

**OS PARÂMETROS PARA A JUDICIALIZAÇÃO DE
MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO NÃO FORNECIDOS PELO
SUS:**

**UMA ANÁLISE DA PROGENIA DA STA 175 NO RE 566.471 E A
CAPACIDADE DELIBERATIVA DO STF**

**THE PARAMETERS FOR THE JUDICIALIZATION OF HIGH-
COST DRUGS NOT PROVIDED BY SUS:**

**AN ANALYSIS OF THE PROGENY OF STA 175 IN RE 566.471 AND THE
DELIBERATIVE CAPACITY OF THE STF**

Breno Baía Magalhães¹

RESUMO: O artigo abordará a possibilidade ou não de deferimento judicial de medicamentos não contemplados nas políticas do SUS e, em caso positivo, quais os critérios judiciais que deverão ser cumpridos para tanto. A pesquisa, além de realizar revisão bibliográfica sobre a judicialização da saúde, analisará a correlação de progenia entre o RE nº 566.471/RN e a STA 175, a fim de aferir as convergências, divergências e os critérios estipulados pelo STF para o deferimento de medicamentos fora da lista do SUS. O artigo parte de um estudo bibliográfico e documental de viés institucionalista. Concluímos que não há uma interação coesa entre os votos, mas tão somente uma elaboração particular de cada ministro sobre os parâmetros, dificultando a compreensão jurídica e a extração de critérios uniformes e objetivos posteriormente replicáveis. Ademais disso, os votos formulam uma contestável interpretação sobre o Direito à Saúde e sobre a hipossuficiência dos requerentes.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da Saúde; Supremo Tribunal Federal; Critérios Interpretativos Vinculantes; Medicamentos não incluídos em lista do SUS.

ABSTRACT: The article will address the possibility or not of judicial approval of medicines not covered by SUS policies and, if so, what judicial criteria must be met for this purpose. The research, in addition to carrying out a bibliographical review on the judicialization of health, will analyze the progeny correlation between RE nº

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professor de Direito Constitucional e Internacional da Universidade Federal do Pará. Menção honrosa no prêmio CAPES de tese 2016.



566.471/RN and STA 175, in order to assess the convergences, divergences and the criteria stipulated by the STF for the approval of medicines off the SUS list. The article is based on a bibliographical and documentary study with an institutionalist bias. We conclude that there is no cohesive interaction between the votes, but only a particular elaboration of each minister on the parameters, making it difficult to understand the law and to extract uniform and objective criteria that can be subsequently replicated. In addition, the votes formulate a contestable interpretation of the Right to Health and the applicants' hyposufficiency.

KEYWORDS: Judicialization of Health; Supreme Court of Justice; Binding Interpretive Criteria; Medicines not included in the SUS list.

INTRODUÇÃO

Escrever sobre direito à saúde no Brasil é tarefa delicada. Desde meados da década de 90, poucos foram os avanços teóricos, tendo em vista a formação de um quase consenso acadêmico firmado sobre a aplicabilidade direta do direito à saúde, bem como sobre sua justiciabilidade mediante ações individuais (ACCA, 2013).

Durante algum tempo, a doutrina e o próprio Judiciário consideravam, lançando mão de arcaica classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia, que os art. 6º e 196 da Constituição de 1988 eram normas de eficácia programática, isso é, para que pudessem produzir efeitos e fossem aplicáveis, uma lei ordinária precisava ser editada². Após uma enxurrada de trabalhos acadêmicos defendendo posições contrárias à jurisprudência, aliada à atuação da sociedade civil organizada, e tendo em vista a triste epidemia de HIV/AIDS que assolou o país no início da década de 90, o Supremo passou a deferir pedidos de concessão de medicamentos e tratamentos às pessoas que recorriam ao Judiciário (FERRAZ; VIEIRA, 2009).

Dessa forma, apesar de a mobilização social ter influenciado a prática judicial, não houve avanço substantivo quanto aos parâmetros para o deferimento judicial de medicamentos e tratamentos médicos³. A falta ou a lassidão desses parâmetros

² “Normas constitucionais meramente programáticas – ad exemplum, o direito a saúde – protegem um interesse geral, todavia, não conferem, aos beneficiários desse interesse, o poder de exigir sua satisfação – pela via do mandamus – eis que não delimitado o seu objeto, nem fixada a sua extensão, antes que o legislador exerça o múnus de completá-las através da legislação integrativa. Essas normas (arts. 195, 196, 204 e 227 da CF) são de eficácia limitada, ou, em outras palavras, não tem força suficiente para desenvolver-se integralmente, ‘ou não dispõem de eficácia plena’, posto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de legislação complementar” (STJ, ROMS 6.564/RS, DJ 17/6/1996, p. 21448). Doutrinariamente, Ferreira Filho (2012, p. 69-70) estipula que a concretização dos direitos sociais depende da instituição de serviços públicos a eles correspondentes, portanto, tratar-se-iam de uma “garantia institucional”. Em razão de sua natureza institucional, a concretização dos direitos sociais “dificilmente pode resultar de uma determinação judicial”.

