

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: UMA ANÁLISE ENTRE O DIREITO DO INDIVÍDUO VERSUS O DA COLETIVIDADE NO ÂMBITO DAS ESTRUTURAS E POSSIBILIDADES DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Raphael Vieira da Fonseca Rocha¹; Maria Clara de Abreu Menezes Silva²

RESUMO

O presente artigo tem como principal foco o direito fundamental à saúde assegurado pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 196, sobretudo quanto a efetividade da garantia constitucional no tocante ao Sistema Único de Saúde (SUS). Desta forma, estabelece como objetivo geral identificar quais são as formas adotadas pelo SUS para cumprir o comando legislativo diante de problemas orçamentários e limitações oriundas da capacidade do Estado, atentando-se para a garantia do acesso universal à saúde. Para tanto, faz-se necessário compreender o constitucionalismo contemporâneo e a figura dos direitos fundamentais, além de conceituar o direito fundamental à saúde e o Sistema Único de Saúde consoante à lei 8.080/90. Após, o presente trabalho irá tecer uma análise entre o direito de um versus o direito de todos, envolvendo os limites orçamentários e a capacidade do Estado de prestar saúde integral sendo examinado, neste momento, dois julgados do Supremo Tribunal Federal: RE 657.718/MG e RE 566.471/RN. Por fim, é de suma importância examinar a questão da saúde pública diante do quadro pandêmico gerado pelo COVID-19. O presente estudo consiste em pesquisa aplicada, de caráter exploratório e descritivo, lastreada por fontes bibliográficas-documentais, com os resultados tratados de maneira qualitativa e quantitativa.

Palavras-Chave: Direito à Saúde; Orçamento Público; COVID-19.

ABSTRACT

This article focuses on the fundamental right to health, as guaranteed by the Federal Constitution of 1988 in its Article 196, with a particular focus on the effectiveness of this constitutional guarantee in the context of the Unified Health System (SUS). The main purpose is to identify the mechanisms adopted by SUS to meet legislative mandates in the face of budgetary constraints and limitations stemming from the capacity of the State, while ensuring universal access to healthcare. To achieve this, the study delves into contemporary constitutionalism and the concept of fundamental rights, alongside a definition of the fundamental right to health and an outline of the Unified Health System, according to Law 8.080/90. The paper then analyzes the balance between individual rights and the rights of society, considering budgetary limits and the State's ability to provide comprehensive healthcare. It reviews two Supreme Federal Court cases: RE 657.718/MG and RE 566.471/RN. Finally, the study addresses public health in the context of the COVID-19 pandemic. This research is based on applied research, with an exploratory and descriptive character, relying on bibliographic and documentary sources, with both qualitative and quantitative analysis of the results.

Keywords: Right to Health; Public Budget; COVID-19.

1 Doutor (2023) e mestre (2017) em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ (2014). Professor da Universidade Federal de Juiz de Fora

2 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Serra dos Órgãos (UNIFESO). Advogada.

INTRODUÇÃO

O presente artigo examina o direito fundamental à saúde, com ênfase na efetividade deste direito frente a determinação da Constituição Federal de 1988 e das dificuldades do Estado em cumprir o comando constitucional. O direito a saúde é um direito fundamental presente na segunda dimensão dos direitos fundamentais e deve ser preservado a todas as pessoas.

Além disso, o direito a saúde deve ser universal e igualitário, através de ações e serviços disponibilizados pelos entes públicos. Dessa forma, o artigo 5º da Lei Maior, impõe ao Poder Público o dever de agir fornecendo a todos prestações materiais e jurídicas adequadas à promoção e proteção da saúde, bem como sua recuperação, independentemente da situação financeira do indivíduo (Novelino, 2016, p.800).

O Sistema Único de saúde é responsável por garantir a isonomia prevista no artigo supracitado. Um dos pontos basilares desse sistema é sua descentralização, por entender que dessa forma, aspectos regionais de cada região, em um país marcado pela heterogeneidade, seriam preservados (Mendes, 2017, p.600). Apesar desse comando, é notório que em determinadas situações específicas, há maiores dificuldades para dar efetividade a este direito.

Como já assinalado pelo Supremo Tribunal Federal, não é possível garantir tudo para todos. É necessário que haja limites, seja por problemas orçamentários ou divisões de competência prevista na Carta Magna (STF, Recurso Extraordinário nº 566471, Ministro Luís Roberto Barroso, voto, 2016, p.20).

O Ministro Celso de Mello, em seu voto no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS destacou 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 legitimando a atuação do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional.

Discutir sobre direito fundamental à saúde, justifica-se em analisar como o Estado busca medidas para efetivar o acesso a saúde a toda população, mesmo que não seja de forma igualitária como determina a Constituição Federal de 1988. Neste caso, é necessário entender quais são os esforços aplicados pelo Estado para efetivar esse direito da melhor maneira possível, haja vista que os recursos são esgotáveis.

Assim, este trabalho possui uma relevância jurídica para a academia científica, no sentido de verificar como o Sistema de Saúde Pública no Brasil lida com o direito do indivíduo versus o da coletividade, diante de problemas orçamentários e calamidades públicas sem ferir o princípio constitucional.

Diante disso, é preciso examinar o excesso de demandas judiciais para a efetividade deste direito e se o Poder Judiciário é o órgão dotado de total capacidade para avaliar a necessidade e urgência destes indivíduos. Faz-se, portanto, necessária à análise se essas decisões prolatadas não prejudicam a universalização do acesso à saúde.

É notória também uma relevância social neste trabalho, no sentido de demonstrar que uma melhor gestão orçamentária deste direito de segunda dimensão propiciará uma maior efetivação do direito à saúde para toda a população, além de auxiliar o Estado brasileiro na condução de problemas, como por exemplo, a COVID-19.

A pandemia causada pelo COVID-19 afetou diretamente todas as pessoas e principalmente trouxe sérios impactos orçamentários ao Brasil. Foram autorizados determinados gastos que não seriam possíveis em uma situação de normalidade, sob pena de responsabilidade.

O Ministério da Saúde liberou mais R\$ 4 bilhões extras para estados e municípios reforçarem suas ações de combate ao coronavírus (Ministério da Saúde, 2020, *on-line*). Ainda assim, o STF decidiu no início de 2020 que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios possuem competência concorrente na área da saúde pública para realizar ações de mitigação dos impactos do novo coronavírus (Conselho Nacional de Justiça, 2021, *on-line*).

Mudanças são necessárias para compor os interesses de todos os grupos. A gravidade e consequências da pandemia obrigaram o legislador e o intérprete a adaptar os institutos do direito que devem harmonizar e compor os interesses de todos os grupos produtivos, almejando a superação desse momento crítico (Magalhães; Martins, 2020, *on-line*).

Portanto, reforça-se a ideia de que a saúde pública é extremamente importante e, portanto, o Estado deverá garantir o acesso à saúde de forma digna mesmo diante de períodos difíceis, sendo necessárias, muitas vezes, releituras do ordenamento jurídico para assegurar esse direito. Deve sempre observar os recursos disponíveis e a fiscalização do direito à saúde como um direito social que deve ser observado como um todo e executado com excelência por parte do Poder Público.

Em conformidade com os problemas de pesquisa expostos, estabelece-se como objetivo geral deste artigo identificar como o Sistema Único de Saúde (SUS) efetiva o direito fundamental à saúde, diante de problemas orçamentários e das limitações oriundas da capacidade do Estado. Em outros termos, almeja-se trabalhar a dialética entre o direito individual versus o da coletividade, atentando-se para a garantia do acesso universal.

Nesse contexto, para alcançar o objetivo geral de pesquisa, os objetivos específicos do presente trabalho são: compreender a ideia do constitucionalismo contemporâneo e a figura dos direitos fundamentais, conceituar o direito fundamental à saúde e a lei (8.080/90), além de salientar a importância do Sistema Único de saúde no enfrentamento das questões de saúde pública.

Ainda assim, verificar o excesso da judicialização da saúde, analisar o direito de um contra o direito de todos através de casos concretos e por fim, estudar as definições e mudanças adotadas diante da pandemia do COVID-19.

O presente estudo consiste em pesquisa aplicada, de caráter exploratório e descritivo. Nesse sentido, os resultados serão apresentados sobre forma qualitativa e quantitativa a partir da coleta de informações de fontes primária e secundárias, incluindo revisão bibliográfica. Dessa forma, o método adotado no presente estudo é o método dedutivo.

