sup> CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. *Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade*. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/csp/a/btPynPdOLS3LzjgyLmRMGhR/?lang=pt>> Acesso em: 25 mar. 2023.

<sup>137</sup> *Idem*.

<sup>138</sup> *Idem*.

<sup>139</sup> MACHADO, Cláudia Colucci Uirá. *Ações por remédios caros favorecem ricos*. São Paulo. p. C1, 24 jul 2010. Disponível em: <<https://acervo.folha.com.br/leitor.do?numero=18338&keyword=gastos&anchor=5545664&origem=busca&origInURL=&maxTouch=0&pd=45e183f349318e9118e55107e3099d7d>> Acesso em: 25 mar. 2023.

<sup>140</sup> *Idem*.

medicamentos, um gasto de R\$ 159,03 milhões. Só em 2009, foram R\$ 83,16 milhões – 78,4% deste valor foram para comprar 35 drogas importadas<sup>141</sup>. Portanto, o gasto é maior em 2009 que nos 6 anos anteriores.

Com números mais atualizados, o Relatório do Acórdão nº 1787/2017 do Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU)<sup>142</sup> constatou que somente a União, no ano de 2015, gastou com processos judiciais referente à saúde a quantia de um bilhão de reais, o que significa um aumento de 1300% em sete anos, sendo que 80% das ações são sobre fornecimento de medicamentos, alguns sem registro no Sistema Único de Saúde, de forma gratuita por parte da Administração Pública.

Devido à explosão dessa demanda, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Gilmar Mendes, convocou, entre os meses de abril e maio do ano de 2009, uma audiência pública para debater o tema da judicialização da saúde pública, principalmente a viabilidade de decisões judiciais que obrigam o Estado a fornecer tratamentos e medicamentos de alto custo para doentes<sup>143</sup>.

Portanto, no que tange ao controle judicial na efetivação do direito à saúde por meio de fornecimento de medicamentos gratuitos por parte do Estado, existem diversos julgados sobre a matéria, contudo cabe observar previamente duas importantes jurisprudências sobre o tema, antes de analisar o caso do Recurso Extraordinário nº 566.471/RN.

A primeira, trata-se da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 277 (01/12/2008). No caso, foi concedida a antecipação de tutela na inicial, determinando o Estado de Alagoas a promover o fornecimento do medicamento REBIF 44 Mg em favor da autora Michelle Correia de Oliveira, que, por ser estudante à época e não possuir renda, não tinha como arcar com o remédio necessário, segundo laudo médico, para o tratamento de Esclerose Múltipla com o custo anual estimado à época de R\$ 115.010,28 (cento e quinze mil e dez reais e vinte e oito centavos).

---

<sup>141</sup> FOLHA DE SÃO PAULO. *Gasto com processos é de R\$ 83 mi em 2009: Custo de remédios conseguidos por ações foi maior que de 2003 a 2008*. São Paulo, p. C.3, 24 jul 2010. Disponível em: <<https://acervo.folha.com.br/leitor.do?numero=18338&keyword=gasto&anchor=5545691&origem=busca&originURL=&maxTouch=0&pd=0396a119d6703d5fb31106ff48190c47>> Acesso em: 25 mar. 2023.

<sup>142</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 1787/2017. Sessão do dia 16 ago 2017. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>> Acesso em: 25 mar. 2023.

<sup>143</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, p. 357.

Por sua vez, o Estado de Alagoas foi recorrendo ao deferimento da tutela até que o caso ascendeu ao Supremo Tribunal Federal. Na decisão monocrática do então Presidente do STF Gilmar Mendes da STA nº 277, o eminente Ministro considerou que o medicamento é necessário para o tratamento da doença, constava no registro da ANVISA, o remédio é de alto custo, a requerente não tinha condições de arcar com as custas do tratamento e que o medicamento já constava na lista de fármacos fornecidos pelo SUS; e, por outro lado, afastou os argumentos de lesão à ordem econômica pública e de violação ao princípio da separação de poderes. Portanto, indeferiu, assim, o pedido de suspensão da tutela antecipada<sup>144</sup>.

A segunda jurisprudência é o Recurso Especial nº 1.657.156/RJ, referente ao tema repetitivo 106 do STJ sobre a obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS. O caso trata da agora recorrida Sra. Fátima Theresa Esteves dos Santos de Oliveira, que é portadora de glaucoma crônico bilateral, com laudo expedido por médico integrante do SUS, cujo pedido para fornecimento de um colírio específico não englobado a lista de remédios fornecidos gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde foi deferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ).

No mesmo sentido, a 1ª Seção do STJ julgou este Recurso Especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Além disso, firmou a tese que, para a concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, exige-se a presença cumulativa dos presentes requisitos: demonstrar, por meio de laudo médico, a imprescindibilidade do medicamento no tratamento, bem como a ineficácia dos fármacos disponibilizados pelo SUS para o tratamento da enfermidade; comprovar a hipossuficiência daquele que requer o medicamento, no sentido de que a aquisição do remédio compromete a subsistência de sua família, ou seja, não é necessário comprovar pobreza; e demonstrar que o medicamento solicitado já tenha sido aprovado pela ANVISA, conforme expresso na ementa a seguir.

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO.

1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde - SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a

---

<sup>144</sup> Supremo Tribunal Federal. STA nº 277, Decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, 1 dez 2008. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2641180>> Acesso em: 25 mar. 2023.

necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos.

2. Alegações da recorrente: Destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos. Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados.

3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas.

4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015 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 na ANVISA do medicamento.

5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015<sup>145</sup>.

Vale ressaltar ainda que, embora haja semelhança entre as questões debatidas no REsp 1657156/RJ e no RE 566.471/RN, elas não são idênticas. O primeiro versa sobre a obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, ou seja, pode ou não ser medicamento de alto custo. O segundo aborda sobre medicamentos de alto custo, portanto, pode ou não estar incorporado na lista dos medicamentos fornecidos pela saúde pública. Importante destacar isso para iniciar a análise sobre este último caso.

### 3.1. Recurso Extraordinário nº 566.471/RN

O caso do Recurso Extraordinário nº 566.471/RN é um processo de referência, pois a partir dele se firmará a tese do tema 6 do STF de repercussão geral, a qual diz respeito sobre o “dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo”<sup>146</sup>. Portanto, um tema de primordial

---

<sup>145</sup> Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção. Acórdão. REsp 1.657.156/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 04/05/2018. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201700256297&dt\\_publicacao=04/05/2018](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700256297&dt_publicacao=04/05/2018)> Acesso em: 25 mar. 2023.

<sup>146</sup> STF. Tema 6 de repercussão geral. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6>> Acesso em: 05 abr. 2023.

relevância para o país, uma vez que a decisão, à luz da constituição, poderá impactar de diferentes formas a sociedade e a economia do Estado ao se dizer o direito sobre o tema do fornecimento por parte do Estado dos medicamentos de alto custo, relacionado ao direito fundamental social à saúde. Importante destacar ainda que cerca de 2.750 processos foram relacionados a este tema pelo STF<sup>147</sup>.