³ Salvo algumas exceções que serão mencionadas ao longo do texto.

ocasionou uma judicialização excessiva e pouco criteriosa, nas palavras de Barroso (2008). Desde o deferimento de tratamentos dispendiosos, oferecidos exclusivamente em outros países, até o fornecimento de medicamentos em fase experimental, desenvolvidos por universidades nacionais e estrangeiras, o Judiciário brasileiro parecia estar disposto a deferir toda e qualquer pretensão individual que batesse às suas portas.

A previsão constitucional do direito à saúde no capítulo da seguridade social e, mais amplamente, como um direito social, importa a qualificação das prestações que circundam este Direito como de acesso universal e igualitárias, tal como exposto na lei do Sistema Único de Saúde (SUS) (8.080/90)⁴. Ambos os parâmetros - universalidade e igualdade - são judicialmente complexos de serem concretizados, porque o deferimento judicial de medicamentos e procedimentos desregrado, individualizado e desinformado escapa da estrutura de seguro social. Se, por exemplo, um medicamento pleiteado judicialmente ainda não obteve registro na Anvisa ou não está à disposição de todos pelo SUS, mas ainda assim é deferido em um único caso concreto para uma única pessoa, dúvidas fundadas e legítimas surgirão a respeito da constitucionalidade da medida judicial.

O corte metodológico documental empregado, caracterizado pela utilização do documento público como objeto da investigação científica não produzido pelo pesquisador e que carrega consigo informações sobre o desenvolvimento interpretativo dos agentes que apostam informações a ele (CELLARD, 2008), foi escolhido para servir de base para a construção semântica dos padrões de judicialização desenvolvidos pelos ministros em seus votos escritos. O marco da análise é institucionalista, ocupada, portanto, dos fatores internos da deliberação da corte e como ela impactará o comportamento posterior dos órgãos do Poder Judiciário (INATOMI, 2020, p. 139).

O presente artigo abordará um tema que há pouco tempo foi “solucionado” pelo Supremo Tribunal Federal (STF): a possibilidade de deferimento judicial de medicamentos não contemplados nas políticas públicas do SUS e os critérios judiciais a serem preenchidos para tal. Em vez de discorrer sobre o tema abstratamente e com enfoque nas teses liberais sobre justiça redistributiva, preferimos seguir um roteiro diferente: inicialmente, faremos uma revisão bibliográfica da produção acadêmica sobre a judicialização da saúde de viés empírico, dando atenção especial aos trabalhos produzidos pelas ciências da saúde para averiguar quais são os problemas acarretados pela judicialização excessiva. Em seguida, analisaremos o precedente da suspensão de tutela antecipada 175 (STA 175), no qual o plenário do STF, pela primeira vez, formulou os parâmetros para a atuação judicial no caso problema desta investigação, os quais não foram seguidos pelo próprio tribunal, o que demonstraremos pelos casos decididos posteriormente

⁴ Arts. 7º, I e IV: I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência e IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie.

(progênicos). Após a análise daquele precedente, exporemos os votos escritos disponíveis do julgamento do RE nº 566.471/RN. Por fim, teceremos considerações críticas formais e materiais aos votos daquele caso, acentuando, principalmente, os problemas formais da interpretação formulada pela corte e sua tendência de criar um seguro amplo e universal para o fornecimento de medicamentos para os brasileiros.

2. O PADRÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: UMA REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

A Constituição de 1988 forneceu muitos incentivos para que o Judiciário alterasse sua compreensão sobre a natureza programática do direito à saúde, principalmente nas hipóteses em que prestações individuais de medicamentos ou procedimentos médicos eram requisitados. Essa mudança gerou, ao longo dos anos, um padrão de judicialização cujas características são as seguintes⁵:

a) As ações individuais são predominantes e apresentam elevado grau de sucesso em todas as instâncias judiciárias. Pesquisas empíricas realizadas em diferentes Estados demonstram que a quase totalidade das demandas relacionadas ao direito à saúde são apresentadas por meio de ações individuais, que não apenas perfazem o maior número de casos, mas que também apresentam elevadíssima taxa de sucesso perante o Judiciário (HOFFMANN; BENTES, 2008, p. 117, PRADO, 2013, p. 125, RIBEIRO; HARTMANN, 2016, p. 39, WANG; FERRAZ, 2014, p.163; PASSOS; GOMES, 2017, p. 106; COSTA; PITTA; RAMOS, 2020 e FERREIRA, 2012, p. 103).