Dessa forma, com o objetivo de esclarecer a problemática desse estudo e contribuir para a academia científica o presente artigo é estruturado em 4 seções, sendo a sessão um, dois e três, divididas em subtópicos.

Assim o trabalho é apresentado, respectivamente em: o Estado democrático de direito e o constitucionalismo contemporâneo; Direitos fundamentais e as suas dimensões; Direito à saúde; O Sistema Único de Saúde; Judicialização da saúde; Jurisprudência do STF e por fim, a pandemia do COVID e a competência constitucional dos entes federados no cuidado à saúde.

1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO.

Nota-se que ao decorrer da história é inviável descrever os direitos fundamentais sem perpassar pelas Constituições e pela democracia. Neste sentido, explica-se que: “O constitucionalismo, em seu sentido mais amplo, é empregado para designar a existência de uma constituição nos Estados, independentemente do momento histórico ou do regime político adotado” (Novelino, 2016, p.44).

Embora a constituição tenha surgido a partir das guerras religiosas dos séculos XVI e XVII, todos os Estados, até mesmo os que adotavam o modelo de governo absolutista ou totalitário, sempre possuíram uma norma básica e expressa, responsável por legitimar o poder soberano. Com isso, o constitucionalismo se confunde com a própria história das constituições (Novelino, 2016, p.44).

Nesse contexto, o constitucionalismo escrito surge com o Estado, com a função de racionalização e humanização, trazendo consigo a necessidade da proclamação de declarações de direitos. Ilustra Moraes (2018, p.44) que:

O Estado de Direito é consagrado com o constitucionalismo liberal do século XIX, se destacando a Constituição de Cádis, de 19 de março de 1812, a 1ª Constituição Portuguesa, de 23 de setembro de 1822, a 1ª Constituição Brasileira, de 25 de março de 1824 e a Constituição Belga, de 7 de fevereiro de 1831.

Salienta-se ainda, que existiram duas constituições que desempenharam papéis importantíssimos para o constitucionalismo, quais sejam a norte-americana de 1787, que fora criada após a independência das 13 Colônias e a Constituição da França de 1791 a partir da Revolução Francesa. Ambas apresentaram traços marcantes: organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais (Moraes, 2018, p.43).

Mais que uma codificação, o constitucionalismo surge da vontade do homem em definir o destino político e ainda participar como sujeito ativo da vida do Estado. Essa necessidade fez com que os textos escritos exigissem que todo o âmbito estatal estivesse presidido por normas jurídicas e que este poder obedecesse à determinação das previsões legais, ou seja, desta forma seria possível ocorrer uma submissão de todos ao Estado de Direito (Moraes, 2018, p.46).

É importante frisar que não se deve vincular a noção de Estado de Direito com o direito escrito, pois para a ocorrência deste, não é mister a existência de leis positivadas. Além disso, não se deve confundir Estado de Direito com Estado Democrático de Direito, pois o que caracteriza o Estado de Direito é a submissão a parâmetros normativos preestabelecidos, sem fazer referência à legitimidade com que estes foram criados, se houve ou não participação dos cidadãos e se estes anuíram ou não (Moura, 2018, p.44).

Dessa forma, são duas as “grandes qualidades” do Estado Constitucional: Estado de direito e Estado democrático. O primeiro caracteriza-se por apresentar a primazia da lei; um sistema hierárquico de normas que preservam a segurança jurídica; à observância obrigatória da legalidade pela administração pública; separação de poderes como garantia da liberdade ou controle de possíveis abusos. Por fim, haverá o reconhecimento da personalidade jurídica do Estado; garantia dos direitos fundamentais e um controle de constitucionalidade das leis como garantia ante o despotismo do Legislativo (Moraes, 2018, p.48).

Já o Estado democrático de Direito surgiu após a Segunda Guerra Mundial como uma tentativa de consolidar as conquistas e suprir as lacunas de antigas experiências. Um novo modelo de Estado que tem como propósito a introdução de novos mecanismos de soberania popular, garantia jurisdicional da supremacia da Constituição consoante à busca pela efetividade dos direitos fundamentais e ampliação do conceito de democracia (Novelino, 2016, p.247).

No Brasil, a Constituição de 1988 traz a ideia de que o Estado deva possuir uma Lei Maior e que nesta, deve conter limitações ao poder autoritário e regras de primazia dos direitos fundamentais. Neste sentido, consagra-se um Estado Democrático de Direito, conforme dispõe o artigo 1º, caput da CRFB/88, e, portanto, de soberania popular. Desta forma, a lei define que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

O valor normativo supremo da Constituição não surge de imediato como uma verdade clara, mas é resultado de reflexões geradas pelo desenvolvimento histórico e, pelo interesse em aperfeiçoar os meios de controle do poder, em favor de um aprimoramento dos suportes da convivência política e social. Explica Mendes (2017, p.65):

Hoje, é possível falar em um momento de constitucionalismo que se caracteriza pela superação da supremacia do Parlamento. O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que

se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da Constituição), sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis.

Salienta-se que a ideia principal se mantém inviolável, qual seja, a afirmação de que o poder deriva do povo, o qual, em regra, se manifesta por seus representantes.

Conclui-se, portanto, que a doutrina passa a desenvolver, a partir do início do século XXI, uma nova perspectiva em relação ao constitucionalismo, denominada neoconstitucionalismo, conhecida também como pós-positivismo, ou ainda, constitucionalismo contemporâneo.

A partir desse momento, busca-se, dentro dessa nova realidade, não somente atrelar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, buscar a eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, com a finalidade da concretização dos direitos fundamentais (Lenza, 2020, p.68).

1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS DIMENSÕES

A Constituição Federal de 1988 (CRFB/88) dispõe expressamente no inciso III do artigo 1º a dignidade da pessoa humana que desempenha um papel de proeminência entre os fundamentos do Estado brasileiro.

A CRFB/88 apresentou mudanças essenciais para a afirmação dos direitos fundamentais como proteção à dignidade da pessoa, sendo o meio pelo qual são positivadas as normas asseguradoras dessa pretensão (Branco, 2017, p.127). A criação desses direitos foi necessária para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual, sendo estes considerados indispensáveis para a manutenção da dignidade da pessoa humana (Padilha, 2020, p. 338).

Para confirmar a pretensão e a relevância desses direitos, é possível encontrar no preâmbulo da Lei Maior que a Assembleia Nacional Constituinte teve como foco instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade e a segurança. Esse objetivo há de erigir-se como o pilar ético-jurídico-político da própria compreensão da Constituição. O domínio das considerações técnicas que os direitos fundamentais suscitam, por isso, é indispensável para a interpretação constitucional.

Os direitos fundamentais surgiram em períodos distintos, sendo resultado de maturação histórica conforme a necessidade do povo em cada época. Permite compreender, portanto, que os direitos fundamentais não são sempre os mesmos em todas as épocas (Mendes 2017, p.128).

Por este motivo, a consagração progressiva e sequencial nos textos constitucionais, deu origem às chamadas gerações de direitos fundamentais. O termo “geração” pode induzir a erro, pois traz um entendimento de que uma geração sucede a outra. Atualmente a doutrina majoritária opta pelo termo dimensão por ter um caráter de continuidade. Esse termo traz a confirmação de que os direitos se complementam e jamais se excluem. (Novelino, 2016, p.273).

Tradicionalmente, os direitos fundamentais são divididos em três dimensões, cada uma delas está traduzida nos ideais da revolução francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). Não obstante, a doutrina não é uníssona quanto a outras dimensões, como por exemplo, a quarta, quinta e sexta geração de direitos fundamentais (Padilha, 2020, p.375).

Os direitos humanos da primeira dimensão marcam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito e, nesse contexto, o respeito às liberdades individuais. Seu reconhecimento surge com maior evidência nas primeiras Constituições escritas e tais direitos dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzir o valor da liberdade (Lenza, 2020, p. 752).

Alguns documentos históricos foram importantes para a configuração do que os autores chamam de direitos humanos de primeira dimensão (séculos XVII, XVIII e XIX), sendo estes: Magna Carta de 1215, assinada pelo rei “João Sem-terra”; Paz de Westfália (1648); Habeas Corpus Act (1679); Bill of Rights (1688); Declarações, seja a americana (1776), seja a francesa (1789) (Lenza, 2020, p.758).

A segunda dimensão de direitos fundamentais são os direitos sociais, econômicos e culturais, sendo estes, fruto da revolução industrial europeia, a partir do século XX. Em razão das péssimas condições de trabalho, eclodiram movimentos como o cartista na Inglaterra e a Comuna na França (1848). Segundo Walber de Moura (2018, p. 91):

A principal fonte de inspiração foi a Constituição de Weimar, de 1919, inaugurando o ciclo de Constituições de segunda dimensão, de teor material, em que o Estado intervém na economia para assegurar condições mínimas de sobrevivência à população.

