

DIREITO À SAÚDE: REFLEXÕES SOBRE OS ENTRAVES NA ADEQUADA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E OS RECENTES POSICIONAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DO ASSUNTO

The right to health: consideration on the obstacles to proper judicial assistance and the recent decisions of supreme federal court on the topic.

Raphael Vieira da Fonseca Rocha¹, Debora Lubrano de Mendonça², Leone da Rosa Teixeira³, Nely Antônio Bastos Netto³

¹Docente do Curso de Graduação em Direito do Unifeso – Teresópolis – RJ, Mestre e doutorando em Direito Internacional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). ²Docente do Curso de Graduação em Direito do Unifeso – Teresópolis – RJ, Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela UCAM. ³Discente do Curso de Graduação em Direito do Unifeso – Teresópolis – RJ.

Resumo

O presente artigo se propõe a refletir sobre o dever do Estado de prestação gratuita à saúde frente às dificuldades econômicas de seu efetivo fornecimento. Considerando que o artigo é fruto do Grupo de Pesquisa “Direito & Saúde”, será dividido da seguinte forma: inicialmente, será feito um estudo teórico acerca do direito fundamental à saúde e do sistema único de saúde (SUS) no Brasil, com lastro na bibliografia lida e debatida pelos estudantes. Após, em um segundo momento, será apresentado um caso modelo pesquisado pelo grupo de pesquisa, em que serão demonstradas algumas dificuldades e entraves ao correto funcionamento do sistema. Por fim, em um terceiro momento, serão observados os recentes posicionamentos do STF sobre alguns assuntos que impactam na melhor gestão da saúde no Brasil. Como método de pesquisa, o presente estudo adota, via de regra, o método dedutivo a fim de produzir uma conclusão de grupo de pesquisa com supedâneo nas premissas adotadas no material investigatório coligido. Trata-se, por fim, de pesquisa bibliográfica-documental.

Palavras-chave: Direito fundamental à saúde; Sistema Único de Saúde; Mínimo Existencial; Reserva do Possível; Medicamentos não registrados na ANVISA e de alto custo.

Abstract

The paper aims to reflect on the duty of the State to provide free health in view of the economic difficulties to proper assistance. Considering that the paper resulted from the studies of the Research Group “Law & Health”, it will be divided in three moments: initially, a theoretical study on the fundamental right to health and the single health system of Brazil (SUS), based on the bibliography debated by the students. After, in a second moment, the paper will present some cases studied in the research group, in order to show some difficulties and obstacles to the proper functioning of the system. Finally, in a third moment, the paper will address the recent decisions of the Supreme Federal Court on some issues that impact on health management in Brazil. As a research method, the present study adopts the deductive method, in order to produce a conclusion based on the premises adopted by the group. Finally, it is a bibliographic-documentary research.

Keywords: Fundamental Right to Health; Single Health System; Existential Minimum; Reserve for contingencies; Non-registered and high cost medicines.

INTRODUÇÃO

O presente artigo nasceu a partir da atuação do Grupo de Pesquisa “Direito & Saúde”, no âmbito do Centro Universitário Serra dos Órgãos, fomentado pelo Plano de Iniciação Científica e Pesquisa (PICPq) 2018-2019. Pensar em direito à saúde é pensar no papel do Estado de prover o mínimo ao indivíduo, a fim de respeitar sua dignidade. Se, de ponto de vista teórico, essa é a visão pacífica, por outro lado, do ponto de vista prático, nem sempre é fácil decidir como agir diante de casos concretos. Isso porque, se todo direito tem um custo, essa máxima é ainda mais verdadeira no âmbito da

saúde: toda prestação à saúde não só tem um custo como muitas vezes ele é bem elevado. Prova disso são os recentes contingenciamentos feitos pelo Governo Federal, muitos deles atingindo esta seara.

Dessa forma, para um real respeito à dignidade da pessoa humana, faz-se necessária a adequada alocação do orçamento público. Ocorre que, em virtude da burocracia, corrupção e outros fatores que dificultam o correto funcionamento da máquina estatal, há uma série de falhas na prestação do serviço à saúde, o que gera uma judicialização do tema. Ainda que, do ponto de vista individual da parte, esse fenômeno resolva, de certa forma, alguns problemas, certo é que, do ponto de vista estrutural, ele acaba só agravando a situação, visto que gera uma insegurança jurídica e desorganização nas contas dos federativos.

Diante desse cenário, o presente artigo se propõe a refletir sobre o dever do Estado de prestação gratuita à saúde frente às dificuldades econômicas de seu efetivo fornecimento. Considerando que o artigo é fruto do grupo de pesquisa, será dividido da seguinte forma: inicialmente, será feito um estudo teórico acerca do direito fundamental à saúde e do Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil, com lastro na bibliografia lida e debatida pelos estudantes. Após, em um segundo momento, será apresentado um caso modelo pesquisado pelo grupo de pesquisa, em que serão demonstradas algumas dificuldades e entraves ao correto funcionamento do sistema. Por fim, em um terceiro momento, serão observados os recentes posicionamentos do STF sobre alguns assuntos que impactam na melhor gestão da saúde no Brasil.

Almeja-se, com o presente artigo, oferecer, ao menos, alguma contribuição sobre o assunto, na esperança de que floresçam futuros estudos, visando maior efetividade da prestação à saúde por parte do Estado. Como método de pesquisa, o presente estudo adota, via de regra, o método dedutivo, a fim de produzir uma conclusão do grupo de pesquisa com supedâneo nas premissas adotadas no material investigatório coligido. Acerca das fontes, o artigo utiliza doutrina, textos legais e jurisprudência do STF, bem como estudo de documentos. Trata-se, portanto, de pesquisa bibliográfica-documental.

Organização e funcionamento do sistema único de saúde (SUS) no Brasil.

A proteção constitucional à saúde, por meio da previsão de um Sistema Único de Saúde (SUS)¹, representa uma importante conquista social. Inserida no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil, a saúde é um direito fundamental, devendo ser garantido pelo Estado mediante prestações de cunho positivo, razão pela qual pode ser caracterizado como direito fundamental de 2ª dimensão/geração, na clássica divisão proposta por Karel Vasak.