Esse padrão pode ser explicado pela forma mediante a qual o direito à saúde é apresentado nessas hipóteses: como uma medida necessária e incontornável para proteger o direito à vida. A compreensão do direito à vida como o direito de manter-se vivo relega as discussões sobre medidas orçamentárias à posição de tecnicidades inoportunas e secundárias (HOFFMANN; BENTES, 2008, p. 126). Igualmente, os argumentos sobre direito à vida afastam possíveis problemas institucionais relacionados à separação de poderes (interferência do Judiciário em políticas públicas), à competência administrativa para a concretização da medida deferida (responsabilidade dos entes federados) e à capacidade institucional do Judiciário de lidar com escolhas trágicas. Por outro lado, uma possível explicação para o fracasso da tutela coletiva estaria no fato de elas tornarem mais salientes os temas econômicos e institucionais indicados anteriormente (WANG; FERRAZ, 2014, p. 163), ao mesmo tempo em que “diluem” a força do direito à vida.

Não obstante sua importância, a atuação judicial pontual e individualizada nos entraves administrativos que inviabilizam políticas públicas não solucionará os

⁵ Da mesma forma que Wang (2013, p. 28), reconhecemos os limites metodológicos dessa empreitada com base em duas razões: em primeiro lugar, os estudos compilados não abrangem todos os Estados brasileiros e, em segundo lugar, tais pesquisas partem de abordagens metodológicas diferentes.

problemas estruturais enfrentados pela saúde pública no país⁶. A atuação estrutural do judiciário por meio de ações coletivas é mais desejável nessa situação, sob pena de superestimarmos as pequenas vitórias individualizáveis (SILVA, 2008, p. 592).

b) A maior parte dos pedidos é concedida liminarmente e sem a realização ou exigência de perícias técnicas oficiais. Nas demandas propostas individualmente, o pedido liminar é concedido na quase totalidade das vezes, portanto, perícias técnicas específicas não são realizadas para averiguar a pertinência do fármaco ou do procedimento requerido por prescrições médicas particulares (RIBEIRO; HARTMANN, 2016, p. 39; BOY et al, 2013, p. 276; OLIVEIRA et al, 2021, p. 3).

O principal critério judicial para a concessão da tutela é a constatação da necessidade de acesso urgente a determinado medicamento, tendo como respaldo os documentos fornecidos pelo próprio demandante (receituário médico)⁷. Esse padrão de judicialização expõe alguns problemas, como o recebimento de prescrições médicas inadequadas, a influência da publicidade de indústrias farmacêuticas na prescrição dos medicamentos e a ausência de maiores informações fornecidas à justiça (PEPE et al., 2010, p. 468).

A porção de medicamentos dispensados liminarmente pelo judiciário não previstos no SUS ou sem registro na Anvisa são, ademais, responsáveis pela estruturação de pernicioso rede formada entre médicos, advogados e indústrias farmacêuticas⁸. Medeiros, Diniz e Schwartz (2013, p. 1.094) argumentam que indústrias farmacêuticas financiam escritórios para representarem, pro bono, litigantes em busca de medicamentos novos, caros e não incorporados pelo SUS⁹.

É compreensível que a maior parte das demandas envolva pedidos liminares, pois alguns casos clínicos envolvem situações de vida ou morte. Entretanto, as decisões judiciais liminares podem ignorar tratamentos ou medicamentos alternativos já fornecidos pelo SUS, fomentar litígios que beneficiem indústrias farmacêuticas e, porventura, aumentar o risco de prescrições particulares

⁶ Nos interiores dos Estados e nas capitais do Norte e Nordeste, por exemplo, o principal problema enfrentado pelos usuários do SUS é o deficitário fornecimento de medicamentos e de serviços básicos elementares

⁷ Pepe *et al.* (2010, p. 464), por exemplo, analisando 185 processos na 2ª instância no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ/RJ), identificaram que, em 100% dos casos, o juiz de primeiro grau concedeu o pleito liminarmente, sem que fossem revistos os protocolos médicos, sem a oitiva do réu ou requerimento de provas ou documentos adicionais. Nesse mesmo sentido, conferir o trabalho de revisão de literatura feito por Catanheide, Lisboa e Souza (2016, p. 1.344) – “na prática judicial, a concessão de liminar é regra, e a prova necessária e suficiente de que o autor precisa do medicamento requerido é a prescrição de um médico”.

⁸ Campos Neto *et al.* (2012, p. 789), analisando 117 ações judiciais em Minas Gerais, identificou que um único médico foi responsável por 44% das prescrições nas ações patrocinadas pelo mesmo escritório de advocacia

⁹ Sobre a questão no Estado de São Paulo, cf. Wang (2013, p. 43). Levanta suspeitas na literatura o fato de as indústrias farmacêuticas dificilmente entrarem com pedidos de incorporação de novos medicamentos ou procedimentos no Conitec (BRETAS; JUNIOR; RIANI, 2021).

equivocadas, acarretando prejuízo à saúde do paciente (BOY et. al., 2013, p. 276-278).

c) A maioria dos medicamentos e tratamentos requeridos judicialmente consta das listas e protocolos do SUS¹⁰. O padrão indica que a judicialização tem servido para “destravar” problemas administrativos na concretização de políticas públicas já previstas pelo SUS. Ou seja, medicamentos não previstos nas listas do SUS ou não registrados pela Anvisa não são os mais exigidos pela via judicial (WANG, 2013, p. 35; PANDOLFO; DELDUQUE; AMARAL, 2012, p. 344; TREVISAN et. al., 2015, p. 1.613)¹¹.