A Constituição Alemã buscava mais auxílio do Estado para incorporar direitos trabalhistas, sociais, culturais e econômicos. Esses direitos ficaram conhecidos como “direito à prestação positiva”, dentre os quais se destaca o direito a saúde. (Padilha, 2020, p. 346). Essa nova fase é denominada constitucionalismo contemporâneo, consagrando os direitos fundamentais de segunda dimensão. (Dutra, 2017, p. 26). Nesse contexto, portanto, passam os entes públicos a executar políticas públicas dispostas a garantir os direitos sociais.

Os direitos de segunda dimensão estão ligados diretamente à igualdade material, tem como objetivo não só assegurar e garantir os direitos sociais, econômicos e culturais, mas preservá-los de qualquer tipo de lesão (Novelino. 2016, p. 273).

Os direitos fundamentais da 3.^a dimensão são direitos transindividuais, ou seja, vão além dos interesses do indivíduo. São marcados pela alteração da sociedade por grandes mudanças na comunidade internacional (crescente desenvolvimento tecnológico e científico), identificando-se alterações mais profundas nas relações econômico-sociais.

Nesta dimensão, aumenta-se a preocupação com a conscientização sobre preservacionismo ambiental e as dificuldades para proteção dos consumidores. Desta forma, o ser humano é inserido em uma coletividade e passa a ter direitos de solidariedade ou fraternidade (Lenza, 2020, p.758).

A quarta dimensão aparece na orientação de Norberto Bobbio, sendo essa decorrente dos avanços no campo da engenharia genética, “do qual se extraem direitos como congelamento de embrião. Pesquisas com células-tronco, inseminação artificial, barriga de aluguel, etc.” (Padilha, p.346, 2020).

Por fim, há uma divergência na quinta dimensão dos direitos fundamentais. Para Rodrigo Padilha (2020, p. 346) esta quinta dimensão é apontada como o direito cibernético e a sexta dimensão seria o direito a paz ou de buscar a felicidade. Já para Bonavides, conforme citado por Lanza (2020, p.759) “o direito à paz deva ser tratado em dimensão autônoma (quinta dimensão), chegando a afirmar que a paz é axioma da democracia participativa, ou, ainda, supremo direito da humanidade”.

2. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A história da saúde no Brasil se dá no século XIX com a chegada dos colonizadores portugueses, período no qual os problemas sanitários eram mais graves. Neste momento, eram realizados poucos procedimentos e ações de “campanhista” em 1870 e 1930. Esse modelo era caracterizado pelo uso constante da autoridade e força policial e obteve sucesso no controle de doenças epidêmicas. O resultado efetivo foi na erradicação da febre amarela da cidade do Rio de Janeiro (Barroso, 2013, p.12).

Antes de 1930 ainda havia instabilidade de ações públicas curativas, pois estes eram prestados apenas por serviços privados ou caridade. A partir da década de 30, houve a estruturação básica do

sistema público de saúde. Neste momento, é criado o Ministério da Educação, Saúde Pública e os Institutos de Previdência Social. Ocorre que somente eram beneficiadas as pessoas com carteira de trabalho assinada e desta forma, grande parte da população brasileira que não integrava o mercado de trabalho formal, era mais uma vez excluído do direito à saúde (Barroso, 2013, p.13).

Diferente dos séculos passados, a saúde a partir da promulgação da Constituição de 1988, obteve um conceito mais abrangente. Segundo a Organização Mundial da Saúde “a saúde é um completo bem-estar físico, mental, social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade” (Organização Mundial da Saúde, 2020, *on-line*).

A Constituição Federal de 1988 no artigo 196 reservou um lugar de destaque para a saúde sendo este um direito de todos. O artigo prevê, portanto, que a norma positivada deve ser garantida a toda sociedade com base ao acesso universal e isonômico. Desta forma, observa-se que a partir deste momento não é mais facultativo e sim, obrigação dos entes públicos em garantir efetivamente esse direito.

O direito à saúde pertence ao grupo dos direitos sociais (segunda dimensão). Estes estão consagrados principalmente em duas partes distintas na Constituição de 1988: o capítulo II (Dos direitos sociais) e do Título II (Dos direitos e garantias fundamentais). Já no título VIII referem-se a “ordem social” e especifica os direitos a saúde, previdência social, assistência social e educação (Novelino, 2016, p.465).

Os direitos sociais elencados no artigo 6º estão consolidados em normas a serem cumpridas na maior medida possível, considerando as circunstâncias fáticas e jurídicas existentes (Novelino, 2016, p.466).

A saúde é direito de todos e dever do Estado, é assegurado mediante políticas sociais e econômicas que tencionam a redução do risco de doença e outras complicações. Além de garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação não se pode esquecer que a proteção à saúde é competência administrativa comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (Padilha, 2020, p.885).

O Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal destacou que o artigo 196 da Carta Magna não consubstancia somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, afinal isso significaria negar a força normativa da Constituição e repetir erros antigos de descaso com a saúde. No Agravo Regimental do Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS, o qual trata de distribuição gratuita de medicamentos para pessoas hipossuficientes portadoras do vírus HIV, o Ministro supracitado, reconhece o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. Ressalta ainda que “a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente”. Desta forma, impõe aos entes um dever de prestação positiva (STF, Agravo Regimental-RE 271.286-8/RS, Segunda Turma, Ministro Celso de Mello, voto, 2000, p.1).

Não obstante, essa prestação é assegurada mediante políticas sociais e econômicas. Depreende-se que não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde. Há um direito público subjetivo que obrigatoriamente deve ser garantido através de políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde (Mendes, 2017, p.597).

2.1 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

O Sistema Único de Saúde é proveniente da seguridade social presente na Constituição Federal de 1988, que visa assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, através de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da Sociedade (Lenza, 2020, p.941).

A seguridade social busca assegurar universalmente a todos o bem-estar das ações de saúde e dos serviços assistenciais. É considerada uma técnica de proteção social, financiada solidariamente por toda a sociedade segundo o potencial de cada um (Novelino, 2016, p.791).

Conforme disposto na Lei Maior, a previdência social, no artigo 201, se estrutura na forma de um sistema contributivo. O segurado deverá contribuir para garantir um benefício futuro. A saúde (artigo 196, CF) e a assistência social (CF, artigo 203), por outro lado, fazem parte de um sistema não contributivo custeado por recursos oriundos das arrecadações de tributos pelos entes estatais. Desta forma, não é exigida qualquer contribuição direta dos que necessitam dessa prestação (Novelino, 2016, p.791).

A seguridade social demonstra a garantia de um Estado democrático de direito presente na Constituição Federal de 1988. A saúde e a assistência social, presentes em um sistema não contributivo evidenciam o princípio da universalidade, pois neste momento, é irrelevante a qualidade de segurado. É considerada apenas a necessidade decorrente da circunstância social.

A CRFB/88 estabeleceu um modelo de organização e procedimento para realização do direito básico à saúde denominada Sistema Único de Saúde (SUS).

Desta forma, o constituinte originário rompeu com a tradição até então existente de um sistema instituído em nível ordinário, como exemplo, o Sistema Nacional de Saúde criado pela lei 6.229/75 e o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde. Com a criação do SUS, foi adotado o critério de subsidiariedade como forma de melhor concretizar esse direito social (Mendes, 2017, p.599).

Dessa forma, a saúde pública é estruturada em um sistema único, composto por órgãos regionalizados e hierarquizados. Uma das principais características é a descentralização desse sistema que permite a participação da sociedade e cada ente estatal tem competência para dispor os serviços da maneira que achar mais apropriado. É importante enfatizar que o atendimento na rede pública é integral, ou seja, incorporam todos os casos necessários com o foco para os serviços de natureza preventiva (Agra, 2018, p.807).

Está previsto no artigo 198, §1º da CRFB/88 o financiamento do SUS. Este estabelece que seja viabilizado por meio de recursos do orçamento da seguridade social da União, Estados e Municípios, além de outras fontes. A Emenda Constitucional nº 29/2000 buscou garantir recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços da saúde. Os entes citados deverão aplicar anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, recursos mínimos, de acordo com a disposição legal (Mendes, 2017, p.600).