Antes da Constituição de 1988, o Brasil não possuía um sistema organizado e ramificado de saúde. Existia, com efeito, uma assistência fornecida pela União privativamente aos que contribuíam com a previdência social. Com a promulgação da atual Carta, a saúde passou a ser um direito de todos e dever do Estado², protegido através de políticas sociais e econômicas. Nesse sentido, veja-se lição de Gilmar Mendes, *in verbis*:

O dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

O dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde está expresso no art. 196.³

¹ Atualmente, é considerado o maior sistema gratuito e universal de saúde do mundo, tendo completado 30 anos de desafios e conquistas em 2018. Veja na íntegra a reportagem publicada no sítio eletrônico do Folha de S. Paulo: **Subfinanciamento limita expansão do SUS, maior sistema público de saúde do mundo** (Folha de S. Paulo, 26.04.2018, disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2018/04/subfinanciamento-limita-expansao-do-sus-maior-sistema-publico-de-saude-do-mundo.shtml>>, acesso em: 04.09.2018.

² Veja, por exemplo, art. 196 da Constituição Federal: 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.

³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 661.

Outro importante ponto que merece ser mencionado é a previsão de uma rede regionalizada e hierarquizada, conforme art. 198 da CRFB/88, voltada a garantir a adequada prestação do direito à saúde, de forma que todos os entes federativos (União, Estados e Municípios) devem atuar na busca de um sistema organizado que preze pela qualidade na saúde. Ainda nos termos do dispositivo, a saúde no Brasil é pautada por alguns princípios, destacando-se a descentralização, o atendimento integral e a participação da comunidade.

No âmbito infraconstitucional, o Sistema Único de Saúde no Brasil é regido principalmente pela Lei nº 8.080/90. Em seu art. 2º, a norma em comento reforça a noção de saúde como um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições necessárias para seu pleno funcionamento. No art. 7º, por sua vez, a norma adentra mais pormenorizadamente nos princípios que regem o SUS, destacando-se, dentre eles, os princípios da universalidade, integralidade e descentralização político-administrativa, condizentes, portanto, com as previsões constitucionais⁴.

Para se adentrar na concretização do princípio da descentralização, mister citar-se inicialmente o art. 23 CRFB/88. Nos termos do inciso II⁵ do citado dispositivo, a assistência à saúde é matéria de competência comum a todos os entes federativos, isto é, União, Estados e Municípios exercem a função conjuntamente das políticas e ações de saúde, sendo empregados recursos financeiros de todas as esferas envolvidas. A previsão de competências comuns caracteriza o federalismo brasileiro como cooperativo, pois, ao possibilitar a participação de uma esfera sobre a outra, visa um melhor desempenho nas atribuições constitucionais atribuídas aos entes. Gilmar Mendes, resumidamente, apresenta o funcionamento do SUS, à luz deste tipo de federalismo:

*Pautado no modelo de federalismo por cooperação, o SUS há de ser estruturado com caráter interestatal. Essa característica manifesta-se na criação de instâncias permanentes de pactuação [...], e na criação de mecanismos solidários para a solução de problemas comuns, como os Consórcios Intermunicipais de Saúde.*⁶

Dessa forma, sendo matéria de competência comum dos entes, prevalece o entendimento de que se trata de obrigação solidária entre eles. Regulamentando a Constituição e concretizando o princípio da descentralização, a Lei nº 8.080/90 prevê diretrizes e regras voltadas à divisão de competência entre os entes federativos. O município, por ser um ente mais próximo ao indivíduo, tem um papel importante na prestação da saúde. Todavia, sendo de menor porte e, portanto, contando com menores recursos, prevê a Constituição Federal um mecanismo de equalização mediante transferências constitucionais entre os entes. Nesse sentido, o município recebe recursos providos tanto do Estado quanto da União, obrigando-se a empregar, no mínimo, 15% de sua arrecadação na área da saúde, conforme determina o art. 7º da LC nº 141/2012⁷.

No âmbito do fornecimento farmacológico, a obrigação do município ocorre principalmente em relação aos fármacos de baixo custo, competindo à Secretaria Municipal de Saúde a incumbência de formar uma lista de medicamentos que possuem os componentes básicos constantes na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). Na seara municipal, portanto, elabora-se a Relação Municipal de Medicamentos (REMUME). A compra de tais medicamentos básicos deve sempre respeitar as leis orçamentárias aprovadas pelo Poder Legislativo de cada Município da federação brasileira, sob pena de responsabilidade.

⁴ BRASIL, Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. **Sistema Único de Saúde (SUS): princípios e conquistas**. Ministério da Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2000. Disponível em: < http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus_principios.pdf>.

⁵ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II. cuidar da saúde e assistência pública da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional...**, p. 665.

⁷ Art. 7º da LC 141/2012: “Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea “b” do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal”.

O Estado, por sua vez, ficou responsável pelo fornecimento dos medicamentos de que possuem componentes especializados, formando a Lista de Medicamentos Excepcionais (LME) através da Secretaria Estadual de Saúde. Ademais, o Estado atua como gestor da integração, harmonização e modernização dos sistemas municipais, no que concerne ao apoio logístico e financeiro aos municípios. Cabe a esse ente, ainda, um investimento na área de saúde de, no mínimo, 12% de sua arrecadação, nos moldes do art. 6º da LC nº 141/2012⁸, além de, nas ações de saúde, realizar serviços considerados como de média complexidade.

Por fim, no que se refere à União, determinou a lei sua responsabilidade pelo fornecimento dos medicamentos que possuem o componente estratégico, a organização da RENAME pelo Ministério da Saúde e o repasse de verbas/apoio aos demais entes na promoção adequada do acesso à saúde, responsabilizando-se, ainda, pelos serviços de alta complexidade. A União recebe a obrigação constitucional de transferência de recursos aos outros entes, uma vez que a arrecadação fiscal no federalismo brasileiro é concentrada na figura da União.

Com lastro na existência desse federalismo cooperativo, é de se presumir a existência de um diálogo institucionalizado entre os organismos federados, principalmente no que se atine ao tema tratado neste trabalho. Contudo, infelizmente, não é isso que se observa na prática do SUS.