Tal constatação alivia o argumento de intromissão judicial indevida em assuntos políticos, porém escancara o problema administrativo na prestação do direito à saúde, o qual compromete a igualdade de acesso¹². Tendo em vista que a maior incidência de litigância gira em torno de medicamentos, é possível especular que há problemas administrativos na assistência farmacêutica (seleção, programação, aquisição, controle de estoque, armazenamento e distribuição de medicamentos) (MACEDO, LOPES; BARBERATO-FILHO, 2011, p. 710).

d) Não é possível afirmar, com segurança, que apenas as pessoas mais abastadas são beneficiadas pela judicialização da saúde. Ferraz (2011; 2019) e Silva e Terrazas (2011) argumentam que apenas pessoas com boas condições financeiras acessam o judiciário para requerer tratamentos ou medicamentos. Tendo em vista ser impossível aferir de forma segura as condições econômico-sociais dos litigantes por meio das informações fornecidas pelos processos judiciais, fatores indiretos (proxies) foram utilizados nas pesquisas daqueles autores, tais como: prescrição por médico particular, patrocínio da causa por advogado particular, local de habitação etc.

Medeiros, Diniz e Schwartz (2013, p. 1.092-1.093), questionando a metodologia utilizada naqueles trabalhos, fornecem os seguintes contra-argumentos à tese da judicialização pelas elites: 1) a contratação de advogados não pode ser um indício

¹⁰ Wang (2013, p. 39) sugere, com base nos mesmos estudos, que a litigância em termos de saúde no Brasil está focada: 1) na demanda por novos e mais caros tratamentos, que substituam os já inclusos no sistema público de saúde e 2) no uso de tratamentos *off-label*.

¹¹ Gomes et al. (2014, p. 39), investigando ações judiciais que visavam ao fornecimento de medicamentos em Minas Gerais (1999-2009), constataram que 65% deles já estavam contemplados nas listas do SUS. Macedo, Lopes e Barberato-Filho (2011, p. 709), compilando estudos semelhantes oriundos de diversos Estados (São Paulo, Rio de Janeiro, Santa Catarina, Distrito Federal e Rio Grande do Sul), concluíram que os percentuais, ainda que discrepantes, mostravam que a via judicial não é explorada apenas para obter medicamentos não incorporados pelo SUS. Vieira e Zucchi (2007, p. 220), em estudo semelhante, constataram que 62% dos pedidos de serviços estavam previstos no SUS. Ainda que por uma pequena margem, o dado não se estende ao Rio Grande do Norte, onde “os medicamentos mais judicializados não são contemplados na Renam” (OLIVEIRA et al., 2021, p. 09).

¹² Se o fornecimento de um medicamento está garantido por meio de política pública, mas enfrenta dificuldades administrativas em sua dispensa, apenas aquela pessoa que acessou o Judiciário terá acesso a ele, não obstante outros pacientes possam precisar dele com maior urgência.

absoluto de boas condições socioeconômicas, pois não há informações seguras sobre quem arcou com os honorários dos advogados. Como exposto linhas atrás, alguns deles podem ter sido custeados por empresas farmacêuticas e isso não exclui o fato de que ainda há sérios problemas de acesso às Defensorias Públicas no Brasil, forçando pessoas pobres a recorrerem aos advogados particulares¹³; e 2) a capacidade para pagar um médico particular é questionável, pois o diagnóstico de algumas doenças apenas só poderá ser feito por médicos fora do SUS e o custo de um tratamento pode ultrapassar R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), cifra exorbitante para a quase totalidade dos brasileiros (IBGE, 2017).

Ademais, no Rio Grande do Sul (BIEHL, 2016, p. 85), Rio Grande do Norte (OLIVEIRA et al, 2021, p. 07), Distrito Federal (DINIZ; MACHADO; PENALVA, 2014, p. 593) e no Pará (FERREIRA, 2012, p. 104; CARNEIRO; BLIACHERIENE, 2017, p. 228), por exemplo, a maioria dos casos é proposta pelo Ministério Público (MP) ou pela Defensoria Pública (DP), diferentemente de São Paulo, cuja defensoria foi criada tardiamente (no ano de 2006)¹⁴. Ou seja, ainda que não haja certeza de que os assistidos por advogados públicos ou pelo MP sejam hipossuficientes de acordo com a lei, também não é possível sugerir que apenas a elite judicializa a saúde em busca de medicamentos e tratamentos¹⁵.