O caso iniciou quando o Estado do Rio Grande do Norte, por meio de sua Secretaria de Estado de Saúde Pública, informou, no dia 26 de outubro de 2006<sup>148</sup>, à senhora Carmelita Anunciada de Souza, que o fornecimento do medicamento Sildenafil, normalmente distribuído à paciente durante 6 meses, seria suspenso naquela data em virtude de restrição orçamentária e por não fazer parte do Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional. Vale ressaltar que este remédio lhe foi receitado para o tratamento de hipertensão arterial pulmonar, conforme parecer cardiológico do dia 18 de abril de 2006<sup>149</sup>.

Inconformada com a suspensão do fornecimento do remédio a autora Carmelita Anunciada de Souza propôs, por meio dos advogados do núcleo de prática jurídica do curso de direito da Universidade Potiguar, Ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada<sup>150</sup> a fim de obrigar o Estado a fornecer o medicamento Sildenafil 50mg. Para isso, utilizou como fundamento jurídico os art. 5º, 6º e 196º da Constituição Federal de 1988<sup>151</sup> e por, no ano de 2006, apresentar a idade de 68 anos de vida, o Estatuto da Pessoa Idosa (Lei nº 10.741/2003)<sup>152</sup>, mais especificamente o §2º do art. 15 e o inciso I do art. 43. Assim, o processo foi autuado e distribuído para o Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Natal/RN.

---

<sup>147</sup> *Idem*.

<sup>148</sup> Documento do dia 26/10/2006 da Secretaria de Estado da Saúde Pública, p. 18. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11495438&prcID=2565078&ad=s#>>  
Acesso em: 05 abr. 2023.

<sup>149</sup> Parecer Cardiológico do dia 18 de abril de 2006, p. 13. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11495438&prcID=2565078&ad=s#>>  
Acesso em: 05 abr. 2023.

<sup>150</sup> Ação de Obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada, pp. 4 - 9. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11495438&prcID=2565078&ad=s#>>  
Acesso em: 05 abr. 2023.

<sup>151</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 05 abr. 2023.

<sup>152</sup> BRASIL. Estatuto da Pessoa Idosa, de 1º de outubro de 2003. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm)> Acesso em: 05 abr. 2023.



Dessa forma, o juiz na Decisão Interlocutória do dia 15 de dezembro de 2006<sup>153</sup> deferiu o pedido de tutela antecipada da autora no sentido de determinar ao Estado do Rio Grande do Norte fornecer, em prazo fixado, o medicamento Sildenafil 50mg enquanto perdurar a necessidade do tratamento.

O Estado do Rio Grande do Norte, antes mesmo de apresentar a Contestação<sup>154</sup> da ação inicial, que ocorreu no dia 7 de fevereiro de 2007, interpôs Agravo de Instrumento<sup>155</sup>, no dia 25 de janeiro de 2007, em face da Decisão Interlocutória a fim de suspender e reformar o deferimento da tutela antecipada que garantia à Senhora Carmelita Anunciada de Souza o fornecimento por parte do Estado do medicamento necessário para seu tratamento. De maneira bem sucinta, embora sejam instrumentos diferentes com finalidades distintas do ponto de vista processual, um visa contestar os fatos e argumentos jurídicos da ação inicial, o outro visa combater uma Decisão Interlocutória que conferiu, no caso, a tutela provisória, o Estado do Rio Grande do Norte utilizou, em ambas as peças, fundamentos semelhantes.

Dessa forma, o Estado alegou: a) o litisconsórcio passivo necessário, pois, conforme o §1º do art. 198 da CF/1988, o Estado não é o único ente responsável pelo custeio do fornecimento do medicamento, devendo ser chamado ao processo a União e o Município; b) a necessidade de observar o princípio da legalidade orçamentária e da reserva do possível; c) a discricionariedade do Estado de definir os tratamentos que disponibiliza à população. Por isso, pede a improcedência dos pedidos autorais, bem como a suspensão e a revogação da tutela antecipada concedida.

Dessa maneira, no dia 6 de março de 2007, o juiz da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Natal/RN proferiu a Sentença<sup>156</sup> julgando procedente a pretensão autoral na Ação de obrigação de fazer (inicial) a fim de manter o fornecimento sem custo para a autora

---

<sup>153</sup> Decisão Interlocutória do dia 15/12/2006. pp. 26 - 31. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11495438&prcID=2565078&ad=s#>> Acesso em: 05 abr. 2023.

<sup>154</sup> Contestação do dia 07/02/2007. pp. 61 - 81. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11495438&prcID=2565078&ad=s#>> Acesso em: 05 abr. 2023.

<sup>155</sup> Agravo de Instrumento do dia 25/01/2007. pp. 03 - 24. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11495422&prcID=2565078&ad=s#>> Acesso em: 05 abr. 2023.

<sup>156</sup> Sentença do dia 06/03/2007. pp. 89 - 94. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11495438&prcID=2565078&ad=s#>> Acesso em: 05 abr. 2023.

do medicamento Sildenafil 50 mg enquanto perdurar o tratamento para a miocardiopatia isquêmica e hipertensão arterial pulmonar. Conforme se observa na Ementa deste julgado:

CONSTITUCIONAL DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PRELIMINAR DE FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. REJEIÇÃO. PESSOA CARENTE. DEVER DE PRESTAÇÃO DO ENTE PÚBLICO ESTADUAL.

I- A mera co-gestão dos entes federados na área de saúde pública não influi ao ponto de forçar a intervenção na lide por parte do Município ou da União. Cada ente tem o seu plexo de atribuições não podendo ser imposto à autora a litigar contra todos ao mesmo tempo;

II - A Constituição Federal, afinada com a evolução constitucional contemporânea e o direito internacional, não só agasalhou a saúde como bem jurídico digno de tutela constitucional, mas foi além, consagrando-a como direito fundamental, outorgando-lhe, de tal sorte, proteção jurídica diferenciada no ordenamento constitucional brasileiro.

III - O direito à saúde torna o particular credor de prestações materiais que o dizem respeito, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames de mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde.

IV - Procedência da pretensão autoral<sup>157</sup>.

No mesmo sentido foi o Acórdão do dia 17 de abril de 2007 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte<sup>158</sup> que decidiu sobre o Agravo de Instrumento, onde os Desembargadores da 2ª Câmara Cível do egrégio Tribunal mantiveram, por unanimidade, a Decisão interlocutória de primeiro grau, conforme a Ementa deste Acórdão:

**EMENTA:** CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE, ATRAVÉS DA UNICAT. **PRELIMINAR** DE ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. TRANSFERÊNCIA PARA O MÉRITO. **MÉRITO:** DIREITO À SAÚDE. GARANTIA FUNDAMENTAL ASSEGURADA NAS CONSTITUIÇÕES FEDERAL E ESTADUAL E LEI Nº 8.080/90. PREDOMINÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE. INDICAÇÃO MÉDICA DE MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO DE URGÊNCIA. OBRIGATORIEDADE DO FORNECIMENTO PELO ESTADO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO<sup>159</sup>.

---

<sup>157</sup> *Ibidem*, p. 89.

<sup>158</sup> Acórdão da 2ª Câmara Cível do TJRN do dia 17/04/2007, pp. 87 - 94. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11495422&prcID=2565078&ad=s#>>

Acesso em: 05 abr. 2023.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 87.