Entraves processuais ao correto funcionamento do SUS (Estudo de Caso: processo nº 0000231-09.2018.8.19.0061)

No presente tópico, almeja-se demonstrar a ausência de um diálogo institucional adequado e racional entre os entes, com lastro nos processos pesquisados ao longo da atuação do grupo de pesquisa “Direito & Saúde”, fomentado pelo UNIFESO através do PICPq 2018-2019, em especial o de nº 0000231-09.2018.8.19.0061, em trâmite na 1ª Vara Cível da Comarca de Teresópolis - RJ. Outros processos serão citados em nota de rodapé quando pertinentes.

Nos autos do processo de nº 0000231-09.2018.8.19.0061, pleiteou a parte autora o fornecimento do medicamento *Doxorrubicina Lipossomal*, que lhe foi prescrito por profissional médico integrante da rede SUS na condição de única solução para a doença narrada que lhe afligia. Compulsando-se as listas oficiais do SUS, notou-se que o citado medicamento não se encontrava presente em nenhum dos documentos. No polo passivo da ação, figuravam o Município de Teresópolis e o Estado do Rio de Janeiro. A parte autora, em sua alegação, baseou-se no art. 1º, inc. III da CRFB/88 (dignidade da pessoa humana) e no art. 196 da CRFB/88, sustentando que o não fornecimento do medicamento configuraria ofensa à Constituição, por parte do poder público, em violar o direito à vida do autor.

O Município de Teresópolis, em contestação, invocou princípios orçamentários, alegando que políticas de saúde dependem de recursos, que sabidamente são escassos frente à quantidade de demandas sociais existentes, o que impõe ao Estado as chamadas “escolhas trágicas”⁹. Alegou que cabe ao governante decidir de que modo poderá, respeitando as restrições orçamentárias, suprir as

⁸ Art. 6º da LC 141/2012. “Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios”.

⁹ Sobre a teoria das escolhas trágicas, veja: “A destinação de recursos públicos, sempre tão drasticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição Federal. Daí resulta contextos de antagonismo que impõem ao Estado o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade orçamentária, a proceder a verdadeiras escolhas trágicas, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na Carta Política de 1988. Com efeito, as escolhas trágicas exprimem o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretos direitos prestacionais fundamentais e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, tão drasticamente escassos [...]”. ORTEGA, Flávia Teixeira. **A “teoria das escolhas trágicas” à luz da jurisprudência do STF**. Cascavel: JusBrasil, 2016. Disponível em: < <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/306634652/a-teoria-das-escolhas-tragicas-a-luz-da-jurisprudencia-do-stf>>. Acesso em: 05.09.2018.

demandas sociais da forma mais eficiente, após realizada uma ponderação de interesses¹⁰. Ademais, argumenta o ente municipal no sentido de um afastamento da competência, visto que o fornecimento do fármaco em questão seria de responsabilidade do Estado por não compor a rede básica de dispensação.

O Estado do Rio de Janeiro, por sua vez, alega na peça de bloqueio que a competência pertenceria à União. Em ambas contestações (Estado e Município), nota-se um enfoque no fato do medicamento não constar em listas oficiais do SUS¹¹, alegando-se os entes que, em razão disso, não receberiam repasses de verbas do Ministério da Saúde. Destarte, ambos os réus não poderiam ser responsáveis pelo fornecimento do fármaco pleiteado.

Claramente, pode-se perceber, nos autos do processo, um jogo de “empurra-empurra” de competência de um ente para outro, apresentando-se, assim, uma forma de gestão isolada na constitucionalmente denominada “rede descentralizada”. Vale ressaltar que a ausência de diálogo institucional causa uma mora processual, que, no caso aqui trabalhado, gera prejuízos à integridade física dos pacientes que necessitam de medicamentos e, conseqüentemente, à gestão pública local¹².

No mencionado processo, o magistrado deferiu a medida de urgência, vindo a condenar os réus, solidariamente, ao fornecimento do medicamento pleiteado nos autos. Devido ao agravo na saúde da autora, e com a comprovação do não cumprimento da obrigação de fazer imposta aos réus, fez-se necessário o dispêndio de um valor de R\$13.600,00, sendo solicitado ao Juízo um sequestro de valores dos ativos da parte ré.

Em atenção à solicitação da parte autora, o magistrado determinou o sequestro de verbas públicas no valor informado, a ser efetivado sobre os ativos financeiros do Município de Teresópolis, ente de menor capacidade econômica, ao passo que o Estado nada sofreu. Como cediço, o sequestro traz *per se* uma desorganização orçamentária nos entes, visto não constituir déficit controlável. Registram-se, posteriormente, repetição de petições de sequestro de verbas e de decisões deferindo esses pedidos, sendo que, dos cinco pedidos de sequestros, todos recaíram sobre os ativos financeiros do Município de Teresópolis, totalizando uma quantia de R\$68.000,00.

¹⁰ Neste ponto, tem-se a teoria dos princípios, que foi desenvolvida por Ronald Dworkin e que está intrinsicamente ligada aos direitos fundamentais, desenvolvendo-se no Brasil no final da década de 80. Nessa teoria, Dworkin apresenta que, no ordenamento jurídico, pode ocorrer de um princípio constitucional colidir com dois tipos distintos de regras, sendo que uma desta regra carrega um conteúdo principiológico constitucional e a outra não traz este conteúdo, ou até mesmo a colisão entre duas regras. No caso de colisão de duas regras, aplica-se a modalidade do tudo ou nada, onde será verificada a hierarquia (lei superior sobrepele lei inferior), temporariedade (lei posterior sobrepele lei anterior, no que tange a mesma matéria) e especialidade (lei específica prevalecerá em relação a lei genérica). Na colisão de um princípio constitucional com uma regra sem conteúdo principiológico, a sobreposição do princípio constitucional prevalecerá. Porém, no caso de colisão de um princípio constitucional e uma regra com conteúdo principiológico constitucional, proceder-se-á **ponderação** entre os menos, visto que, não há sobreposição de princípios sobre o outro, cabendo ao magistrado analisar o caso concreto e realizar uma preponderação dos princípios envolvidos e decidir qual o mais apropriado para o caso.