3. A PRIMEIRA TENTATIVA DE FIXAR PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO JUDICIAL EM MATÉRIA DE SAÚDE NO STF: A ASCENSÃO E QUEDA DA STA 175 (2010).

Nesta seção pretendemos demonstrar que os parâmetros fixados pelo STF em 2010, no julgamento da STA 175/CE, não foram seguidos ou foram relativizados pelo próprio Tribunal e como tal posicionamento determinou a necessidade de revisá-los no julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.471/RN. Os detalhes da compreensão do Tribunal sobre o conteúdo do direito à saúde e os parâmetros de

¹³ De acordo com Moura *et al* (2013, p. 33), “a Defensoria Pública está presente em apenas 28% das comarcas brasileiras”.

¹⁴ Análise sobre judicialização de leitos de UTI no Maranhão apontou que a assistência jurídica dos requerentes, na maioria dos casos, foi feita por advogados particulares (COSTA; PITTA; RAMOS, 2020). A tese da judicialização por parte da elite pode ter sido influenciada pelo fato de significativa parcela desses estudos concentrarem-se na região Sudeste do Brasil, onde, muito provavelmente, a tese seja aplicável (FREITAS; FONSECA; QUELUZ, 2020, p. 08). Vasconcelos (2020, p. 85) e Vieira (2020, p. 28) reconhecem que há variação regional no perfil da judicialização da saúde no Brasil.

¹⁵ Em trabalho de revisão bibliográfica sobre a judicialização da Saúde no Brasil, Catanheide, Lisboa e Souza (2016, p. 1343) analisaram os dados coletados por esses estudos sobre renda e concluíram que “não se pode afirmar se a judicialização contribui ou não para aprofundar a iniquidade social no acesso a medicamentos”. Finalmente, e em reforço ao informado anteriormente, a maior parte dos requerimentos ao Judiciário engloba prestações básicas já incorporadas no SUS, levando alguns autores a afirmar que tais indícios contraditariam a tese da elitização (TREVISAN *et. al*, 2015, p. 1.612).

racionalização da atuação judicial serão descritos e em seguida comparados com casos que tenham alguma relação de progenia¹⁶ com a STA.

Convém destacar que a mencionada STA foi o primeiro grande julgado envolvendo o tema do direito à saúde decidido pelo STF após a realização da Audiência Pública nº 04¹⁷. Dessa forma, as conclusões do relator¹⁸, ministro Gilmar Mendes, e ratificadas pelo plenário, passaram a representar o posicionamento da Corte, porquanto foram fixados parâmetros expressos que deveriam ser observados, ao menos em tese, pelo Judiciário (incluindo o próprio STF). Dentre os parâmetros, destacam-se os seguintes, estabelecidos em ordem de prioridade de cumprimento:

1) É necessário, inicialmente, perquirir se há uma política pública estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte (direito individual subjetivo). Nessas hipóteses, o judiciário deve intervir para seu cumprimento no caso de omissão ou prestação ineficiente.

2) Caso o primeiro ponto não esteja presente, em seguida, o juiz precisará verificar se a prestação de saúde pleiteada está contida nos protocolos do SUS. Caso não esteja, é preciso distinguir se:

2.1) a não prestação do requerido decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não a fornecer, ou de uma vedação legal a sua prestação. No caso de omissão administrativa, o registro na Anvisa é condição imprescindível para o fornecimento de medicamentos. Na hipótese de decisão administrativa de não fornecer, por conta da ausência de evidências científicas para autorizar a inclusão, o juiz deve analisar se o SUS fornece tratamento alternativo, o qual será privilegiado em detrimento de outros.

Porém, poderá haver contestação judicial do ponto no caso de ineficácia do tratamento, em função das especificidades e de particularidades orgânicas da pessoa, o que coloca os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS em constante necessidade de atualização;

¹⁶ Decisões progênicas são todas aquelas tomadas subsequentemente ao precedente e cuja questão jurídica e fática são muito parecidas as do julgado paradigma (SEGAL; SPAETH, 1999, p. 25).

¹⁷ A ADPF 45 (2004) marca a primeira vez em que um ministro da corte ensaiou elaborar critérios para racionalizar o deferimento de prestações sobre saúde, quais sejam: mínimo existencial e reserva do possível. Ambos os critérios foram empregados pela Ministra Ellen Gracie na STA 91 (2007) para suspender decisão que obrigou o Estado de Alagoas a fornecer tratamento para pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados (CUNHA; FARRANHA, 2021, p. 21-22).

¹⁸ Reconhecemos os limites na correlação “voto do relator = posição da corte”. Silva (2015) tem argumentado que o voto do relator possui pouco, ou nenhum peso no desenvolvimento do processo decisório do STF. Não pretendemos discordar do autor, mas uma das premissas de seu trabalho é a de que existem casos de grande e pouca repercussão julgados pelo tribunal; nos primeiros, o peso do voto do relator é pequeno, por outro lado, nos casos mais corriqueiros há uma maior tendência de o voto ser seguido pelos demais ministros.