O Estado do Rio Grande do Norte a fim de reformar a Sentença proferida pelo juízo de primeira instância interpôs Apelação no dia 13 de março de 2007<sup>160</sup>. Por outro lado, a agora apelada, por intermédio dos advogados do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Potiguar, apresentou as Contrarrazões ao recurso de apelação no dia 21 de maio de 2007<sup>161</sup>. Importante observar também o Parecer do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte<sup>162</sup> do dia 11 de junho de 2007, que conclui pelo conhecimento da Apelação e no mérito pelo improvimento do recurso, devendo manter a sentença de 1º grau por seus próprios fundamentos.

Assim, a 2º Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, por unanimidade, decidiu no Acórdão do dia 10 de julho de 2007<sup>163</sup> pelo conhecimento e negou o provimento da Apelação a fim de manter preservada a sentença recorrida. Conforme se observa em sua Ementa

EMENTA: 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 MEDICAMENTO FORNECIMENTO IMPRESCINDÍVEL DE AO TRATAMENTO DE SAÚDE DA APELADA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE 1º GRAU. PRECEDENTES DESTA EGRÉGIA CORTE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO<sup>164</sup>.

Dessa forma, em virtude de mais uma improcedência de seus pedidos pelo judiciário, o Estado do Rio Grande do Norte recorreu da Decisão do Acórdão do dia 10 de julho de 2007 por entender que esta viola os artigos 5º, 6º, 196 e 198, §§ 1º e 2º, todos da Constituição Federal de 1988, interpondo, no dia 13 de agosto de 2007, Recurso

---

<sup>160</sup> Apelação interposta pelo Estado do Rio Grande do Norte no dia 13/03/2007, pp. 97 - 112. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11495438&prcID=2565078&ad=s#>> Acesso em: 05 abr. 2023.

<sup>161</sup> Contrarrazões ao recurso de apelação do dia 21/05/2007, pp. 116 - 25. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11495438&prcID=2565078&ad=s#>> Acesso em: 05 abr. 2023.

<sup>162</sup> Parecer do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte do dia 11/06/2007, pp. 132 - 40. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11495438&prcID=2565078&ad=s#>> Acesso em: 05 abr. 2023.

<sup>163</sup> Acórdão da 2º Câmara Cível do TJRN do dia 10/07/2007, pp. 147 - 55. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11495438&prcID=2565078&ad=s#>> Acesso em: 05 abr. 2023.

<sup>164</sup> *Ibidem*, p. 147.

Extraordinário<sup>165</sup> com o fundamento na alínea “a” do inciso III do art. 102 da CF/1988. Não foram apresentadas as contrarrazões ao Recurso Extraordinário<sup>166</sup>. Dessa forma, o Presidente do TJRN Desembargador Osvaldo Cruz decidiu no dia 5 de setembro de 2007<sup>167</sup> dar seguimento ao Recurso Extraordinário, remetendo os autos deste processo ao Supremo Tribunal Federal (STF), instância competente para julgar este recurso.

Sendo assim, o Estado argumenta nas razões do Recurso Extraordinário basicamente que ao atender a demanda de um único indivíduo se compromete as políticas de universalização da saúde, mais especificamente o serviço de fornecimento dos medicamentos, o que prejudica os cidadãos em geral. Além disso, o Estado alega que a decisão recorrida compromete investimentos nas demais incumbências da área da saúde, e em outros segmentos de demanda social, o que infringe a separação de poderes; descumpre, ainda, o princípio da reserva do possível e da legalidade orçamentária; e viola o litisconsórcio passivo necessário.

Assim, o Recurso Extraordinário nº 566.471/RN foi autuado no STF no dia 10 de outubro de 2007 e distribuído para a relatoria do Ministro Marco Aurélio<sup>168</sup>. O Ministro, no dia 24 de outubro de 2007<sup>169</sup>, admitiu a repercussão geral deste RE cuja relevância da matéria ultrapassa os limites subjetivos do processo. Portanto, submeteu o assunto ao plenário do STF para deliberar sobre a admissibilidade deste procedimento que visa dar maior previsibilidade e uniformização das decisões constitucionais, sem que, para isso, haja necessidade de se julgar inúmeras demandas de mesmo tema. Desse modo, o Tribunal pleno, no dia 3 de dezembro de 2007, por meio do Plenário Virtual, reconheceu por unanimidade a existência de repercussão geral sobre a questão da obrigatoriedade da Administração Pública fornecer medicamentos de alto custo.

---

<sup>165</sup> Recurso Extraordinário nº 566.471/RN do dia 13/08/2007, pp. 159 - 71. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11495438&prcID=2565078&ad=s#>> Acesso em: 05 abr. 2023.

<sup>166</sup> Certidão do dia 04/09/2007, p. 178. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11495438&prcID=2565078&ad=s#>> Acesso em: 05 abr. 2023.

<sup>167</sup> Decisão do Desembargador Presidente do TJRN do dia 05/09/2007, pp. 179 - 82. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11495438&prcID=2565078&ad=s#>> Acesso em: 05 abr. 2023.

<sup>168</sup> Termo de Autuação do dia 10/10/2007, pp. 185. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11495438&prcID=2565078&ad=s#>> Acesso em: 05 abr. 2023.

<sup>169</sup> Despacho do Ministro Relator Marco Aurélio do dia 24 de outubro de 2007, pp. 197 - 8. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11495438&prcID=2565078&ad=s#>> Acesso em: 05 abr. 2023.

Após o reconhecimento RE 566.471/RN como causa de repercussão geral, diversas pessoas naturais e jurídicas, solicitaram sua admissão no processo como *amicus curiae* devido à grande relevância e repercussão social da matéria. Dessa forma, o Ministro relator deferiu alguns desses pedidos, autorizando esses atores a participarem do processo<sup>170</sup>.

Vale ressaltar que antes da Decisão do Recurso Extraordinário pelo Tribunal pleno do Supremo Tribunal Federal, o Estado do Rio Grande do Norte argumentou perda posterior do objeto do recurso, uma vez que o remédio de alto custo, que não constava na lista dos remédios ofertados pelo SUS, foi incorporado por meio da Portaria 2.981/2009. Contudo, como o Tribunal já havia reconhecido a existência de repercussão geral antes desse pedido, por entender que a matéria tem impacto social, ou seja, os efeitos ultrapassam o cenário do processo, inclusive com a inclusão de diversos terceiros interessados, entidades, órgãos, a União e os Estados, o Ministro Relator, na Decisão do dia 12 de novembro de 2015<sup>171</sup>, seguindo a própria jurisprudência do STF nessas situações, indeferiu este pedido.

Vale ressaltar que o julgamento durou anos, sendo necessário o Plenário do dia 15 de setembro de 2016, do dia 28 de setembro de 2016 e do dia 11 de março de 2020 para o Tribunal, por fim, negar provimento, por maioria, ao Recurso Extraordinário, sendo vencido parcialmente o voto do Ministro Edson Fachin. Ato contínuo, o Tribunal deliberou que os detalhes para a fixação da tese de repercussão geral referente ao Tema 6 do STF se daria em momento posterior, pois ainda faltava definir pormenores em situações específicas.

Assim, o julgamento para a fixação da tese do Tema 6 do STF se iniciou no dia 21 de agosto de 2020, onde o Ministro Relator propôs:

“a seguinte tese para efeito de fixação sob o ângulo da repercussão geral: o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil”.