A Lei complementar nº 141 de 13 de janeiro de 2012, editada após anos de controvérsia entre os entes federativos e a sociedade, efetivou a operacionalização dos critérios de financiamento do SUS presentes na emenda de nº 29 e nº 86, as quais determinavam que o percentual da União não pudesse ser inferior a 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro (Mendes, 2017, p.600).

Os recursos que serão aplicados em ações e serviços públicos de saúde da União deverão ser repassados aos Fundos Nacionais de Saúde, além das demais unidades orçamentárias que compõem o Ministério da Saúde. A divisão dos recursos da União será transferida aos fundos de saúde dos Estados, Distrito Federal e Municípios. “Assim, observará as necessidades de saúde da população, as dimensões epidemiológica, demográfica, socioeconômica, espacial e de capacidade de oferta de ações e de serviços de saúde” (Mendes, 2017, p.601). As competências do Sistema Único de Saúde estão enumeradas pela Constituição em um rol *numerus apertus* (artigo 200) e foram regulamentados e ampliados pela Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90), a qual dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências (Novelino, 2016, p.805).

A lei orgânica 8.80/90 foi sancionada pelo presidente da república Fernando Collor e publicada no diário oficial em 20 de setembro de 1990. Assim, ocorreu à implementação de um Sistema Único de Saúde no país. Uma lei de âmbito federal, a qual dispõe sobre a proteção e recuperação da saúde, organização e funcionamento dos serviços correspondentes.

Como abordado anteriormente, a descentralização é uma das principais características desse sistema. Há uma integração de forma descentralizada dos serviços de saúde por regiões, portanto, poderão ser prestados pelo Estado ou contratados com convênios particulares (Oliveira; Freitas, 2017, *on-line*).

A lei do SUS regulamenta e estabelece os objetivos, princípios e diretrizes, além da competência e atribuições do sistema. É necessário mencionar a garantia do acesso universal à saúde, disposto no artigo 2º da lei, em caráter preventivo.

Salienta-se ainda, que a responsabilidade do Estado não exclui o das pessoas, famílias, empresas e sociedade no geral. O Estado é uma entidade superior, mas que necessita da colaboração de toda a população. Como exemplo, é dever dos entes a garantia da vigilância sanitária, como disposto no parágrafo 1º do artigo 6º da lei, mas cada família pode fazer a sua parte na busca por prevenção e diminuição de problemas sanitários causados por negligência.

Apesar da deficiência na distribuição orçamentária ou o baixo investimento no sistema, além de muitos questionarem o funcionamento e a sua efetividade, é notório a sua eficiência com a população, principalmente as mais carentes. A lei orgânica do SUS é um reflexo de democracia.

A Carta Magna, ainda, baseou-se no federalismo cooperativo, este em que o Estado zela pelo compromisso de bem-estar social. Deve sempre buscar a isonomia material e erradicação das desigualdades sociais e econômicas. Explica Mendes, (2017, p.602):

Foi dado destaque à distribuição de receitas pelo produto arrecadado e ampliada participação de Estados e Municípios na renda tributária. Além da previsão da criação de fundos públicos e do federalismo cooperativo como formas de combate aos desequilíbrios regionais, a Carta Constitucional também destaca o planejamento, favorecendo-se a execução de políticas públicas no longo prazo.

Faz-se necessário mencionar o Pacto pela saúde que fora instituído pela Portaria GM/MS n.399/2006, a qual visa alcançar a efetiva operacionalização do sistema de saúde através de adesão dos Municípios, Estados e União ao Termo de Compromisso de Gestão. Assim, do ponto de vista do financiamento do SUS, um modelo concreto e com efetividade só será alcançado através de distribuição mais equânime das receitas tributárias entre os entes federados. Logo, para que alcance o equilíbrio entre competição e cooperação no federalismo brasileiro, é necessário reforçar os mecanismos cooperativos desenvolvidos (Mendes, 2017, p.602).

Conclui-se que o SUS representa a mais importante instituição jurídica do Direito Sanitário brasileiro na medida em que integra e organiza diversas outras. É a política pública mais importante desta área, pois busca assegurar a dignidade da pessoa, promovendo através desse sistema, a universalidade ao acesso e garantia ao direito à saúde.

3. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Recorrer ao Poder Judiciário com o propósito de ter a favor de si uma decisão favorável, é comum. Seja qual for o assunto, a busca por uma confirmação positiva do direito implícito ou explícito do indivíduo é recorrente nos Tribunais. Afinal, a função principal do Judiciário é através da justiça garantir e defender os direitos individuais.

Ocorre que há alguns anos a judicialização da saúde se tornou um tema recorrente e muito questionado. O Conselho Nacional de Justiça apresentou dados que demonstram o número crescente de demandas judiciais nesse quesito, como por exemplo, o aumento exponencial do ano de 2010 para 2019 de 100.000 (cem mil) para 2.000.000,00 (dois milhões) de processos relacionados à saúde. (Conselho Nacional de Justiça, 2020, *on-line*)

Muitos podem ser os motivos para ingressar com uma ação judicial nesse âmbito: dificuldade na marcação de consultas, realização de exames, cirurgias, internações, obtenção de insumos de saúde, inclusive medicamentos de alto custo, sendo este último, tema de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal.

Diante desse cenário, é preciso analisar que todo cidadão brasileiro é dotado do princípio da dignidade humana e sem discriminação ou privilégio é digno do máximo de justiça em matéria de saúde que o país possa fornecer. Ocorre que é inconcebível um Estado se responsabilizar financeiramente por todas as exceções sem prejudicar o todo, é preciso haver limites (STF, Recurso Extraordinário nº 566471, Ministro Luis Roberto Barroso, Voto, 2016, p.7).

Luís Roberto Barroso, em seu artigo: Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional, (2012, p.24) diz que: “Embora seja razoável afirmar que a dignidade humana normalmente deve prevalecer, existem situações inevitáveis em que ela terá de ceder, ao menos parcialmente”.

Na Constituição Federal de 1988, no artigo 196, está previsto o direito a saúde, sendo este um direito de todos e dever do Estado. Além disso, estabelece ainda que o acesso deve ser universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Desta forma, esse direito como todos os outros previstos na Carta Magna, requer uma prestação positiva do Estado mesmo que muitas vezes os recursos sejam escassos e indisponíveis.

É através desse momento que ocorre a intervenção do Poder Judiciário, a fim de determinar que a Administração Pública forneça o acesso a saúde em variadas hipóteses. De forma utópica, a judicialização é um meio de realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde.

O Judiciário apresenta atualmente excessos, os quais, são justificados pela necessidade do cumprimento do comando constitucional. Não há dúvida de que a saúde é um dos direitos mais valiosos da vida do ser humano e que não pode depender unicamente da capacidade do indivíduo de custeá-la, considerando ainda mais a desigualdade existente no Brasil. Contudo, não é possível que o Estado forneça “tudo para todos” (STF, Recurso Extraordinário nº 566471, Ministro Luis Roberto Barroso, Voto, 2016, p.11). Assim, a escassez de recursos produz tomada de decisões difíceis por parte da Administração Pública.

Nesse cenário, essas escolhas trágicas geram indagações que deveriam ser respondidas pelo Estado e não pelo Poder Judiciário. As decisões, apesar de aparentemente suprir uma lacuna, são dadas sem um critério fixo. Há decisões extravagantes e emocionais, deferimento de medicamentos experimentais com eficácia duvidosa, entre outros. Não há critério para verificar qual entidade, se a União, Estados ou Municípios deverá ser responsabilizado pela entrega da prestação jurisdicional (STF, Recurso Extraordinário nº 566471, Ministro Luis Roberto Barroso, Voto, 2016, p.8).

Além de não possuir um critério fixo, a interferência judicial excessiva traz consequências graves para a população como apresenta Eduardo Mendonça (*apud* Barroso, 2016, *on-line*) em três pontos:

- (i) a desorganização administrativa, porque os recursos precisam ser desviados do seu orçamento e de sua execução natural para o cumprimento das ordens judiciais; (ii) a ineficiência alocativa, porque as compras para cumprir decisões judiciais se dão em pequena escala, sem o benefício das compras de atacado; e (iii) a seletividade, porque as soluções providas em decisões judiciais beneficiam apenas as partes na ação, sem que sejam universalizadas.

Evidente que é dever do Estado adotar políticas públicas capazes de efetivar os direitos previstos na Lei Maior e assim, selecionar critérios para alocar os recursos. Nesse momento é preciso fazer escolhas difíceis, pois investir em um medicamento, tratamento significa deixar de investir em outro (STF, Recurso Extraordinário nº 566471, Ministro Luís Roberto Barroso, Voto, 2016, p.12).