¹¹ Em recurso julgado no TJ-SP sob o nº 21900878320178260000, que versou sobre fornecimento de medicamento não registrado na Anvisa, para tratamento oncológico, a 3ª Câmara de Direito Privado, entendeu que com base nos arts. 12 e 66 da Lei nº 6.360/76 (Dispõe sobre a vigilância sanitária), medicamentos sem registro e sem eficácia garantida, não deveria ser vendido ou entregue.

¹² Aliado a isso, veja, por exemplo, o processo 0000247-60.2018.8.19.0061, que tramita na 2ª Vara Cível de Teresópolis – RJ, onde, a própria Defensoria Pública se confunde ao pleitear o medicamento no judiciário, o que agrava ainda mais a celeuma processual. Neste processo, a parte autora, assistida pela Defensoria Pública, faz o pedido em Juízo de 18 medicamentos e insumos em face do Município de Teresópolis, porém, por meio de despacho, é informado à autora que, apesar do pedido feito, a Petição Inicial fora instruída com receitas médicas de apenas 5 medicamentos. Em virtude disso, foi remetido à DP, a fim de que a mesma pudesse realizar emenda à exordial, adequando o pedido. Dando prosseguimento ao feito, houve a apresentação das receitas médicas faltantes e a exclusão da demanda do filtro solar Avene Pó Compacto FPS50, mantendo-se apenas o outro filtro pleiteado (Isdin Foto Ultra Fusion Fluid FPS99). Após a emenda à inicial, o Juízo deferiu a medida de urgência, vindo a condenar o Município ao fornecimento dos medicamentos e insumos pleiteados, salvo o filtro solar excluído pela autora. Ato contínuo, a autora informa o não cumprimento da obrigação, em razão dos medicamentos não estarem disponíveis na Secretaria de Saúde, requerendo, no prazo de 24h, a comprovação do fornecimento por parte do réu. Findo o prazo sem a devida comprovação, pleiteou que fosse feito o sequestro no valor de R\$ 7.953,63. Adiante, a autora informa que ao comparecer na Farmácia conseguiu alguns medicamentos, ficando outros pendentes, e reiterando o pedido de sequestro no valor ora mencionado. Porém, quatro dias após, informa em juízo que, ao comparecer à Farmácia, não conseguiu nenhum medicamento, criando-se assim uma contradição no que foi apresentado, e vindo a solicitar um sequestro no valor de R\$15.095,19, pleiteando novamente o filtro solar que outrora informou não mais necessitar, além de incluir mais 2 medicamentos. Houve remessa ao Ministério Público, a fim de que se manifestasse em relação ao pedido feito pela parte autora, onde o mesmo foi favorável ao sequestro de verbas dos ativos da prefeitura no valor indicado pela parte. Após a manifestação do MP, o juízo deferiu o pedido determinando o sequestro. Vê-se, portanto, a celeuma processual criada, gerando demora e aumento de gastos.

Do ponto de vista argumentativo, houve o emprego de duas situações: i) por se tratar de uma responsabilidade solidária, com fulcro no art. 23, inc. II da CRFB/88, decidiu-se no sentido de que o sequestro de verbas poderia ocorrer em qualquer um dos réus; ii) princípio da proximidade, no qual, pelo fato do Município ser o ente mais próximo à lide, deveria sofrer a penalidade do sequestro de verbas, podendo futuramente entrar com regresso em face do(s) outro(s) ente(s). Acerca desse segundo argumento, experiência demonstra que a via de regresso geralmente é pouco utilizada pelos entes políticos, uma vez que, dentre outros fatores, há resistência entre os gestores na tentativa de evitar conflitos políticos entre os representantes de cada esfera.

Exemplos como esse demonstram que a falta de diálogo entre os níveis da administração pública é uma das razões pelas quais os pacientes possuem dificuldade para obter acesso célere à saúde/medicamentos. A crise institucional agrava, ainda, a carência de recursos dos entes para efetivo cumprimento das tarefas impostas pela Constituição Federal. Assim, o maior prejudicado em razão desse quadro fático é o próprio administrado/jurisdicionado, que enfrenta graves dificuldades na obtenção de direitos básicos voltados à preservação de seu mínimo existencial, temática que será examinada pormenorizadamente no tópico abaixo.

A celeuma da ponderação entre mínimo existencial e reserva do possível.

Uma das principais celeumas encontradas nos processos analisados pelo grupo de pesquisa pode ser resumida da seguinte forma: por um lado, tem-se a ideia de um “mínimo existencial”, que exige do Estado um papel ativo na proteção dos direitos mais básicos do indivíduo, ao passo que, por outro lado, há escassez de recursos, gerando mecanismos de defesa como, por exemplo, a reserva do possível. Ambos os assuntos serão tratados no presente tópico.

O mínimo existencial corresponde, nas palavras de Ana Paula de Barcellos, ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física - a sobrevivência e manutenção do corpo - mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende dizer, de um lado, democrático¹³. Complementando ainda a conceituação fornecida, cita-se definição do Min. Luís Roberto Barroso, *in verbis*:

O mínimo existencial é pressuposto necessário ao exercício da autonomia, tanto pública quanto privada. Para poder ser livre, igual e capaz de exercer plenamente a sua cidadania, todo indivíduo precisa ter satisfeitas as necessidades indispensáveis à sua existência física e psíquica. O mínimo existencial corresponde ao núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais e seu conteúdo equivale às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública.¹⁴

O termo *mínimo existencial* é fruto de uma decisão do Tribunal Federal Administrativo de 1953 (Alemanha), a partir da qual foi sendo integrado na jurisprudência desta Corte. Para Marcelo Novelino, por sua vez, o mínimo existencial é caracterizado como um conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis a uma vida humana digna¹⁵.

Dessa forma, quando se fala em mínimo existencial, fala-se em direitos fundamentais inerentes ao indivíduo, com o escopo de garantir condições mínimas a sua existência com dignidade. A temática ganha relevância nos direitos de 2ª dimensão/geração, pois é exigido do Estado condições para que haja eficácia plena na aplicabilidade de tais direitos, prevalecendo *prima facie* sobre preocupações

¹³ Barcellos, Ana Paula de. Legitimação dos Direitos Humanos, 2002, p. 45 *apud* MACHADO, Ivja Neves Rabêlo. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos prestacionais**. Artigo retirado da internet, disponível no seguinte link: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/reserva-do-poss%C3%ADvel-minimo-existencial-e-direitos-prestacionais>>.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 288.