---

<sup>170</sup> Essa informação pode ser constatada em diversas páginas do Volume II do processo. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11495441&prcID=2565078&ad=s#>  
Acesso em: 05 abr. 2023.

<sup>171</sup> Decisão do Ministro Relator Marco Aurélio do dia 12/11/2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11495443&prcID=2565078&ad=s#>  
Acesso em: 05 abr. 2023.

Vale ressaltar que já votaram neste julgamento os Ministros Marco Aurélio (Relator), Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso, e, atualmente, encontra-se suspenso em razão de pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes. Mas, recentemente, foi agendada a data de 18 de maio de 2023 para a continuação do julgamento. Importante destacar que o voto dos dois Ministros divergiram do relator, por isso, se faz necessário destacar alguns pontos relevantes dos votos já proferidos.

### 3.1.1. Voto do Ministro Relator Marco Aurélio

No início de seu voto, o Ministro Relator Marco Aurélio exaltou a relevância social do caso que teve a repercussão geral reconhecida por unanimidade pelo Tribunal e o fato de que após este reconhecimento, conforme o parágrafo único do art. 998 do CPC<sup>172</sup>, mesmo que a parte desista do recurso, não impede a apreciação da matéria, pois há diversos processos, como é o caso do Tema 6 do STF, que foram suspensos e sobrestados até o julgamento deste Recurso Extraordinário<sup>173</sup>. Por isso, o pedido de perda do objeto por parte do Estado do Rio Grande do Norte, após o reconhecimento de repercussão geral, foi indeferido pelo Ministro relator na Decisão do dia 12 de novembro de 2015<sup>174</sup>.

Em virtude das razões expostas no Recurso Extraordinário e na decisão recorrida, o caso abre espaço para alguns questionamentos quais sejam, nas palavras do Ministro,

"Teria o Tribunal usurpado as competências do Executivo e do Legislativo? Ou a relevância constitucional do direito envolvido e as circunstâncias concretas legitimam a atuação judicial interventiva? Quais os limites e as possibilidades da interferência judicial sobre os deveres positivos do Estado quanto aos ditos direitos fundamentais de segunda geração – os direitos socioeconômicos? A circunstância de a universalização do direito à saúde depender da formulação e execução de políticas públicas exclui a competência do Poder Judiciário em casos como o da espécie? É possível a fixação de critérios objetivos capazes de racionalizar os milhares de litígios sobre a matéria espalhados por todo o país?"<sup>175</sup>

Assim, o Ministro expõe seu entendimento sobre diversos aspectos, princípios e direitos que estão em conflito no caso. Dessa maneira, manifesta seu juízo a respeito dos

---

<sup>172</sup> BRASIL. Código de Processo Civil Brasileiro, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)> Acesso em: 05 abr. 2023.

<sup>173</sup> Voto do Ministro Relator Marco Aurélio no RE 566.471/RN, p. 1.

<sup>174</sup> Decisão do Ministro Relator Marco Aurélio do dia 12/11/2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11495443&prcID=2565078&ad=s#>> Acesso em: 05 abr. 2023.

<sup>175</sup> Voto do Ministro Relator Marco Aurélio no RE 566.471/RN, p. 3.

direitos sociais fundamentais, o que engloba o direito à saúde, aos quais deve ser dado a máxima efetividade, posição reiterada do relator em controvérsias análogas, ainda mais no contexto do mínimo existencial, pois esta é a própria função do Estado social democrático<sup>176</sup>.

Dessa maneira, entende que o direito à saúde no contexto do mínimo existencial é um direito fundamental. Assim, o acesso a medicamentos, relacionado com o direito à saúde, está ligado com o fundamento da república da dignidade humana. Por isso, continua, apesar de sua efetivação ficar a cargo das políticas públicas, existe a possibilidade da judicialização como forma de acesso a esse direito, a qual deve ocorrer perante a dimensão do mínimo existencial. Portanto, as objeções apresentadas pelo Estado do Rio Grande do Norte devem ser examinadas dentro do contexto do princípio da garantia do mínimo existencial e suas consequências no direito ao acesso à saúde<sup>177</sup>.

Por consequência disso, argumentos generalistas que alegam violação ao princípio da separação de Poderes, como justificativa do Estado, não têm pertinência em face de transgressões aos direitos fundamentais. Na mesma direção, não prospera a justificativa da reserva do possível com respeito à legalidade orçamentária, quanto se quer assegurar a satisfação do mínimo existencial ou do núcleo essencial dos direitos sociais<sup>178</sup>.

De maneira resumida, o Ministro propõe considerar 2 (dois) elementos essenciais ao tema que configuram a presença do mínimo existencial, portanto, passível de intervenção judicial, sendo eles: “a imprescindibilidade do medicamento para a concretização do direito à saúde – elemento objetivo do mínimo existencial – e a incapacidade financeira de aquisição – elemento subjetivo do dever estatal de tutela do mínimo existencial”<sup>179</sup>.

Assim, a imprescindibilidade do medicamento de alto custo ocorre quando, atestado por laudo médico, exame ou indicação médica lícita, o uso do terapêutico é necessário para aumentar a sobrevida ou a melhoria da qualidade de vida, condições da existência digna do enfermo. Por outro lado, o Estado deve demonstrar a desnecessidade do medicamento ou porque não serve, não produz os efeitos esperados, ou por possuir um substituto de igual efeito por menor custo para a Administração<sup>180</sup>.

---

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>177</sup> *Ibidem*, pp. 4 - 5.

<sup>178</sup> *Ibidem*, pp. 7 - 8.

<sup>179</sup> *Ibidem*, pp. 11 - 2.

<sup>180</sup> *Ibidem*, pp. 12 - 3.

O outro elemento é a incapacidade financeira que é de caráter subjetivo. Portanto, para fins da tutela do Estado do mínimo existencial, deve-se demonstrar a insuficiência financeira por parte do interessado no tratamento para aquisição do medicamento<sup>181</sup>. Contudo, no entendimento do Ministro, para auferir a incapacidade financeira, deve-se considerar os membros da família, que tem o dever solidário do custeio do medicamento até onde permitir sua capacidade financeira desde que isso não implique no comprometimento de seu próprio custeio a saúde, educação, moradia, ou seja, quando não prejudicar o sustento individual do próprio mínimo existencial<sup>182</sup>.

Vale ressaltar ainda que, para o Ministro, existe uma ordem de prioridade no dever de solidariedade, a qual seria:

- “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.”<sup>183</sup>

Por fim, como já foi dito anteriormente, propõe a seguinte tese para efeito de repercussão geral do Tema 6 do STF:

o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil.

Dessa forma, diante do caso concreto, observados os elementos objetivos e subjetivos da senhora Carmelita Anunciada de Souza, o Ministro indefere o Recurso Extraordinário do Estado do Rio Grande do Norte.

---

<sup>181</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>182</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 18.



### 3.1.2. Voto do Ministro Alexandre de Moraes

Em seu voto, o Ministro Alexandre de Moraes também negou provimento do Recurso Extraordinário. Contudo, divergiu do relator nos termos da tese do Tema 6 de repercussão geral do STF<sup>184</sup>.