A demasiada interferência do Poder Judiciário nas questões de saúde dá origem a um conjunto de problemas. Afinal, não é o órgão competente que possui a legitimidade democrática capaz de fazer escolhas trágicas (STF, Recurso Extraordinário nº 566471, Ministro Luís Roberto Barroso, Voto, 2016, p.23).

É notório ainda neste cenário que existem duas outras situações capazes de colaborar para o não cumprimento do comando constitucional: seletividade e capacidade institucional. Quando um indivíduo vai ao Judiciário requerer um medicamento de alto custo e tem o seu pedido deferido, o órgão demandado tem o dever de cumprir aquela tutela e para isso, muitas vezes, utiliza de uma verba, a qual, seria investida em políticas públicas e que beneficiariam a população em um todo, para privilegiar apenas o demandante daquela ação (STF, Recurso Extraordinário nº 566471, Ministro Luís Roberto Barroso, Voto, 2016, p.11).

Ora, neste caso, fica evidente a seletividade e individualização da prestação de assistência sanitária. No Brasil ainda há muitas mortes evitáveis: crianças por falta de atendimentos pré-natal, doenças sexualmente transmissíveis por falta de campanha preventiva, como é o caso da sífilis por exemplo. No ano de 2019 o Brasil registrou 158.051 (cento e cinquenta e oito mil e cinquenta e um) casos de sífilis. Este número representou um aumento de 28,3% em relação ao total de casos registrados no ano anterior (G1, 2020, on-line).

As políticas públicas de saúde têm o condão de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Quando o Judiciário assume esse papel e precisa decidir, privilegia apenas parte dessa população que tem acesso à justiça e reconhece o seu direito ou tem condições de arcar com os custos gerados pelo processo judicial (STF, Recurso Extraordinário nº 566471, Ministro Luís Roberto Barroso, Voto, 2016, p.12).

Por fim, a última situação é uma crítica quanto a capacidade institucional do Judiciário. O Magistrado ao julgar um caso ele se debruça exclusivamente aquela situação específica, na maioria das vezes não possui conhecimento técnico capaz de definir a implementação de políticas públicas, a eficácia no uso do medicamento de alto custo solicitado pelo demandante da ação mesmo quando os autos são instruídos de laudos médicos (STF, Recurso Extraordinário nº 566471, Ministro Luís Roberto Barroso, Voto, 2016, p.13).

Quando o Juiz decide um processo, ele inevitavelmente ignora outras necessidades também relevantes e a via *crucis* em gerenciar recursos limitados para demandas ilimitadas. Segundo Barroso (2016, p.13) “A judicialização jamais deverá substituir a política, nem pode ser o meio ordinário de se resolverem as questões de alocação de recursos, em princípio, reservadas à Administração Pública”.

Conclui-se que a interferência do Poder Judiciário não pode ser uma regra, mas deverá ocorrer apenas em situações excepcionais. Assim, observaremos no subtópico o voto do Ministro Luís Roberto Barroso em dois casos concretos: medicamento de alto custo e judicialização (Recurso Extraordinário nº 566471) e medicamentos não registrados na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), decididos pela Suprema Corte.

3.1 JURISPRUDÊNCIA DO STF

O Recurso Extraordinário de número 566471, trata da possibilidade do Estado ser compelido a fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras de arcar com o tratamento. No trâmite do processo e apresentado os devidos fundamentos, o Ministro relator Marco Aurélio, fixou tese de repercussão geral, (STF, Recurso Extraordinário, nº 566471, 2016, p.6) sendo esta:

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.

Após a decisão, o Ministro Luís Roberto Barroso, solicitou vista dos autos para apresentar uma análise mais detalhada do caso.

O Ministro traçou pontos necessários sobre a excessiva demanda judicial relativa a saúde, principalmente no tocante a judicialização para o fornecimento de medicamentos de alto custo, tratado no tópico anterior. Porém, no fim da análise dos autos, este pautou em seu voto cinco requisitos cumulativos e importantes que devem ser seguidos pelo Poder Judiciário para racionalizar e em certos casos, reduzir a judicialização.

O primeiro ponto abordado seria a incapacidade financeira do requerente de arcar com o custo correspondente. Assim, o demandante deverá comprovar que não possui condições financeiras de custear o medicamento, sem acarretar prejuízos as demais necessidades básicas da vida. Apesar do caráter universal do SUS, é preciso neste caso levar em consideração o conceito de Justiça tratado por Aristóteles na obra “Ética e Nicômaco” onde afirmou que devemos “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade” (STF, Recurso Extraordinário nº 566471, Ministro Luís Roberto Barroso, Voto, 2016, p.21).

Dessa forma, é possível reduzir os impactos na organização do Sistema de Saúde devido as demandas excessivas e ainda dar efetividade à exigência de solidariedade social. Ainda assim, o Ministro Luís Roberto Barroso em desacordo com o Ministro relator Marco Aurélio, entende que a impossibilidade do custeio não deve ser estendida aos familiares do necessitado (STF, Recurso Extraordinário nº 566471, Ministro Luís Roberto Barroso, Voto, 2016, p.21).

Para ele, é uma interferência estatal inadmissível nas relações íntimas e familiares dos cidadãos. Pois, nesta hipótese, à assistência ocorreria após a recusa expressa destes em custear o tratamento do familiar (STF, Recurso Extraordinário nº, Ministro Luís Roberto Barroso, Voto, 2016, p.21).

Quando não restar comprovada a hipossuficiência do requerente, o Poder Judiciário deverá indeferir liminarmente o pedido, porém vindo a comprovação é preciso analisar o segundo pressuposto apresentado, qual seja: inexistência de decisão expressa desfavorável à incorporação pelo SUS (STF, Recurso Extraordinário nº, Ministro Luís Roberto Barroso, Voto, 2016, p.21).

Alguns medicamentos não são incorporados ao Sistema Único de Saúde após análises dos órgãos competentes. A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC) é o órgão do Ministério da Saúde que possui maior aptidão para decidir sobre a incorporação dos medicamentos. (STF, Recurso Extraordinário nº 566471, Ministro Luís Roberto Barroso, Voto, 2016, p.22).

É preciso entender, portanto, que a interferência do Poder Judiciário é indevida, pois há uma sobreposição à atuação dos órgãos responsáveis e prejuízo ao funcionamento da Administração Pública e separação de poderes. O Judiciário não possui capacidade técnica e conhecimentos necessários para avaliar a incorporação ou não de determinado medicamento (STF, Recurso Extraordinário nº 566471, Ministro Luís Roberto Barroso, Voto, 2016, p.22).

O Ministro, em seu terceiro requisito, apresenta a possibilidade de existir substitutos terapêuticos incorporados pelo SUS que sejam eficazes ao tratamento do paciente. Dessa forma, o medicamento de alto custo solicitado pelo requerente, só poderá ser deferido pelo Judiciário caso não seja disponibilizado gratuitamente pelo Sistema de Saúde, nenhum substituto (STF, Recurso Extraordinário nº 566471, Ministro Luís Roberto Barroso, Voto, 2016, p.24).

Isso porque apesar do SUS ser pautado pela integralidade, esta ideia não pode ser compreendida como deferimento de todas as demandas individuais, muito menos de todos os fármacos disponibilizados. Afinal, a assistência terapêutica integral consta na Lei Orgânica de Saúde (Lei nº 8.080/90) e não pode o requerente apoiar-se apenas na prescrição médica. Deve sempre ser levado em consideração as opções de políticas públicas apresentadas pelo Sistema (STF, Recurso Extraordinário nº 566471, Ministro Luís Roberto Barroso, Voto, 2016, p.24).

Outro ponto relevante é a eficácia do medicamento solicitado, afinal caso seja deferido pelo Poder Judiciário medicamento que não tenha a comprovado a sua eficácia, além de não respeitar o tempo de avaliação (técnico-científico) também põe em risco, a vida do paciente necessitado. Com isso, não basta apenas um laudo de solicitação médica, é preciso que este fármaco tenha a sua eficácia comprovada (STF, Recurso Extraordinário nº 566471, Ministro Luís Roberto Barroso, Voto, 2016, p.26).

Por fim, o último requisito é a responsabilidade primária da União nas demandas que versarem sobre medicamentos não incorporados no SUS, inclusive os de alto custo. Há uma responsabilidade solidária entre os entes para cuidar da saúde, prevista no artigo 23 da CF/88. No caso tratado no Recurso Extraordinário, primeiramente a demanda deve ser proposta em face da União, haja vista que através da Lei 8.080/90 é o ente responsável capaz de decidir pela incorporação ou não de medicamentos por meio da CONITEC (STF, Recurso Extraordinário nº 566471, Ministro Luís Roberto Barroso, Voto, 2016, p.27).