¹⁵ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 13º Ed. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 517.

orçamentárias e financeiras relacionadas ao custo gerado pelo cumprimento do dever de torná-los efetivos.

É justamente nessa perspectiva que surge o outro lado: a “reserva do possível”, sendo conceituada por Novelino como uma “[...] limitação fática e jurídica oponível, ainda que de forma relativa, à realização dos direitos fundamentais, sobre tudo, os de cunho prestacionais”¹⁶.

A efetivação dos direitos sociais, como, *verbi gratia*, a saúde, é colocada por Canotilho dentro dessa expressão, em razão de sua dependência econômica¹⁷. Explica-se melhor: as normas constitucionais, por serem de direito público, estão sujeitas a limitações por ocasionarem, muitas vezes, dispêndio de verbas, sendo tal realidade uma limitação a eficácia dessas normas¹⁸. É com base nesse cenário que se afirma que direitos tem custo.

Outrossim, todas as dimensões dos direitos fundamentais previstas por Karel Vasak são entendidas hoje como detendo a mesma força normativa, devendo ser integralmente atendidas pelo Estado independentemente da diferença de custo envolvida. Nesse sentido, estipula o art. 5º, §1º, da Constituição Federal que as “normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”. Nessa esteira, a doutrina, em sua grande maioria, reforça que os direitos sociais dependem de prestações positivas do Estado para sua efetividade, devendo-se interpretar restritivamente restrições orçamentárias¹⁹. Recordar-se, inclusive, que mesmo os direitos de 1ª dimensão geram custos. Veja-se, por exemplo, a manutenção da justiça e os agentes de segurança pública. Para preservá-las, o Estado necessita investir em uma série de instituições voltadas a garantir direitos como propriedade, vida e liberdade.

Nesse contexto de efetividade dos direitos sociais e de reserva do possível, o Poder Judiciário, ao condenar o Estado a destinar recursos para o tratamento de um único indivíduo, que, muitas vezes, são de custo extremamente elevado, estaria, em tese, criando uma desorganização no orçamento público. Acerca deste ponto, veja-se apontamentos do Min. Gilmar Mendes, *in verbis*:

*Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias.*²⁰

Considerando que os recursos necessitam ser destinados prioritariamente às políticas universais de saúde, a concessão de medicamentos de alto custo, em algumas vezes não registrados na ANVISA, a um único sujeito agravaria a situação orçamentária da saúde no país. Com base nesse quadro, é comum notar-se, nas contestações dos entes federativos, o argumento de que ao direcionar os recursos para atender as necessidades de um único indivíduo, estar-se-ia prejudicando uma maioria (“direito de um” contra “direito de todos”).

Jurisprudência do STF I: medicamentos sem registro na Anvisa e de alto custo não incorporados ao SUS

Perpassadas já as características do SUS no Brasil, os entraves processuais enfrentados atualmente, com base em estudo de caso, e o conflito entre mínimo existencial e reserva do possível, mister agora apresentar importantes, com base na pesquisa do grupo “Direito & Saúde”, decisões do Supremo Tribunal Federal, tentando racionalizar mais o funcionamento do sistema.

Inicialmente, serão trabalhados os entendimentos da alta corte referente aos medicamentos de alto custo, bem como aos fármacos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária –

¹⁶ NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional...*, 2018.

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª Ed., Coimbra Portugal: Almedina, pp. 469 - 471.

¹⁸ MACHADO, Ivja Neves Rabêlo. *Reserva do possível...*, p. 2.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 296 - 302

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paul Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 644.

ANVISA. O STF deparou-se com os temas nos julgamentos dos Recursos Extraordinários (REs) nº 657.718/MG e 566.471/RN, ambos com repercussão geral reconhecida.

Em relação aos medicamentos não registrado na Anvisa (RE 657.718/MG), o plenário do STF decidiu que a Administração Pública não tem a obrigatoriedade de fornecer medicamentos sem registro na Anvisa, salvo em caso de excepcionalidade. Entendeu também pela impossibilidade de fornecimento de medicamentos via decisões judiciais que estejam em fases experimentais. Todavia, ainda que a regra seja o não fornecimento, há determinadas exceções que o permite. Nesse sentido, a Suprema Corte fixou a seguinte tese:

- 1) *O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.*
- 2) *A ausência de registro na Anvisa impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.*
- 3) *É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos:*
 - I. *a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras;*
 - II. *a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior;*
 - III. *a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.*
- 4) *As ações que demandem o fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão ser necessariamente propostas em face da União.²¹*

O relator do caso foi o Min. Marcos Aurélio. Foi questionado o entendimento prevalecente no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a falta de devido registro sanitário geraria a impossibilidade de obrigar o Estado a fornecê-lo, uma vez que a era proibido por lei a sua distribuição, conforme previsto no art. 19-T da Lei nº 8.080/90²².

O recorrente teve como principal argumento que a carência do medicamento pleiteado acarretaria graves danos a sua integridade física, e que a falta do registro sanitário, e conseqüentemente a sua não comercialização, não se confundia com a permissão de importar o mesmo. O eminente relator acompanhou o entendimento do TJMG e STJ, vindo na sequência julgar extinto o recurso extraordinário, por falecimento da recorrente. Porém, a Defensoria Pública da União, entendendo pela *abstratividade do caso*, interpôs agravo regimental, e por maioria, o plenário deu provimento, deferindo a continuidade do feito, para, ao final, fixar tese.

Diferente do relator, o Min. Luís Roberto Barroso, por entender o assunto como de extrema relevância/importância, deu parcial provimento ao recurso, a fim de que com o seu julgamento, fosse possível, de certa forma, evitar uma judicialização excessiva da saúde. Merece especial atenção o voto do ministro, uma vez que foi fundamental para consolidação da tese acima exposta. Os ministros Gilmar Mendes, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Alexandre de Moraes acompanharam o entendimento do Min. Roberto Barroso.