2.2) os medicamentos e tratamentos são experimentais, nesse caso, o Estado não está obrigado a fornecê-los;

2.3) os tratamentos médicos novos ainda não estão incluídos nos protocolos do SUS, mas estão sendo fornecidos pela rede particular de saúde. Nesses casos, os tratamentos podem ser deferidos, desde que seguidos de ampla instrução probatória em demandas individuais e coletivas, obstaculizando o deferimento de cautelares.

Dois parâmetros fixados naquele julgado são os mais importantes, quais sejam: o fornecimento de medicamentos sem registro da Anvisa (2.1) e os medicamentos e tratamentos de alto custo não fornecidos pelo SUS (2.3). A proibição que o STF impôs ao fornecimento estatal obrigatório de substâncias e tratamentos experimentais¹⁹, bem como a preferência dada aos tratamentos e medicamentos previstos pelas políticas públicas já instituídas, significam que o tribunal, a priori, não vê no Estado um segurador universal de todas e quaisquer pretensões jurídicas formuladas com base no direito sanitário.

Sobre a obrigação do Estado de não fornecer medicamentos de alto custo fora do SUS, quase uma dezena de decisões da Presidência, julgadas pelo plenário e pelas turmas, foram tomadas após abril de 2011²⁰. O que nelas se observou, em

¹⁹ STA 175/CE e ADI 5501 (a ação tinha por objetivo suspender a lei 13.269/2016, que autorizava o uso da substância sintética fosfoetanolamina por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna).

²⁰ O lapso temporal definido nesta pesquisa foi de 01/05/11 a 22/05/2019, em virtude da Recomendação nº 31/2010 e da Resolução nº 107/2010, ambas do CNJ e da edição da Lei nº 12.401/2011, que também complementaram os parâmetros estabelecidos na audiência Pública nº 04 do STF, que foram sintetizados na STA 175/CE, e do julgamento do RE 657.718, que estabeleceu parâmetros para o fornecimento judicial de medicamentos não registrado na Anvisa. 815/SP (DJe 05/06/15), STA nº 761/DF (DJe 29/05/15); STA 790/AL (juiz de primeiro grau concedeu tutela antecipada para fornecer cirurgia de tumor petroclival não fornecido pelo SUS); SS 4972/SP (fornecimento de insulina específica para tratamento de doença crônica decorrente de diabetes não fornecida pelo SUS, que disponibiliza medicamento alternativo, mas de eficácia contestável); SL 710/RS (fornecimento de fármaco ainda não incluído nos protocolos do SUS, autorizado por conta de recomendação de médico particular); SS 4316/RO e SS 4304/CE (fornecimento do medicamento Soliris, único medicamento eficaz disponível para o tratamento clínico da Hemoglobinúria Paroxística Noturna, que não tem registro na Anvisa); SS 5222 (manutenção do fornecimento de medicamento de alto custo não previsto nos protocolos do SUS deferido em sede liminar em MS). Como exceção, mantendo decisão judicial que determinou a substituição de fornecimento fármaco por outro previsto pelo SUS, ver ARE 827.931 AgR, Rel. Cármen Lúcia, 2ª Turma, DJe 26/09/2014; AgR no RE 801.841, Rel. Dias Toffoli, 2ª Turma, DJe 08/04/2016; AgR no ARE 1.065.116, Rel. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 06/12/2017. Ou, por outro lado, casos em que a Corte negou a revisão de decisão judicial que proibiu o uso alternativo (*off-label*) de medicamento fornecido pelo SUS a crianças, conferir AgR no ARE 956.045, Rel. Dias Toffoli, 2ª Turma, DJe 28/03/2017. Em duas decisões monocráticas da presidência, foi determinado que os requerentes recebessem tratamento conforme o Protocolo do Ministério da Saúde, ainda sim, foi ressalvada a possibilidade de que se houvesse a necessidade de terapia diversa, essa seria possível de ser fornecida, desde que comprovada por junta médica oficial (SL 1022 MC/DF e SL 1019 MC/DF)

síntese, foi que a corte consolidou o seguinte argumento: muito embora os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do SUS sejam importantes, pois conferem segurança ao sistema e à saúde pública, a não contemplação oficial de um medicamento não é empecilho para sua dispensa judicial. Tal posição alicerçou-se sob a justificativa de que tais protocolos não são facilmente atualizados, tornando-se obsoletos em razão do avanço célere da Medicina e, por isso, não podem ser limitadores para a concessão de um tratamento ou medicamento²¹, ou “que não assiste razão ao agravante ao sustentar que o Estado não está obrigado a fornecer medicamento não constante na lista da SUS”.