Não há motivos para os outros entes federativos estarem no polo passivo das possíveis demandas que versarem sobre este tema, pois eles não têm capacidade decisória. Posto isso, a demanda em face de ente incompetente, não colaborará para a efetiva melhora no Sistema de Saúde (STF, Recurso Extraordinário nº 566471, Ministro Luís Roberto Barroso, Voto, 2016, p.28).

O segundo Recurso Extraordinário (STF, Recurso Extraordinário 657718, Ministro Luis Roberto Barroso, acórdão, 2016, p.1), trata-se de uma ação de obrigação de fazer proposta pela parte autora portadora de doença renal crônica, com pedido de condenação do Estado de Minas Gerais para este fornecer o medicamento necessário ao tratamento da autora. Ocorre que o medicamento solicitado, não possuía registro junto a Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

Vigilância sanitária está prevista na Lei 8.080/90, são diversas ações que visam eliminar ou diminuir riscos à saúde da população. Essa fiscalização e regulamentação é feita pelo órgão competente, o qual, atribuiu o nome de ANVISA. É uma autarquia, atua como um órgão autônomo da Administração Pública com vinculação ao Ministério da Saúde (POLITIZE, 2021, on-line).

Assim, quando o Poder Judiciário defere um medicamento não regulamentado por este órgão, além de não respeitar a separação de poderes, pode trazer inúmeros riscos para a vida do paciente, ora demandante. Por este motivo é necessário que haja seu registro e o cumprimento de diversos procedimentos, a fim de garantir a atuação positiva sobre a doença (POLITIZE, 2021, on-line).

Com o registro do medicamento, permite-se ainda a regulação econômica e o monitoramento dos preços dos fármacos (STF, Recurso Extraordinário nº 657718, Ministro Luís Roberto Barroso, Voto, 2016, p.10). Observa-se que a autorização judicial de um medicamento não registrado pela ANVISA além de produzir uma desorganização financeira e administrativa entre os entes, apresentar prejuízo ao cumprimento de outras demandas prioritárias, cria-se também um oportunismo das empresas farmacêuticas (STF, Recurso Extraordinário nº 657718, Ministro Luís Roberto Barroso, Voto, 2016, p.15).

Quando o medicamento não é regulamentado e há deferimento pela via judicial, o Estado deve cumprir a decisão pelo preço definido pelo fornecedor. As empresas no caso de doenças raras, por exemplo, saem beneficiadas, pois ficam isentas dos altíssimos custos envolvidos no processo de registro do medicamento (STF, Recurso Extraordinário nº 657718, Ministro Luís Roberto Barroso, Voto, 2016, p.15).

Na Justiça Federal da 4ª Região, no ano de 2020, foram julgados 13. 976 (treze mil novecentos e setenta e seis) processos envolvendo fornecimento de medicamentos. Desses processos, quarenta e um tratavam de medicamentos não previstos para dispensação pelo SUS e quinze sobre remédios sem registro na ANVISA (PORTAL TRF-4, 2021, on-line).

Considerando os gastos excessivos da Administração Pública e do risco ao paciente com decisões que deferem medicamentos não regulamentados pela ANVISA, o Ministro Luís Roberto Barroso traçou requisitos para o deferimento judicial.

Em nenhuma hipótese poderá ser fornecido ou importado medicamentos experimentais, sem garantia, qualidade e eficácia. (STF, Recurso Extraordinário nº 657718, Ministro Luís Roberto Barroso, Voto, 2016, p.17). Já no caso dos medicamentos com segurança e eficácia comprovadas, mas ainda sem registro pela agência reguladora, só poderão ser deferidos caso haja irrazoável mora da ANVISA em apreciar o pedido de registro (STF, Recurso Extraordinário nº 657718, Ministro Luís Roberto Barroso, Voto, 2016, p.19).

Considera-se inaceitável um prazo superior a 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias se o medicamento foi submetido a registro no Brasil sem que tenha havido qualquer manifestação pela negativa de registro pela ANVISA, na ausência de substituto terapêutico também com registro no órgão competente e ainda tenha registro em renomadas agências reguladoras fora do Brasil (STF, Recurso Extraordinário nº 657718, Ministro Luís Roberto Barroso, Voto, 2016, p.23).

Assim, após essas etapas, o Estado deverá viabilizar a importação do medicamento, mas sempre deverá obedecer a regra da hipossuficiência do demandante. Além disso, como anteriormente falado pelo Ministro, essas ações deverão ser propostas em face da União.

4. A PANDEMIA DO COVID E A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DOS ENTES FEDERAIS NO CUIDADO À SAÚDE

Ao tratar desse tema tão relevante e de notória importância histórica para o mundo, é preciso analisar primeiramente as competências legislativas e materiais previstas na Constituição Federal de 1988, em seus respectivos artigos.

A Carta Magna reparte as competências em material (administrativa) e legislativa. Na primeira hipótese, todos os entes possuem competência para atuar e gerir seus interesses. Além dos artigos específicos para cada ente, o artigo 23 prevê ainda a competência material comum: de forma cooperativa todos os entes devem atuar (Padilha, 2020, p.553).

Já a competência legislativa, trata-se da possibilidade da elaboração de leis pelos entes sobre determinados assuntos. A União possui ampla competência legislativa, os Municípios além de legislar sobre assuntos de interesse local, também suplementam a legislação Federal e Estadual apenas no que couber. Os Estados possuem competência legislativa remanescente e a Lei Maior concede o poder a este de legislar sobre diversos assuntos. Por fim, o Distrito Federal acumula competência atribuída aos Estados e Municípios (Padilha, 2018, p. 553).

No artigo 21 da Constituição Federal de 1988, é possível verificar a competência exclusiva, sendo esta, a competência administrativa atribuída ao ente federado sem possibilidade de delegação. Neste caso, é excluída a atuação de qualquer outra entidade federativa (Padilha, 2018, p.554).

Na lei supracitada, em seu artigo 22, encontra-se a competência privativa. Há uma divergência doutrinária para distinguir as competências exclusivas e privativas, mas a diferença entre ambas está na possibilidade de delegar ou não (Mendes; Branco, 2017, p.750). Diferente do primeiro caso, a privativa é uma competência legislativa atribuída ao ente federativo que dá a possibilidade de delegação em questões específicas (Padilha, 2020, p.557).

A competência comum é aquela prevista no artigo 23 da CRFB/88, a qual, possui natureza administrativa. Há esforços e deveres de forma idêntica por todos os entes federais sobre determinadas matérias (Padilha, 2020, p.559).

No mesmo artigo, há previsão de edição de leis complementares para disciplinar a cooperação entre os entes, mas caso haja conflitos ao desempenharem as atribuições comuns, existirá um critério da preponderância de interesses. Não é possível falar em hierarquia entre os entes, mas sim, hierarquia de interesses (Mendes; Branco, 2017, p.748).

Por fim, a competência concorrente é aquela atribuída de natureza legislativa a diversos entes federados, prevista no artigo 24 da Lei Maior. Aqui, observa-se que a União poderá editar normas gerais e os Estados-membros normas específicas. A competência concorrente poderá ser dividida em complementar (suplementar) ou supletiva (Mendes; Branco, 2017, p.749).

Na competência complementar (suplementar), a União limita-se a estabelecer normas gerais de padronização sobre determinados assuntos e os Estados, Distrito Federal e Municípios implementam regras específicas adaptadas às suas realidades. Nota-se que o artigo 24 da CRFB/88 não se refere aos Municípios, porém o artigo 30, II da mesma lei, prevê a possibilidade de competência deste ente (Padilha, 2020, p.561).

Na segunda hipótese, competência supletiva, trata-se da possível inércia da União. Quando em matéria de competência concorrente inexistir legislação federal sobre normas gerais, os Estados e o Distrito Federal possuem a faculdade de exercer competência legislativa plena para atender às suas necessidades. Caso posteriormente venha a legislação federal, está suspenderá a eficácia da lei estadual no que lhe for contrária. Nota-se que os Municípios só possuem competência supletiva em matéria tributária (Padilha, 2020, p.561).

Fica evidente que o constituinte de 1988 ao registrar as competências legislativas concorrentes e as competências administrativas comuns, desejou criar uma interação entre os entes federativos. Além disso, buscou incentivar a atuação do ente dominante com maior capacidade de resolução para o problema a ser enfrentado (Ramos; Costa, 2020, p.9, on-line).