Ao realizar o julgamento, os ministros tiveram a preocupação com as questões orçamentárias tão regulamente invocada pelo Estado, em especial o fato de que, na grande maioria das vezes, as condenações de fornecimento e os sequestros de valores são realizados em face do ente de menor condição financeira, isto é, o município. Note-se que, na tese firmada, determinou-se que, em ação que verse sobre o fornecimento de medicamentos não registrado na Anvisa, necessariamente deverá ser proposta em face da União. Tal regra, contudo, não afastou a responsabilidade solidária dos demais entes (art. 23, inc II), mas simplesmente gerou a obrigação da presença do ente federal, conforme asseverado na deliberação em plenário.

²¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Decisão do STF desobriga estado de fornecer medicamento sem registro na Anvisa**. Brasília, 2019. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411857&caixaBusca=N>. Acesso em: 10.08.19.

²² Art. 19-T da Lei nº 8.080/90. "São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS: I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA; II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa".

Um ponto importante apresentado pelo Min. Roberto Barroso em seu voto é a questão do importante papel da Anvisa na proteção à saúde pública, sendo uma agência dotada de capacidade técnica para pôr a prova, de diversos meios possíveis, a garantia de eficácia do medicamento em análise. Para o mencionado ministro, quando o estado é condenado a fornecer medicamentos que não passaram pelos rigorosos testes de qualidade da ANVISA, o magistrado, que não é dotado de conhecimento técnico, e muitas vezes é motivado por um sentimentalismo, estaria, com efeito, desmerecendo o trabalho da referida agência. Barroso, portanto, fez uma ligação com a ideia de separação dos poderes, uma vez que o registro tem um caráter administrativo, sendo de competência exclusiva do Poder Executivo, não cabendo ao Poder Judiciário, via de regra, se imiscuir nesse assunto. Por outro lado, em virtude da questão da integridade da pessoa humana, firmou-se na tese as já mencionadas causas excepcionais, que autorizam o excepcionalmente fornecimento judicial de medicamento não registrado à parte, desde que respeitados certos critérios.

O ministro então faz uma divisão em dois cenários, no que tange a parâmetros para a atuação judicial nesse contexto. No primeiro, trata do medicamento que está na fase experimental, ou seja, que não dispõe de nenhuma comprovação científica que possa atestar sua eficácia e segurança. Neste caso, em virtude do risco de, ao final das pesquisas, ficar comprovado que o medicamento não produz os efeitos esperados, podendo ainda ser considerado tóxico ao paciente, o Estado, em nenhuma hipótese, poderá ser compelido a fornecê-lo. No segundo cenário, os medicamentos sem registro sanitário, porém, que tenham sua eficácia e segurança comprovados através de pesquisas científicas em agências internacionais de países como Estados Unidos e Japão, também não deverão, via de regra, ser fornecidos pelo Estado, porém, no caso excepcional de *irrazoável mora na apreciação do pedido junto a Anvisa (prazo superior a 365 dias)*, poderá o ente estatal fornecê-los caso observe os seguintes requisitos:

CENÁRIO 1: MEDICAMENTOS EXPERIMENTAIS

. Fornecimento e importação jamais serão justificados.

CENÁRIO 1: MEDICAMENTOS COM SEGURANÇA E EFICÁCIA COMPROVADAS, MAS SEM REGISTRO

*. Fornecimento e importação **somente** serão justificados na hipótese de irrazoável mora da ANVISA em apreciar o pedido de registro (prazo superior a 365 dias) desde que:*

(i) 1ª requisito: o medicamento foi submetido a registro no Brasil, sem que tenha havido qualquer manifestação pela negativa de registro pela Anvisa.

(ii) 2ª requisito: ausência de substituto terapêutico registrado na Anvisa.

(iii) 3ª requisito: registro em renomadas agências reguladoras fora do Brasil.

. Preenchidos tais requisitos, o Estado deverá viabilizar a importação do fármaco, mas somente deverá custeá-lo quando demonstrada a hipossuficiência do requerente. Nos demais casos, o próprio requerente deverá arcar com os custos envolvidos no processo.

. Tendo em vista que o pressuposto básico da obrigação estatal é a mora da agência federal, as ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União.²³

A ponderação, neste ponto, foi muito importante, garantindo, por um lado, a manutenção da vida, e por outro, as questões orçamentárias do Estado, visto que, na grande maioria das vezes, os medicamentos sem registro são de alto custo, gerando uma desorganização no orçamento já planejado.

A propósito, mister também comentar o atual entendimento da Suprema Corte brasileira no RE 566.471/RN, que trata justamente da questão dos medicamentos de culto elevado²⁴. Entendeu o STF novamente que, em regra, o Estado não deve ser compelido a fornecer medicamentos não incorporados às listas oficiais do SUS, independentemente de seu custo, salvo em casos excepcionais. No

²³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Luís Roberto Barroso, nos autos do RE 657.718/MG, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>, pg. 23.

²⁴ No âmbito do município de Teresópolis, vide novamente o processo nº 0000231-09.2018.8.19.0061, que trata de medicamento de alto custo não presente nas listas oficiais do SUS.

voto do Min. Barroso, ao final, na tese que foi em sede de repercussão geral, foram apresentados cinco requisitos que deverão ser observados cumulativamente nos casos excepcionais, onde, após tais observações, poderá ocorrer na demanda o deferimento do pedido de fornecimento por parte do Estado. Veja a seguir os cinco requisitos:

(i) a incapacidade financeira [da parte] 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.²⁵

Conclui-se, portanto, que, em ambos os casos, o STF se posiciona no sentido de que, em regra, o Estado não deverá ser compelido ao fornecimento dos medicamentos sem registro sanitário e de alto custo não incorporados às listas oficiais do SUS por decisões judiciais. Todavia, no intuito de preservar a manutenção da vida do paciente e resguardar os preceitos fundamentais constitucionais, sedimentou a jurisprudência da alta Corte situações excepcionais que autorizaria o fornecimento pelo ente estatal. Vê-se, assim, uma tentativa em cotejar a necessidade de assegurar o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, bem como lidando com a realidade da escassez de recursos (reserva do possível).

Jurisprudência do STF II: solidariedade dos entes no fornecimento do direito à saúde.