A divergência na tese do Tema 6 do STF que trata, como já exposto anteriormente, sobre o “dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo” ocorre, resumidamente, em 2 aspectos. O primeiro é que o Ministro Alexandre de Moraes incorpora na tese alguns parâmetros procedimentais. A segunda divergência é entender que a hipossuficiência é apenas do requerente. Conforme se observa, essas distinções, na tese a seguir submetida pelo Ministro:

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

- (a) comprovação de hipossuficiência financeira do requerente para o custeio;
  - (b) existência de laudo médico comprovando a necessidade do medicamento, elaborado pelo perito de confiança do magistrado e fundamentado na medicina baseada em evidências;
  - (c) certificação, pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC), tanto da inexistência de indeferimento da incorporação do medicamento pleiteado, quanto da inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS;
  - (d) atestado emitido pelo CONITEC, que afirme a eficácia, segurança e efetividade do medicamento para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde do requerente, no prazo máximo de 180 dias.
- Atendidas essas exigências, não será necessária a análise do binômio custo-efetividade, por não se tratar de incorporação genérica do medicamento”<sup>185</sup>.

Portanto, o Ministro Alexandre de Moraes foi mais singular na formulação da tese no que diz respeito aos parâmetros procedimentais, mais especificamente quanto a certificação de inexistência de indeferimento da incorporação do medicamento e da inexistência de substituto terapêutico no SUS, bem como atestado de eficácia e segurança do medicamento, todos emitidos pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no

---

<sup>184</sup> Voto do Ministro Alexandre de Moraes, Sessão Virtual do Recurso Extraordinário 566.471/RN, do dia 21/08/2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>> Acesso em: 05 abr. 2023.

<sup>185</sup> *Idem*.

Sistema Único de Saúde (CONITEC). Vale ressaltar aqui, que o Ministro Relator tratou do tema em seu voto, contudo não adentrou nesse aspecto na formulação da tese<sup>186</sup>.

Além disso, há uma divergência mais nítida que é a questão da incapacidade financeira. Para o Ministro Relator a incapacidade financeira deve ser observada pela família solidária, por outro lado para o Ministro Alexandre de Moraes a hipossuficiência financeira a ser constatada é apenas do enfermo requerente<sup>187</sup>.

### 3.1.3. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso

Por sua vez, o Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto para a formulação de tese de repercussão geral sobre o Tema 6 do STF, divergiu do Ministro Relator e também do Ministro Alexandre de Moraes. Contudo há que se ressaltar que os parâmetros fixados na tese do último Ministro convergem em grande parte com o do Ministro Barroso. Assim, o ponto de principal divergência entre as proposições é na questão procedimental, onde o Ministro Barroso detalha que deve existir um diálogo posterior entre o Poder Judiciário e a área técnica da saúde, no sentido de que após o deferimento judicial determinado medicamento estes órgãos técnicos avaliem a possibilidade da incorporação desse medicamento no âmbito do SUS. Dessa forma, ele defende que essa interação corroboraria para a diminuição da judicialização da matéria.

Então o Ministro Barroso apresenta sua proposta de tese, nos seguintes termos:

“O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos:

- (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente;
- (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes;
- (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS;
- (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e
- (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema.

Ademais, deve-se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS”<sup>188</sup>.

---

<sup>186</sup> *Idem.*

<sup>187</sup> *Idem.*

<sup>188</sup> Voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE 566.471/RN, pp. 30 - 1.

Dessa forma, conforme sua tese, o primeiro dos cinco requisitos para se conseguir que o Estado arque com o custo de medicamentos de alto custo fora da lista do SUS é “a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente”<sup>189</sup>. Neste ponto, o Ministro Barroso, embora pondere a existência do princípio da solidariedade familiar, diverge do Relator, pois limitaria as medidas judiciais às situações em que ascendentes, descendentes e colaterais não consigam arcar com o custo do tratamento, ainda mais quando esses parentes não possuam o dever de sustento. Esta condição seria uma intromissão inadmissível do Estado nas relações nucleares das famílias. Portanto, o que se deve observar é a hipossuficiência apenas do paciente<sup>190</sup>.

O segundo requisito é a “inexistência de decisão expressa desfavorável à incorporação pelo SUS”<sup>191</sup>. Nessa situação, onde o órgão técnico da saúde avaliou de maneira desfavorável o pedido de incorporação do medicamento na lista dos fornecidos gratuitamente pela Administração pública, o Poder Judiciário deve indeferir o pedido, privilegiando a decisão técnica do órgão. Nessa hipótese, pode-se fazer, na via judicial, apenas o questionamento da decisão técnico e científica do SUS ao não incluir o tratamento nas listas de dispensação existentes<sup>192</sup>.

O terceiro requisito é a “inexistência de substituto terapêutico no SUS”<sup>193</sup>, situação na qual o SUS não oferece outro medicamento alternativo que possa ser usado no tratamento em questão. Portanto, se o SUS disponibiliza remédio substituto de forma gratuita que seja efetivo contra a doença do paciente, deve-se indeferir o tratamento pleiteado na inicial. Por outro lado, se não houver substituto terapêutico, deve-se seguir adiante para a análise do próximo requisito<sup>194</sup>.

O quarto requisito é a eficácia do medicamento pleiteado não incorporado. Para o deferimento da inicial é necessário a comprovação da eficácia do medicamento solicitado por meio da medicina baseada em evidências<sup>195</sup>.

---

<sup>189</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>190</sup> *Ibidem*, p. 21 - 2.

<sup>191</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>192</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>193</sup> *Idem*.

<sup>194</sup> *Ibidem*, pp. 25 - 6.

<sup>195</sup> *Ibidem*, p. 26.

Por fim, o quinto requisito é a “responsabilidade primária da União”<sup>196</sup>. Isso se deve pelo fato de este Ente federativo o responsável pela incorporação ou não de novas tecnologias na área da saúde. Assim, nessa situação de medicamentos não incorporados na lista de fornecimento gratuito, a competência é da União. Vale ressaltar que, no caso de medicamento já incorporado na lista do SUS, os demais entes da federação respondem solidariamente<sup>197</sup>.

Além dos requisitos, o Ministro Luís Roberto Barroso propõe um parâmetro procedimental que vise

“a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS”

Portanto, esse diálogo pode ser dividido em dois momentos. No primeiro momento, o objetivo é verificar com maior segurança os requisitos de dispensação do medicamento, ou seja, o órgão técnico fundamentar pela incorporação ou não do tratamento pelo SUS; ou a presença ou não de substituto no SUS; ou pela existência de provas sobre a eficácia do medicamento requerido. No segundo momento, os órgãos técnicos, após uma decisão judicial, devem fundamentar tecnicamente a respeito da possibilidade de incorporação do medicamento pelo SUS, possibilitando assim, que todos os demais pacientes tenham acesso garantido desse tratamento pela via administrativa. O objetivo do Ministro nesta última etapa é a diminuição da judicialização da matéria. Por fim, cumpre destacar que é nesse segundo momento de diálogo interinstitucional a principal divergência desta tese para a tese do Ministro Alexandre de Moraes<sup>198</sup>.

Vale destacar que o voto do Ministro Barroso é bem abrangente e detalhista, conforme pode ser observado de maneira bem sintetizada na ementa de seu voto, a seguir exposta:

DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO.

---

<sup>196</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>197</sup> *Idem*.

<sup>198</sup> *Ibidem*, p. 28 - 30.

## IMPOSSIBILIDADE DE DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTO NÃO INCORPORADO NO SUS POR DECISÃO JUDICIAL, SALVO SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS.