No mês de janeiro do ano de 2020, alterou-se a realidade do que se vivia até então. Afinal, os noticiários revelavam poucas notícias sobre o novo coronavírus. No Brasil, por exemplo, todos se preparavam para o maior evento de todos os anos: o carnaval. No dia 30 de janeiro deste mesmo ano, a Organização Mundial da Saúde declarou que o surto da doença causada pelo novo coronavírus (COVID-19) se tratava de Emergência de Saúde Pública de importância Internacional (G1, portal, 2020, on-line).

A COVID-19 foi considerada pela OMS uma pandemia em 11 de março de 2020. Apesar de serem vivenciadas outras pandemias recentes como a H1N1 (2009-2010) e a HIV-Aids que se perdura de 1981 até os dias atuais, a última pandemia vivenciada com um número de mortos tão alto fora a gripe espanhola (1918-1920) (CNN BRASIL, notícias, 2020, on-line).

Assim, diante da nova realidade apresentada, o Presidente da República sancionou a Lei nº 13.979 de 06 de fevereiro de 2020, a qual dispõe sobre as medidas de enfrentamento no combate ao novo coronavírus. Nos respectivos artigos, como o 3º da referida lei, dispõe que as autoridades poderão adotar medidas de isolamento, quarentena, entre outras.

Apesar da promulgação da lei, notou-se que os entes estaduais e municipais passaram a editar medidas restritivas de direitos previstos constitucionalmente de forma desordenada (Ramos; Costa, 2020, p.10). Por este motivo, o Governo Federal elaborou Medida Provisória nº 926 de 20 de março de 2020, a fim de conferir maior uniformidade e segurança às ações tomadas por estes.

Diante de inúmeros conflitos políticos e jurídicos, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a arbitrar e posicionou-se através da Ação Direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 6341, proposta

pelo Partido Político PDT (Partido Democrático Trabalhista), com a finalidade de ver declarada a incompatibilidade parcial, com a Constituição Federal, da medida provisória nº 926/2020 (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341, Ministro Marco Aurélio, decisão, 2020, p.1).

O partido político apresentou argumentos em desfavor as disposições que determinaram o resguardo do funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais na adoção de medidas de enfrentamento a COVID-19 nos artigos 3º, §8º e §9º, alteraram a legitimidade para determinar a adoção das medidas de isolamento, quarentena e restrição de locomoção em tais hipóteses no artigo 3º, § 10; e que impediram a imposição de restrição à circulação de trabalhadores que pudesse afetar serviços públicos ou atividades essenciais no artigo. 3º, § 11.

Em sustentação, alegou a inconstitucionalidade formal das normas, considerando a inobservância à vedação do artigo 62, §1º, III da Constituição Federal. O artigo dispõe que em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, sendo vedado editá-las quando a matéria estiver reservada a lei complementar (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341, Ministro Marco Aurélio, decisão, 2020, p.2).

Desta forma, sendo matéria que versava sobre cooperação entre União, Estados, Distrito Federal e Município estaria afeta à Lei Complementar, baseando-se no artigo 23, parágrafo único da CRFB/88, não sendo permitido ao Presidente da República, discipliná-la por meio de medida provisória.

Por fim, o PDT constata que os dispositivos da Medida, parágrafo 8º ao 11º do artigo 3º da lei 13.979/20 teriam violado materialmente a autonomia política das entidades subnacionais e da competência administrativa comum em relação à política sanitária prevista nos artigos 18 e 22, II da CRFB/88. Apresentada as alegações requereu que a Corte suspendesse, cautelarmente, a eficácia das normas e pronunciasse a sua inconstitucionalidade (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341, Ministro Marco Aurélio, decisão, 2020, p.3).

O Ministro Relator Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal deferiu em parte o pedido de liminar. Explicou que as medidas adotadas na Medida Provisória (MP) 926/2020, pelo Governo Federal no enfrentamento a pandemia do COVID, não afastavam a competência concorrente e nem a tomada de providência normativas e administrativas pelos outros entes, quais sejam, Estados, Distrito Federal e Municípios (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341, Ministro Marco Aurélio, decisão, 2020, p.6).

A ADI fora apresentada quando a crise internacional sanitária ainda estava em fase embrionária no território brasileiro, como afirmado por alguns técnicos e reforçado pelo Ministro Marco Aurélio em sua decisão. Para o ministro diante do cenário, é preciso ter uma visão voltada ao coletivo (saúde pública), tendo como interessado todos os cidadãos (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341, Ministro Marco Aurélio, decisão, 2020 p.5).

Na óptica do Ministro relator, não foi possível ver transgressão a preceito da Constituição Federal no artigo 3º caput impugnado pelo Partido Político, pois as providências não afastam atos a serem praticados por Estados, Distrito Federal e Município (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341, Ministro Marco Aurélio, decisão p.5).

Não fora acolhido também os argumentos quanto à reserva de lei complementar, pois estariam presentes urgência e necessidade de ter-se disciplina geral de abrangência nacional. Deste modo, fora descabido a perspectiva no sentido de que o tema somente poderia ser objeto de abordagem e disciplina mediante lei de envergadura maior (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341, Ministro Marco Aurélio, decisão, 2020 p.5).

Por fim, o Ministro acolhe parcialmente medida cautelar para reconhecer formalmente que a disciplina recorrente da Medida Provisória nº 926/2020, não basta a tomada de providências

normativas e administrativas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341, Ministro Marco Aurélio, decisão, 2020 p.6).

A fim de demonstrar a competência concorrente dos entes conforme confirmado pela Suprema Corte, apresento a partir desse momento uma rápida análise entre municípios distintos que através de decretos apresentam diferentes medidas para combater o avanço da COVID-19.

O Município de Teresópolis e do Rio de Janeiro, no dia 22 de março de 2021, apresentaram dois decretos: Decreto nº 5.483/2021 (Município de Teresópolis), com início em 22 de março até 05 de abril e Decreto nº 48644/2021 (município do Rio de Janeiro) do dia 26 de março até 04 de abril.

Ambos possuem artigos comuns, como por exemplo, a proibição de eventos, funcionamento de casas noturnas, festas privadas ou públicas, shows, entre outros similares que possam causar aglomerações. Proibições estas, previstas pelo Município de Teresópolis em seu artigo 1º, inciso I e pelo decreto do Rio de Janeiro no artigo 3º linha b.

Na sessão II, artigo 3º do decreto nº 5.483/21 trata-se das restrições de horário, bem como no artigo 3º, inciso III do decreto 48644/21. Ambos os municípios vedam a permanência e circulação de indivíduos nas vias públicas no horário de 23h (vinte e três horas) até às 05h (cinco horas), apenas sendo permitida a saída nesse intervalo para casos excepcionais de saúde ou trabalho comprovado.

Contudo, há muitos pontos divergentes em ambos os decretos, pois cada Prefeito agiu frente as necessidades apresentadas pelos seus respectivos municípios. Nota-se que o Município de Teresópolis manteve o rodízio de CPE, o qual, fora adotado em 14 de maio de 2020 através do decreto de nº 5.294/20, medida está nunca adotada pela prefeitura do Rio de Janeiro como verificado nos decretos publicados.

Observa-se no decreto já citado, que o município de Teresópolis permitiu a permanência do público em bares e restaurantes, desde que possuam mesas definidas e reservadas (artigo 2º, §2). Diferente é o decretado pelo Rio de Janeiro, onde fica vedado em qualquer hipótese o atendimento presencial nesses locais (artigo 3º, I, alínea a)

Através da análise célere de dois decretos publicados por diferentes Municípios em datas próximas, foi possível apresentar dois pontos comuns e divergentes de ambos.

A decisão do Ministro Marco Aurélio em confirmar a competência concorrente no combate a pandemia do COVID-19 encontra-se em consonância com o artigo 24, incisos IX e XII da Constituição Federal de 1988.

Como exemplo dos benefícios dessa decisão, o município de Teresópolis, no dia 27 de abril de 2021 registrou uma queda 28,29% no número de novos casos da doença. Enquanto em março foram 3.733, em abril somaram 2.669 casos (Prefeitura de Teresópolis, site, 2021, *on-line*).

Conclui-se, portanto, que a decisão da Suprema Corte em confirmar a competência concorrente foi de suma importância, pois a autonomia concedida aos entes e a responsabilidade em comum permite que cada governante haja de acordo com as especificidades dos seus Estados ou Municípios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme apresentado ao longo do artigo, o direito a saúde é uma matéria relevante e densa, sendo impossível resumi-lo em um único estudo. Contudo, foi possível reforçar a importância da saúde como um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal de 1988. Apesar das dificuldades encontradas pelos entes públicos para efetivar esse direito, a garantia constitucional impacta fortemente nas tomadas de decisões.