No ano de 2019, o STF debruçou-se sobre o RE nº 855.178/SE, que trata da solidariedade dos entes no fornecimento de saúde. Foi reconhecida a repercussão geral do tema, em virtude de sua relevância para todos os Estados e Municípios do país. Decidiu a Suprema Corte, nesse contexto, que há solidariedade dos entes, em decorrência da competência comum na prestação do serviço à saúde. Na decisão, todavia, esclarece a Corte que os critérios constitucionais de descentralização e hierarquização devem ser levados em consideração pela autoridade judicial, para que assim direcione o ônus financeiro sofrido a quem é de direito, observando, nesse sentido, as regras de divisão de competências. Fixou-se, nesse contexto, a Tese 793.

Insta ressaltar que não foi pacífica entre os ministros a redação da tese, gerando uma gama de discussões entre os componentes do STF, com o escopo de elucidar o teor do texto apresentado pelo Min. Luiz Edson Fachin. O Ministro Alexandre de Moraes trouxe à baila a possibilidade de haver confronto entre a tese em discussão, cujo texto previa a solidariedade dos entes na prestação à saúde, e a anterior, onde se decidiu que, nas demandas de saúde que versam sobre medicamentos não registrados na Anvisa, a União necessariamente deve compor o polo passivo da demanda. Foi então elucidado pelo Ministro Edson Fachin que a necessidade de presença do ente federal no polo passivo da demanda não significa que lá estará exclusivamente, não impedindo, portanto, o reconhecimento da solidariedade e presença de outros entes. Após elucidação, o Min. Alexandre de Moraes deu-se por satisfeito.

O Min. Ricardo Lewandowski, por sua vez, seguiu o Ministro Edson Fachin, pois, em sua visão, há um grande avanço em afirmar a solidariedade dos entes na prestação da saúde pública e reafirmar a jurisprudência histórica do STF. Todavia, quando diz no texto da tese que “compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento”, o Ministro apresentou divergência, afirmando que poderia gerar o entendimento, errôneo a seu ver, de que há uma obrigatoriedade de, desde logo, o juiz direcionar o

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto do Min. Luís Roberto Barroso, nos autos do RE 566.471/RN, disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>, pg. 30.

feito e colocar no polo passivo um dos entes federativos. Elucidou o ministro que a solidariedade permite que o credor acione qualquer dos devedores independente de ordem, e a sua escolha.

Dessa forma, o Min. Ricardo Lewandowski sugeriu a alteração do termo “competete”, passando a constar no texto: “podendo a autoridade direcionar o cumprimento conforme a divisão de competência” ou “quando for o caso”. Isso porque é muito difícil, em algumas situações, distinguir de quem é a obrigação de prestação de saúde, o que poderia enfraquecer a regra da solidariedade. Em virtude da sugestão apresentada, o Ministro Edson Fachin fez incorporar ao texto da tese o enunciado das Jornadas de Direito da Saúde do CNJ nº 60:

A responsabilidade solidária dos entes da Federação não impede que o Juízo, ao deferir medida liminar ou definitiva, direcione inicialmente o seu cumprimento a um determinado ente, conforme as regras administrativas de repartição de competências, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento.

Ato contínuo, o Min. Ricardo Lewandowski trouxe a questão de que a tese deveria ser julgada com base na Constituição Federal e não no CNJ, que é um órgão inferior ao STF. Destarte, fez-se imperioso que o Ministro Edson Fachin viesse a esclarecer o conteúdo do que formulou, a fim de sanar os contraditos levantados pelos Doutos Magistrados. Então, esclareceu o Ministro que compete à autoridade judicial não dizer quem irá compor o polo passivo da demanda, mas direcionar o cumprimento, e assim, se outro ente suportou o ônus, direcionar a quem é de direito. Após a explicação do teor da tese, o Ministro Ricardo Lewandowski acompanhou o texto na íntegra.

Em ocasião anterior a esse debate, os Ministros também teceram considerações sobre o assunto no julgamento dos embargos declaratórios, que foi conhecido por unanimidade e rejeitado pela maioria. No referido julgamento, que foi de suma importância para fixação da tese, alguns dos ministros adentraram no mérito do que deveria ser fixado na tese de Repercussão Geral.

Dada a palavra ao Ministro Luiz Fux, relator do processo, esclareceu e propôs a seguinte tese:

É solidária a responsabilidade entre os entes que compõe o Sistema Único de Saúde, o que implica obrigação comum, mas estruturada em níveis de atuação que devem ser observadas em ações judiciais voltadas ao fornecimento de medicamentos, sob a seguinte disposição: a demanda que veicular pedido de medicamento, material, procedimento ou tratamento constante na políticas públicas deve ser proposta em face da pessoa política com competência administrativa para o fornecimento, dispensação daquele medicamento, tratamento ou material, ressalvada em todos os casos a responsabilidade subsidiária da união.²⁶

Neste mesmo sentido, votou o Min. Luís Roberto Barroso. O ministro adentrou no campo da judicialização, afirmando que o Supremo precisa trabalhar para diminuir sua intensidade, uma vez que boa parte do que está sendo discutido no poder judiciário deveria ser trabalhado na elaboração do orçamento. Reconhecendo que os recursos são finitos, devendo ocorrer uma adequada alocação, sendo certo que tal discussão cabe, via de regra, ao Poder Legislativo.

Tece, ainda, considerações quanto à existência de dois tipos de judicialização quando se fala em medicamento: a primeira é referente às demandas de descumprimento das regras estabelecidas pelo SUS, onde os medicamentos se encontram divididos em listas com estabelecimento prévio de um ente responsável. Esse tipo de demanda, segundo o ministro, é de fácil resolução, pois, uma vez violados os direitos previstos na legislação, a judicialização se impõe para corrigir o ato.