1. No caso de demanda judicial por medicamento incorporado pelo SUS (i.e., incluído na política pública de saúde, devendo ser objeto de dispensação gratuita), não há dúvida acerca da obrigação do Estado de fornecê-lo ao requerente. Em tais circunstâncias, a atuação do Judiciário volta-se apenas a efetivar as políticas públicas já formuladas no âmbito do sistema de saúde. Nessa hipótese, deve-se exigir apenas que o requerente comprove (i) a necessidade do fármaco e (ii) a prévia tentativa de sua obtenção na via administrativa.

2. Já no caso de demanda judicial por medicamento não incorporado pelo SUS, inclusive quando de alto custo, o Estado não pode ser, como regra geral, obrigado a fornecê-lo. Não há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, devam ser oferecidos pelo Estado a todas as pessoas. É preciso, tanto quanto possível, reduzir e racionalizar a judicialização da saúde, bem como prestigiar as decisões dos órgãos técnicos, conferindo caráter excepcional à dispensação de medicamentos não incluídos na política pública.

3. Para tanto, proponho 5 (cinco) requisitos cumulativos que devem ser observados pelo Poder Judiciário para o deferimento de determinada prestação de saúde. São eles: (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos no âmbito do SUS é, em regra, desse ente federativo.

4. Ademais, proponho a observância de 1 (um) parâmetro procedimental: a necessária realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde (e.g., câmaras e núcleos de apoio técnico em saúde no âmbito dos tribunais, profissionais do SUS e CONITEC). Tal diálogo deverá ser exigido, em um primeiro momento, para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento. E, em um segundo momento, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes (CONITEC e Ministério da Saúde) avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS, mediante manifestação fundamentada a esse respeito.

5. Desprovidimento do recurso extraordinário em razão da incorporação, no curso do processo, do medicamento em questão pelo Sistema Único de Saúde. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos: (i) a incapacidade financeira do requerente para arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema. Ademais, deve-se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS”<sup>199</sup>.

---

<sup>199</sup> *Ibidem*, pp. 2 - 3.

Por fim, o Ministro votou pelo desprovimento do Recurso Extraordinário, uma vez que no decorrer do processo o medicamento em litígio no processo foi incorporado pelo Sistema Único de Saúde (SUS), situação considerada no item 1 da ementa.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à saúde é encargo do Estado e destinado a todos os cidadãos, já que é consequência do próprio direito à vida, direito este que é o mais elementar dos direitos fundamentais, sendo base para todos os direitos e garantias, uma vez que a existência humana é o pressuposto básico de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição<sup>200</sup>.

Dessa forma, a Carta Magna vigente garante o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, proporcionando a sua proteção nas esferas geral e individual. Isto posto, o Sistema Único de Saúde (SUS) é financiado com recursos do orçamento de seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como outras fontes, conforme o §1º do art. 198 da Constituição Federal<sup>201</sup>. Pelo alicerce da descentralização, cada ente federativo será responsável por parte do repasse financeiro destinado a esse Sistema, de forma a estimular o processo de municipalização (descentralização). Portanto, para a efetiva concretização das ações do Sistema Único de Saúde, “a forma de seu financiamento passa a ser questão vital, especialmente aos Municípios”<sup>202</sup>.

Vale ressaltar que os direitos sociais, como o direito à saúde e outros que estão contidos no art. 6º da CF/1988<sup>203</sup>, são conhecidos como direito a prestações materiais, pois impõe ao Estado uma obrigação de prestar, de dar, ou de fazer. Esses direitos de 2ª geração estão relacionados com uma visão de Estado que busca proporcionar aos seus cidadãos a justiça social, promovendo as condições mínimas aos necessitados.

Contudo, a gestão ineficiente do Estado e a falta de recursos financeiros do país provocam dificuldades na efetivação dos direitos à prestação material, pois a dimensão econômica condiciona a efetivação desses direitos, uma vez que o Estado precisa fazer ou prestar algum serviço, que naturalmente tem um custo. Assim, devido a relação entre a demanda das pessoas que precisam dessa prestação material e a dificuldade por parte do Estado de efetivar os direitos sociais, fornecendo serviços públicos essenciais, que um grande

---

<sup>200</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, p. 117.

<sup>201</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 05 abr. 2023.

<sup>202</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, p. 353.

<sup>203</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 05 abr. 2023.

número de pessoas recorrem ao Poder Judiciário, a fim de que este possa garantir a materialização desses direitos.

Quanto a isso, a Constituição de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXV<sup>204</sup>, proporciona a base legal para buscar a apreciação do Poder Judiciário em virtude de lesão ou ameaça a lesão a direitos, inciso que consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Importante observar também que o §1º do art. 5º da CF/1988<sup>205</sup> afirma a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Portanto, neste contexto, existe a possibilidade do controle judicial de Políticas Públicas com o intuito de efetivar os direitos fundamentais sociais.

Desta forma, é necessário que haja harmonia entre os poderes para assegurar o respeito às competências e às necessidades de cada um deles, sem ultrapassar os limites de suas funções típicas e atípicas. Assim, dentro do contexto da judicialização, como forma de efetivar as políticas públicas relacionadas aos direitos sociais, alguns argumentos jurídicos costumam ser utilizados dentro desses processos, como: o princípio da separação dos poderes, a reserva do possível e o princípio da garantia do mínimo existencial.

Conforme a jurisprudência apresentada, Acórdão da 2ª Turma do STJ no REsp 1.488.639/SE, Relator Ministro Herman Benjamin<sup>206</sup> e 1ª Turma do STF no ARE 947.823 AgR/RS, Relator Ministro Edson Fachin<sup>207</sup>, o Poder Judiciário tem firmado o entendimento de que pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. Vale ressaltar que, o Poder Judiciário está apenas exercendo o controle judicial por meio da jurisdição, ou seja, está dentro do escopo de sua função típica de julgar, dizer o direito no caso concreto<sup>208</sup>.

No que se refere à reserva do possível, é importante entender os direitos sociais, econômicos e culturais sob o prisma dessa teoria, contudo, conforme decisão do Ministro

---

<sup>204</sup> *Idem*.

<sup>205</sup> *Idem*.

<sup>206</sup> Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. REsp 1.488.639/SE, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 16/12/2014. Disponível em:

<[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201402691190&dt\\_publicacao=16/12/2014](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201402691190&dt_publicacao=16/12/2014)> Acesso em: 18 mar. 2023.

<sup>207</sup> Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. ARE 947.823 AgR/RS, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 28/6/2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11804723>> Acesso em: 18 mar. 2023.

<sup>208</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, p. 359.



Celso de Mello, na ADPF 45/DF<sup>209</sup>, a cláusula da reserva do possível, salvo em circunstância com motivo legítimo objetivamente verificável, não pode ser alegada pelo Poder Executivo com a finalidade de descumprir obrigações constitucionais, como é o contexto dos direitos sociais. Dessa forma, a reserva do possível não impede os órgãos jurisdicionais de “zelar pela efetivação dos direitos sociais”, que são prioridades constitucionais, mas devem fazê-lo com responsabilidade, considerando sempre o problema da escassez de recursos<sup>210</sup>.