As informações apresentadas mostram que a saúde e o bem-estar da população é inatacável, mas existem decisões trágicas a serem tomadas para que este direito permaneça garantido de forma

isonômica. A saúde não pode ser disponibilizada de forma emocional, como fora analisado nos Recursos Extraordinários apresentados, mas sim, na racionalidade. O orçamento, a distribuição igualitária do acesso a saúde e as responsabilidades e separação de poderes obrigatória, são partes desse processo racional.

Sendo assim, foi possível ratificar ao longo do estudo a importância de um Estado democrático de direito, o qual é regido pela soberania popular, supremacia da Constituição frente à busca pela efetividade dos direitos fundamentais. Direitos estes, divididos em até seis dimensões, como observado as diferentes correntes doutrinárias.

Deste modo, salientou-se ainda a longa trajetória da humanidade em busca da garantia do direito a saúde e de um Sistema que fosse capaz de suprir a necessidade da população de forma igualitária. Neste ponto, foi possível destacar a notoriedade do Sistema Único de Saúde mesmo diante de problemas orçamentários e estruturais.

Além disso, diante das análises realizadas, concluiu-se que a judicialização da saúde não pode substituir a política, muito menos as questões de alocação de recursos, pois não é este órgão dotado de todo o saber técnico nesta hipótese. Observou-se que a interferência do Poder Judiciário em questões de saúde pública não pode ser uma regra, apenas um caminho para situações excepcionais.

Este artigo fora produzido em uma das maiores crises sanitárias do mundo. Por este motivo, seria impossível não a citar em um artigo científico cujo o tema principal é o direito a saúde. Desta forma, através do estudo realizado, identificou-se de maneira sucinta a importância da competência concorrente, confirmada pelo STF, entre os entes na pandemia da COVID-19. Assim, verificou-se resultados positivos através da análise de dois decretos de municípios distintos, os quais adotaram medidas específicas considerando as especificidades de cada local.

Conclui-se que os conteúdos aqui apresentados demonstram que muitas outras pesquisas ainda podem ser realizadas sobre o direito fundamental a saúde e sua garantia diante das estruturas do Sistema Único de Saúde, devido à importância do tema e inúmeras contribuições para o meio acadêmico. O que se pretende é que o presente artigo seja um incentivo para que continue a pesquisa sobre este assunto.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 9. edição Belo Horizonte- MG: Fórum, 2018.

ARISTOTELES. *Ética a Nicômacos; tradução de Mário Gomes Kury*. 4ª Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MP/RJ, n. 50, out./dez. 2013. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2592408/Luis_Roberto_Barroso.pdf. Acesso em: 05.abr.2021.

BARROSO, Luis Roberto. *Direitos Sociais em debate*. Rio de Janeiro: Elsevier Editora LTDA, 2013.

BRASIL, Agência Nacional de Vigilância Sanitária: Qual o papel desse órgão no Brasil? *Revista Politize*, 16.mar.2021. Disponível em: <https://www.politize.com.br/anvisa-na-saude-do-brasil/>. Acesso em: 25.mar.2021.

BRASIL, Constituição 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, Brasília/DF: Presidência da República 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13.mai.2021.

BRASIL. *Decreto 48644/2021 de 22 de março de 2021*. Institui medidas emergenciais, de caráter excepcional e temporário, destinadas ao enfrentamento da pandemia de Covid-19, e dá outras providências. Diário Oficial Prefeitura do Rio de Janeiro, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 22.mar.2021. Ano XXXV, nº 6, 2ªed. Disponível em: https://prefeitura.rio/wp-content/uploads/2021/03/DO_22_03_2021_-2a-EDICAO.pdf. Acesso em: 29.abr.2021.

BRASIL. *Decreto 5.483/2021 de 18 de março de 2021*. Este Decreto estabelece novas medidas temporárias de prevenção ao contágio e de enfrentamento da emergência em saúde pública de importância internacional, decorrente da SARS-COV-2 e suas variantes, bem como, reconhece a necessidade de manutenção da situação de emergência no âmbito do Município de Teresópolis. Diário Oficial do Município de Teresópolis, Poder Executivo, Teresópolis, RJ 18.mar.2021. Ano VI, nº 50-A. Disponível em: <file:///C:/Users/User10/Downloads/050A%20-%20Edicao%20Extra%20-%2018%20de%20Marco%20de%202021.pdf>. Acesso em: 29.abr.2021.

BRASIL. *Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 19.set.1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm. Acesso em: 11.out.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 566471-RN*. Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte e outros. Recorrido: Carmelita Anunciada de Souza. Relator: Ministro Marco Aurélio. Voto Ministro Luis Roberto Barroso. Brasília, 2016. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566.471_tema6_infosociedade_LCFSP.pdf. Acesso em: 05.abr.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 657718-MG*. Recorrente: Alcirene de Oliveira. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Marco Aurélio. Voto Ministro Luis Roberto Barroso. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-657718-Medicamentos-sem-registro-Anvisa-versa%CC%83o-final.pdf>. Acesso em: 05.abr.2021.

BRASIL, *TRF-2 Notícias*: OMS declara pandemia de coronavirus. Rio de Janeiro. 12.mar.2020. Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/comite-estadual-de-saude-rj/oms-declara-pandemia-de-coronavirus-g1-11032010/>. Acesso em: 22.abr.2021.

BRASIL, *TRF4-NOTÍCIAS*: Quase 14 mil processos sobre fornecimento de medicamentos foram julgados pela Justiça Federal da 4ª Região em 2020. Porto Alegre- RS. 18.jan.2021. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=15654. Acesso em: 10.abr.2021.

BRITO, Carlos. Brasil tem 18 casos de sífilis por hora, diz Ministro da Saúde. *G1 RIO*. Rio de Janeiro-RJ, 08.fev.2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2020/02/08/brasil-tem-18-casos-de-sifilis-por-hora-diz-ministerio-da-saude.ghtml>. Acesso em: 09.abr.2021.

CORONAVÍRUS: QUAIS FORAM AS ÚLTIMAS PANDEMIAS? *CNN BRASIL*. São Paulo, 13.mar.2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2020/03/13/qual-foi-a-ultima-pandemia-mundial>. Acesso em: 27.abr.2021.

DANTAS, Carolina. Novo coronavírus é emergência de saúde internacional, declara OMS. *G1 NOTÍCIAS*. São Paulo- SP. 30.jan.2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2020/01/30/novo-coronavirus-e-emergencia-de-saude-internacional-declara-oms.ghtml>. Acesso em: 24.abr.2021.

HERCULANO. Lenir Camimura. Soluções construídas pelo CNJ buscam reduzir judicialização da saúde. *Notícias CNJ*. 10.jun.2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/solucoes-construidas-pelo-cnj-buscam-reduzir-judicializacao-da-saude/>. Acesso em: 13.abr.2021.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 24 ed; São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MAGALHÃES, Guilherme. MARTINS, Fernando. O Direito Privado e o Direito do Consumidor em tempos de Covid-19. *Conjur.* 2020. 13.abr.2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-13/direito-civil-atual-direito-privado-direito-consumidor-tempos-covid-19/>. Acesso em: 13.abr.2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed; São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 34 ed; São Paulo: Atlas, 2018.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed; Brasília: JusPodvm, 2016.

OLIVEIRA; FREITAS, Matheus Rocha; Ronilson Ferreira. Análise crítica do artigo 2º da lei 8.080 de 1990 que dispõe que a saúde é um direito fundamental do ser humano. *Revista desenvolvimento social da Universidade Estadual de Montes Claros*, 2017. Disponível em <https://www.periodicos.unimontes.br/index.php/rds/article/view/1880/2006>. Acesso em: 16.out.2020.

PADILHA, Rodrigo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método. 2020.

TERESÓPOLIS REGISTRA DIMINUIÇÃO NO NÚMERO DE NOVOS CASOS NAS DUAS ÚLTIMAS SEMANAS DE ABRIL. *Prefeitura de Teresópolis Notícia*. Teresópolis-RJ. 27.abr.2021. Disponível em: <https://teresopolis.rj.gov.br/teresopolis-registra-diminuicao-no-numero-de-novos-casos-e-obitos-nas-duas-ultimas-semanas-de-abril/>. Acesso em: 30.abr.2021.