Por outro lado, o segundo tipo de judicialização de medicamentos, classificada pelo ministro como mais dificultosa, diz respeito aos medicamentos que não estão inseridos no sistema, isto é, não compõem as listas de fornecimento pelo SUS. O Min. Luís Roberto Barroso, nesse caso, defende que apenas a União deveria estar presente no polo passivo, visto que apenas ela poderia determinar, via

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgamento conjunto do RE 855178/SE. Tese apresentada de 03min00s aos 03min58s. Vídeo disponível no seguinte link eletrônico: <youtu.be/UgIMjsAHqIM> acesso em: 21/09/2019.

procedimentos adequados, a inclusão dos medicamentos nas listas, não vendo razão da regra da solidariedade neste tipo de demanda.

Evidentemente, para o ministro, quando se trata de medicamentos que compõe as listas, deverá ser acionado, portanto, o ente que é responsável por seu fornecimento. Assim, em síntese, se houver descumprimento, deve ocorrer a responsabilização do ente competente. O Min. Luís Roberto Barroso, nessa vertente, segue, portanto, o entendimento do Ministro Luiz Fux, no sentido de que a União deve ser acionada apenas de forma subsidiária.

Por fim, nota-se na decisão uma reflexão quanto aos custos da movimentação da máquina pública, dizendo que é necessário se levar em conta o custo dos medicamentos e o custo administrativo da litigância. Nessa ótica, se houver a solidariedade e os três entes forem acionados, haveria mobilização das três máquinas administrativas, o que gera gasto com pessoal, material e custos administrativos desnecessários, razão pela qual a subsidiariedade seria a melhor solução.

Todavia, o entendimento da subsidiariedade não prevaleceu. Com todos os contraditos e discussões levantadas, restou definido o texto que afirmou a solidariedade dos entes na prestação do direito à saúde, que pelo voto da maioria se fixou da seguinte forma:

*Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.*²⁷

CONCLUSÃO

Ante o exposto, vê-se que o STF, ao decidir sobre a questão da solidariedade e dos medicamentos de alto custo e não registrados na ANVISA, tenta, de alguma forma, oferecer uma resposta ao delicado dilema entre o dever do Estado de garantir o mínimo existencial do indivíduo frente às obrigações oriundas da reserva do possível.

Para alguns, a decisão da Suprema Corte pode soar como um retrocesso, retomando a clássica divisão de “gerações/dimensões” dos direitos fundamentais, onde as liberdades civis e políticas seriam integralmente exigíveis ao passo que, os direitos sociais, seriam exigíveis apenas até onde o orçamento puder assegurar, visto que trazem custos. Por outro lado, há quem entenda que o crescimento da máquina estatal gerou uma série de ilusões no direito, como se o Estado fosse capaz de tudo atender. Dessa forma, seguindo essa lógica, o STF logra êxito em tentar frear os gastos desordenados do Estado e, assim, suavizar a grave crise fiscal pela qual passa o Brasil.

Não é objetivo deste artigo examinar pormenorizadamente se a posição da Suprema Corte foi adequada ao dilema enfrentado pelos juristas nesta seara jurídica. Uma coisa, todavia, é certa: com base nos processos verificados pelo grupo de pesquisa em Teresópolis (e acredita-se em todo o país), a forma com que a judicialização estava sendo conduzida no âmbito da saúde estava desgovernada e trazendo mais prejuízos do que benefícios do ponto de vista estrutural, em especial pelo fato de sempre dirigir os bloqueios em face dos municípios, que, como se sabe, são os entes de menor porte econômico.

Nesse contexto, os posicionamentos do STF serviram, ao menos, como uma luz para que o tema fosse revisado pela doutrina. Não se defende que o Estado não forneça medicamentos, pois isso seria uma afronta direta à Constituição, mas que o faça dotado de parâmetros melhores e, consequentemente, com maior segurança jurídica e estratégia orçamentária. Este artigo, portanto, visa ser apenas mais um foco luz na aurora que volta a debater o assunto nos meios acadêmicos.

²⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Decisão emitida nos autos do RE nº 855.178/SE, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>>. Acesso em: 21/09/2019.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Legitimação dos Direitos Humanos, 2002, p. 45 *apud* MACHADO, Ivja Neves Rabêlo. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos prestacionais**. Artigo retirado da internet, disponível no seguinte link: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/reserva-do-poss%C3%ADvel-minimo-existencial-e-direitos-prestacionais>>. Acesso em: 25.12.2018.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: TOLEDO, Cláudia (org.). **Direitos Sociais em Debate**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07.02.2019.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Decisão do STF desobriga estado de fornecer medicamento sem registro na Anvisa**. Brasília, 2019. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411857&caixaBusca=N>. Acesso em: 10.08.19.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Voto do Min. Luís Roberto Barroso, nos autos do RE 566.471/RN**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>, pg. 30.

_____, **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/18080.htm>. Acesso em: 22.01.2019.

_____, **Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012** – dispõe sobre a regulamentação do §3º do art. 198 da Constituição Federal e traz mudanças em dispositivos da Lei nº 8.080/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp141.htm>. Acesso em: 22.01.2019.

_____, Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. **Sistema Único de Saúde (SUS): princípios e conquistas**. Ministério da Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2000. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sus_principios.pdf>. Acesso em: 09.03.2019.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Decisão emitida nos autos do RE 657.718/MG**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 07.04.2019.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Decisão emitida nos autos do RE nº 855.178/SE**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 04.05.2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª Ed., Coimbra Portugal: Almedina.

COLLUCCI, Cláudia. **Subfinanciamento limita expansão do SUS, maior sistema público de saúde do mundo**. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2018/04/subfinanciamento-limita-expansao-do-sus-maior-sistema-publico-de-saude-do-mundo.shtml>>. Acesso em: 04.03.2019.

KÖHN, Edgar. **A solução da colisão de princípios e conflitos de regras.** Uberaba: Boletim Jurídico, 2010. Disponível em: < <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2182/a-solucao-colisao-principios-conflito-regras->>, acesso em: 06.09.2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 10^a ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional.** 13^o Ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

ORTEGA, Flávia Teixeira. **A “teoria das escolhas trágicas” à luz da jurisprudência do STF.** Cascavel: JusBrasil, 2016. Disponível em: < <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/306634652/a-teoria-das-escolhas-tragicas-a-luz-da-jurisprudencia-do-stf>>, acesso em: 05.09.2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 11^a ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Contato:

Nome: Raphael Vieira da Fonseca Rocha

E-mail: raphael_rocha_16@hotmail.com