Outro fundamento relevante a ser considerado é o princípio da garantia do mínimo existencial, que baliza o Estado no sentido de assegurar a todos ao menos condições básicas para uma vida com dignidade. Destarte, pontua-se que o mínimo existencial é “compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável”<sup>211</sup>.

Neste sentido, o STF vem consolidando sua jurisprudência, quanto ao mínimo existencial na dimensão prestacional, em sentido de que é dever do Estado assegurar as prestações necessárias para avaliar o mínimo existencial, reconhecendo o como um direito subjetivo do cidadão, portanto, judicialmente exigível a fim de satisfazer as necessidades vinculadas à dignidade da pessoa humana<sup>212</sup>.

Da mesma forma, ocorre no escopo do direito à saúde, ainda mais por sua relação intensa com a tutela do mínimo existencial, em que se reconhece o direito subjetivo a prestações para efetivar o seu acesso, onde, no controle judicial, argumentos que visam afastar a satisfação do direito - como a reserva do possível e a separação dos Poderes -, apesar de serem reconhecidos, não tem propriedades absolutas e, por isso, não costumam prevalecer<sup>213</sup>.

Vale ressaltar que as demandas na área da saúde são diversas. Assim, os pedidos das ações judiciais relacionadas com o direito à saúde visam condenar o Estado com o intuito de promover prestações relacionadas à entrega gratuita de medicamentos, de aparelhos,

---

<sup>209</sup> Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 29-04-2004. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho120879/false>> Acesso em: 25 mar. 2023.

<sup>210</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 36.

<sup>211</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>212</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, pp. 324 - 5.

<sup>213</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, pp. 40 - 1.

obtenção de vagas em hospitais, dentre outras demandas<sup>214</sup>. Contudo, deve-se observar, segundo o Relatório do Acórdão nº 1787/2017<sup>215</sup>, que somente a União gastou, em virtude de processos judiciais referentes à saúde, um bilhão de reais, sendo 80% das ações sobre fornecimento de medicamentos de forma gratuita pelo Estado.

Portanto, existe vasta jurisprudência sobre o fornecimento gratuito de remédios como forma de efetivação do direito à saúde. Uma importante jurisprudência utilizada neste estudo a respeito desta matéria é o Recurso Especial nº 1.657.156/RJ, referente ao tema repetitivo 106 do STJ sobre a obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS. Neste caso, a 1ª Seção do STJ fixou tese sobre o tema, no sentido de

“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 na ANVISA do medicamento”<sup>216</sup>.

Importante destacar que, embora haja semelhança entre as questões debatidas no REsp 1.657.156/RJ e no RE 566.471/RN, elas não são idênticas. O primeiro processo, referente ao Tema 106 do STJ, trata sobre a obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, ou seja, pode ou não ser medicamento de alto custo. O segundo caso, referente ao Tema 6 de repercussão geral do STF, versa sobre medicamentos de alto custo, portanto, pode ou não estar incorporado na lista dos medicamentos fornecidos pela saúde pública.

Dessa forma, o presente estudo se dedicou a analisar o Recurso Extraordinário nº 566.471 do Rio Grande do Norte, que será paradigma para as demais ações com objetos similares, pois a partir deste processo, o qual teve sua repercussão geral reconhecida, se

---

<sup>214</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. Cit.*, p. 355.

<sup>215</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 1787/2017. Sessão do dia 16 ago 2017. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>> Acesso em: 25 mar. 2023.

<sup>216</sup> Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção. REsp 1.657.156/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 04/05/2018. Disponível em:

<[https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201700256297&dt\\_publicacao=04/05/2018](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700256297&dt_publicacao=04/05/2018)> Acesso em: 25 mar. 2023.

firmará a tese do Tema 6 do STF sobre a obrigatoriedade do Poder Público fornecer medicamento de alto custo. Segundo informação do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (STF), existem cerca de 2.750 demandas semelhantes, em que o paciente financeiramente hipossuficiente recorre ao Poder Judiciário para obter tratamento de alto valor indispensável para sanar ou mitigar sua enfermidade<sup>217</sup>.

Ressalta-se que, no caso do RE 566.471/RN, o Tribunal, por maioria, negou provimento ao Recurso Extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Norte, sendo vencido parcialmente o voto do Ministro Edson Fachin, obrigando, dessa forma, a continuidade do fornecimento pelo Poder Público do fármaco Sildenafil 50 mg à senhora Carmelita Anunciada de Souza, autora da ação inicial, o tratamento de hipertensão arterial pulmonar. Entretanto, o Tribunal resolveu que os detalhes para a fixação da tese do Tema 6 de repercussão geral do STF se daria em momento posterior.

Vale apontar que, no momento, o julgamento encontra-se suspenso em razão do pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes e apenas três Ministros proferiram suas teses sobre o tema, são eles: Ministro Relator Marco Aurélio, Ministro Alexandre de Moraes e Ministro Luís Roberto Barroso. Importante destacar que os votos com a finalidade de fixar a tese sobre o Tema 6 do STF são divergentes. Além disso, recentemente, foi agendada a data do dia 18 de maio de 2023 para a continuação do julgamento.

Dessa forma, apesar de ainda estar em julgamento, é possível chegar, após a análise dos votos divergentes dos Ministro, na fixação da tese, bem como a jurisprudência dos Tribunais sobre o tema correlatos, a algumas conclusões sobre o tema.

Na hipótese do controle judicial ocorrer sobre medicamentos de alto custo incorporados na lista do SUS, o Estado é obrigado a fornecer o tratamento requerido, uma vez que o remédio já está incluso na esfera da política pública na área da saúde. Para isso, basta o requerente comprovar a necessidade do fármaco para o tratamento da doença e a prévia tentativa da obtenção do remédio na via administrativa, importante a denegação da via administrativa ser por escrito para fins probatórios.

---

<sup>217</sup> STF. Tema 6 de repercussão geral. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6>> Acesso em: 05 abr. 2023.

Na hipótese de demanda judicial por medicamento de alto custo não incorporado pelo SUS, o Estado só será obrigado a disponibilizar o tratamento requerido, se forem observados alguns requisitos. Esses requisitos cumulativos devem ser observados pelo Poder Judiciário a fim de deferir o fornecimento do medicamento adequado para o tratamento do paciente. Dentro desta hipótese, é provável que se tenham ao menos três cláusulas, podendo ter mais, que devem ser observadas para o deferimento do pedido.

O primeiro requisito que provavelmente possa estar na tese é que a ação seja proposta em face da União, que é o Ente federativo responsável, em regra, pela inclusão ou não de novos medicamentos no âmbito do SUS.

Outro requisito que possivelmente esteja na tese é uma cláusula de hipossuficiência financeira, em que fique comprovado a incapacidade pecuniária de arcar com o custo do medicamento. Nesse caso, a divergências de votos se dá em razão da amplitude dessa hipossuficiência, se ela recai apenas ao paciente requerente, ou se abrange sua família de forma solidária.

Por fim, prevê-se uma cláusula sobre a eficácia do medicamento não incorporado pelo SUS. Vale ressaltar que os votos dos Ministros tangenciam essa questão, bem como a jurisprudência do Recurso Extraordinário nº 657.718/MG<sup>218</sup>, cujo remédio no caso não possuía registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Portanto, diante da ausência de registro ou da comprovação da eficácia do medicamento à luz da medicina baseada em evidências, não se pode obrigar o Estado a fornecer esse tratamento, ou seja, a inadequação é presumida.