Apesar de o STF ter chegado a alguns consensos, nas áreas temáticas mais sensíveis, ou seja, naquelas em que parâmetros mais claros e seguros são necessários, o tribunal pós-STA 175 pareceu deixar a situação como atualmente está: se é para concretizar o direito à saúde, qualquer reivindicação, a qualquer custo, será garantida²². Portanto, a STA 175 não foi suficiente para sedimentar as dúvidas acerca do fornecimento de medicamentos de alto custo, especialmente sobre os critérios judiciais a serem obrigatoriamente seguidos (WANG, 2013, p. 59), situação que a Corte pretendia remediar com o julgamento do RE 566.471, cujo acórdão ainda não foi publicado. Do ponto de vista da atuação do Poder Judiciário, Ferraz (2019, p. 23) pondera que o esforço de Gilmar foi louvável, contudo, os parâmetros fixados por ele sobre eram muito vagos e abriu espaço para que a sua superação se tornasse a regra²³.

4. O RE Nº 566.471/RN E O FORNECIMENTO JUDICIAL DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO NÃO PREVISTOS NOS PROTOCOLOS DO SUS: UMA

²¹ Seguem algumas linhas dessas decisões: “a lista do SUS não é o parâmetro único a ser considerado na avaliação da necessidade do fornecimento de um medicamento de um caso concreto”. ARE 977.190 AgR / MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, DJe 09/11/16; RE 831385 AgR / RS, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, DJe 06/04/15; AgR no RE 1.145.731, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, DJe 07/12/2018. Ou “que não assiste razão ao agravante ao sustentar que o Estado não está obrigado a fornecer medicamento não constante na lista da SUS. ARE 831915 AgR / RR, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 04/05/16

²² *In sum, in most cases, including the most recent ones, the STF has ruled that individuals are entitled to have all their health needs fulfilled by the public health system with the most advanced treatment available, irrespective of the treatment's cost or the impact on the provision of treatment for others* (WANG, 2013, p. 60). Vasconcelos (2020, p. 86), no mesmo sentido, concorda que os critérios não foram seguidos pelas demais instâncias judiciais. Em instigante trabalho, a autora aponta para uma posição contraditória dos membros da Corte Suprema, mais leniente nas decisões proferidas no STF, mas cautelosa e rigorosa no CNJ.

²³ Tendo em vista que o objetivo deste trabalho é a interpretação constitucional do STF, deixamos de considerar a seminal atuação do CNJ na criação e padronização de critérios para judicialização. Isso não significa que a atuação do órgão esteja servindo para refrear a judicialização da saúde. Sobre uma das possíveis explicações, conferir o estipulado na nota anterior, e sobre os indícios de que o Poder Judiciário ignora as sugestões do CNJ, conferir Vieira (2020, p. 47).

SEGUNDA TENTATIVA DE FIXAR PARÂMETROS JUDICIALMENTE MANEJÁVEIS.

O RE analisado discute a possibilidade de o Estado ser compelido a fornecer medicamento de alto custo a portador de doença que não possui condições financeiras para custeá-lo, à luz do direito fundamental à saúde (Arts. 2º, 5º, 6º, 196 e 198, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal). A Repercussão Geral do caso foi reconhecida em dezembro de 2007 e o caso julgado em março de 2020. A seguir, exporemos os parâmetros fixados pelos ministros que apresentaram votos escritos no julgado em comento.

Voto do ministro Marco Aurélio: O ministro relator do caso, Marco Aurélio, iniciou seu voto estabelecendo os contornos do direito à saúde, na linha do destacado anteriormente por Mendes na STA 175 e nos precedentes do STF. Em seguida, o ministro defendeu que o requerente deverá cumprir dois requisitos: imprescindibilidade do medicamento (elemento objetivo do mínimo existencial) e incapacidade financeira de aquisição (elemento subjetivo do dever estatal de tutela do mínimo existencial). Isso quer dizer que, uma vez cumpridos, independará o alto custo dos medicamentos ou se esses não constarem em listas elaboradas pela política nacional de medicamentos.

A imprescindibilidade estará configurada quando:

Comprovado, em processo e por meio de laudo, exame ou indicação médica lícita, que o estado de saúde do paciente reclama o uso do medicamento de alto custo, ausente dos programas de dispensação do governo, para o procedimento terapêutico apontado como necessário ao aumento de sobrevida ou à melhoria da qualidade de vida, condições da existência digna do enfermo.

O ente federado requerido, no âmbito de cognição própria e exauriente, poderá se desincumbir de demonstrar que o medicamento não serve ao requerente, não produz resultados confiáveis ou que pode ser substituído por outro de menor custo e igual efeito no tocante ao tratamento de saúde envolvido.