Portanto, percebe-se que é um tema de extrema relevância para o país e para a sociedade, uma vez que, a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre este caso, referente ao direito fundamental à saúde, haverá impacto direto na qualidade de vida de milhares de pessoas que necessitam de tratamento de alto valor, e para a Administração Pública, afetando o planejamento financeiro e os gastos públicos.

Assim, a hipótese inicial do trabalho é que as decisões do Poder Judiciário, ao exercer a jurisdição no acesso ao direito à saúde para o fornecimento de remédios de alto

---

<sup>218</sup> Supremo Tribunal Federal. Plenário. Acórdão. Recurso Extraordinário nº 657.718/MG. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344900727&ext=.pdf>> Acesso em: 10 abr. 2023.

custo, impactam negativamente na gestão do SUS, afetando o planejamento financeiro por parte do Estado, bem como comprometendo o atendimento igualitário e universalizado para os pacientes.

Contudo, no decorrer deste trabalho acadêmico, ao se aprofundar sobre o tema, pode-se observar que cabe ao Poder Judiciário, ao exercer a jurisdição, dizer o direito ao caso concreto. Isso significa que, de forma geral, o controle judicial das políticas públicas na efetivação dos direitos sociais visa garantir o acesso dos indivíduos ao direito social requerido. Portanto, a responsabilidade pela universalização dos tratamentos na área da saúde é da Administração Pública, do Poder Executivo, que deve adequar sua gestão e seu orçamento para tal finalidade.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo: Descomplicado**. Rio de Janeiro, Editora Método, 2011, 996 p.

ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade**. Revista de Direito Privado. São Paulo: RT, nº 24, p. 334-344, out./dez. 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Virgílio Afonso da Silva (Trad.). 5ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2008. 627 p. Disponível em: <<http://noosfero.ucsal.br/articles/0010/3657/alexy-robert-teoria-dos-direitos-fundamentais.pdf>> Acesso em: 25 mar. 2023.

ANDRADE, Thaís Santos de. **Do direito à saúde dos portadores da AME: análise jurídica face o princípio da dignidade da pessoa humana**. Monografia de Graduação em direito apresentada à Universidade Federal de Campina Grande para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais., Sousa, 2020. Disponível em: <<http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/riufcg/17485/THAIS%20SANTO%20DE%20ANDRADE%20-%20TCC%20DIREITO%202020.pdf?sequence=3&isAllowed=y>> Acesso em: 07 dez. 2022.

ARAÚJO, Kammilla Éric Guerrad. **Sistema Único de Saúde, Políticas Públicas e Equidade: o caso de Judicialização do acesso aos medicamentos em Belo Horizonte**. Dissertação de Mestrado em Gestão e Economia da Saúde apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra para obtenção do grau de Mestre, Coimbra, 2017. Disponível em: <[https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/82766/1/001\\_dissertacao\\_KAMMILLA\\_UC\\_2\\_015169989.pdf](https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/82766/1/001_dissertacao_KAMMILLA_UC_2_015169989.pdf)>. Acesso em: 07 dez. 2022.

ASSIS, Virgínia Márcia Nepomuceno Chaves de. **Considerações acerca da judicialização da saúde com medicamento de alto custo**. Direito coletivo, v. 14, n. 24, ISSN 1809-8487, p. 297-310. Minas Gerais, 2015. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/79137617.pdf>> . Acesso em: 17 jun. 2021.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 327p.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. In: Revista Jurídica UNIJUS, v. 11, n. 15, 2008. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>> Acesso em: 26 abr. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 26 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)> Acesso em: 26 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm)> . Acesso em: 26 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)> Acesso em: 05 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ-MG). AI: 10000181401860001 MG, Relator: Bitencourt Marcondes, Data de Julgamento: 28/03/2019, Data de Publicação: 04/04/2019. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/695231708/agravo-de-instrumento-cv-ai-10000181401860001-mg/inteiro-teor-695231758>. Acesso em: 9 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção. Acórdão. REsp 1.657.156/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 04/05/2018. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201700256297&dt\\_publicacao=04/05/2018](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700256297&dt_publicacao=04/05/2018)> Acesso em: 25 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário: 657.718.** Minas Gerais, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 17/11/201. Data de Publicação: DJe-051 12-03-2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE657718.pdf>>. Acesso em: 9 jun. 2021.

BRASIL. STF. **Recurso Extraordinário: 566.471.** Rio Grande do Norte. Min. Rel. Marco Aurélio Mello. Protocolo: 2007/162021. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>> . Acesso em: 14 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em pedido de suspensão de efetivação de antecipação de tutela n. 2006.002444- 8, Brasília, DF, 26 de fevereiro de 2007. DJ, 5 mar. 2007. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139898/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-91-al-stf>> . Acesso em: 9 jun. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal Federal. **Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas e proposta de solução.** Brasília, 2019. Disponível em:<<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>> Acesso em: 26 abr. 2021.

CAMARGO, Beatriz Meneghel Chagas. **A separação dos poderes e os freios e contrapesos na Constituição de 1988: A atuação do Poder Judiciário**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

COSTA, Bruno Andrade. **O controle judicial nas políticas públicas: Análise das decisões judiciais e seu cumprimento para a realização progressiva dos direitos fundamentais sociais**. Revista de Informação Legislativa nº 199, jul./set., 2013 Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/199/ril\\_v50\\_n199\\_p255](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/199/ril_v50_n199_p255)> Acesso em: 26 abr. 2021.

FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. **Direito Civil: Parte Geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. 928 p.

GRAU, Eros Roberto. **Realismo e Utopia Constitucional**. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes (org.); MORAES, Filomeno (org.). **Direito Constitucional contemporâneo: homenagem ao Professor Paulo Bonavides**. Belo Horizonte. Del Rey, 2005, p. 125.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. 1720 p.

NASCIMENTO, Venício Martins do. **Ponderação de princípios constitucionais: análise de estudo de caso acerca do fornecimento de medicamentos de alto custo**. Virtù: Direito e Humanismo, v. 1, ISSN 2238-0779. Brasília, 2020. Disponível em: <<http://revistas.icesp.br/index.php/Virtu/article/view/1153/992>> . Acesso em: 10 jun. 2021.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito Fundamental à Saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2014, 272 p.

SANTOS, L. **Direito à saúde e sistema único de saúde: conceito e atribuições**. O que são ações e serviços de saúde. In: SANTOS, Lenir (Org.) **Direito da saúde no Brasil**. Saberes, São Paulo, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, 504 p.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, 412 p.

SILVA, Antônio Horácio Fernandes da. CANTOS, Michelle Rodrigues. **A judicialização de medicamentos de alto custo: estudo comparativo do ICIPE - Hospital da Criança de Brasília no período de 2016 a 2018**. Revista *Journal of Management & Primary Health*



*Care*, VOL. 11, ISSN 2179-6750. Brasília, 2019. Disponível em: <  
<https://www.jmphe.com.br/jmphe/article/view/875/805>>. Acesso em: 16 jun. 2021.

SOLHA, Raphaela Karla de Toledo. **Sistema Único de Saúde: componentes, diretrizes e políticas públicas**. 1. ed. São Paulo: Érica, 2014, 120 p.