No caso da avaliação da incapacidade financeira, o relator pensa não ser possível limitá-la apenas à do paciente, mas que deve estender-se igualmente à de sua família. Nessas hipóteses, surge uma obrigação estatal solidária, porém sucessiva, de justiça redistributiva em favor dos mais necessitados. Dessa forma, “o Estado atua subsidiariamente – exclusiva ou complementarmente, a depender do nível de capacidade financeira da família solidária”. No campo processual, para a obtenção da liminar, tutela antecipada ou específica, incumbirá ao requerente instruir a inicial com a declaração não só da própria incapacidade financeira, como também a de seus familiares (cônjuge, companheiro (a), ascendentes, descendentes e irmãos). Na contestação, cumprirá ao Estado demonstrar haver um ou mais integrantes da família dotados de capacidade financeira para custear, sem prejuízo

do sustento do mínimo existencial individual e familiar, a aquisição dos medicamentos.

Voto do ministro Luís Roberto Barroso: Em seguida, o Min. Luís Roberto Barroso votou no sentido de afirmar que somente em circunstâncias especiais e excepcionais o Poder Judiciário poderá intervir em políticas públicas sanitárias. O ministro sustenta que os brasileiros têm direito a maior quantidade de serviços de saúde que o país possa pagar, portanto, há limites na judicialização da saúde. Para Barroso, há duas modalidades principais de judicialização: (a) dos medicamentos já incorporados no SUS e o (b) daqueles que não estão incorporados ao SUS. Na primeira modalidade (a) há um caso fácil, pois seria o de aplicação da lei. Porém, o requerente deverá demonstrar a indispensabilidade do medicamento e o esgotamento das vias administrativas (decisão denegatória de dispensa ou demora injustificada)²⁴.

O principal problema reside na segunda modalidade (b), para a qual o ministro propõe cinco requisitos: 1) incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente (do paciente e não de seus familiares); 2) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes²⁵; 3) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; 4) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências e 5) a propositura da demanda necessariamente em face da União.

Por fim, o ministro propõe a observância de 1 (um) parâmetro procedimental: a necessária realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde (e.g., câmaras e núcleos de apoio técnico em saúde no âmbito dos tribunais, profissionais do SUS e Conitec).

Voto do ministro Edson Fachin. O Min. Edson Fachin afirma estar partindo das mesmas premissas expostas na STA 175 e nos dois votos que o precederam, quais sejam: as de que há direito subjetivo a medicamentos incorporados e previstos nos protocolos do SUS, e de que a tutela prestacional individual não coletivizável deverá ser excepcional e que há a possibilidade de dispensa de medicamentos não incorporados, desde que comprovada a excepcionalidade do caso concreto.

Para aferir tais circunstâncias na via judicial são propostos os seguintes parâmetros: 1) Prévio requerimento administrativo; 2) Subscrição realizada por médico da rede pública ou a justificada impossibilidade; 3) Indicação do medicamento por meio da Denominação Comum Brasileira ou DCI – Internacional; 4) Justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento ou tratamento dispensado pela rede pública e 5) laudo ou formulário ou documento subscrito pelo médico responsável pela prescrição, no qual se indiquem a necessidade do tratamento, seus efeitos e os estudos da Medicina Baseada em Evidências, além das

²⁴ Para justificar o parâmetro, cita precedente no qual é feita a exigência de prévio esgotamento administrativo antes de recurso ao judiciário (RE 631.240).

²⁵ Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação e tecnologias no SUS (Conitec), este composto por instituições como a Anvisa, o CNS, CONASS, entre outros

vantagens para o paciente, comparando-o, se houver, com eventuais fármacos ou tratamentos fornecidos pelo SUS para a mesma moléstia.

Voto do Ministro Gilmar Mendes: Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes rememorou o enfretamento do tema que fizera em 2010 e atualizou os problemas enfrentados pela judicialização da saúde no Brasil. Em seguida, reproduziu trechos do voto apresentado naquela oportunidade. É válido destacar que o ministro sugeriu que a aplicação errática dos parâmetros anteriormente propostos sofreu por conta dos limites das Suspensões de Segurança, apesar de não explicar ou demonstrar a incidência dos efeitos da limitação na prática. Em sua conclusão, o ministro, basicamente, repetiu o que já havia assentado na STA 175²⁶.

5. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS AOS VOTOS NO RE Nº 566.471/RN: RESISTINDO À DELIBERAÇÃO E CEDENDO AO SEGURO UNIVERSAL.

Neste tópico, teceremos consideração de duas ordens. Uma, inicialmente mais formal, voltada aos problemas deliberativos que assolam a corte e à coerência interna dos parâmetros fixados nos votos escritos dos ministros (4.1); e uma segunda mais substantiva, que problematizará a interpretação da corte sobre a ideia de saúde e sobre a hipossuficiência dos requerentes (4.2).

4.1) *A dificuldade na proposição de parâmetros coerentes: ausência de deliberação e individualismo.*

A formulação de votos separados e individuais nas votações plenárias e a apresentação de fundamentação concorrente entre os ministros que concordam com a conclusão final do caso (RODRIGUEZ, 2013; SUNDFELD; PINTO, 2012) pode, por exemplo, inviabilizar a fixação de parâmetros objetivos para racionalizar a judicialização de medicamentos não contemplados nas listas do SUS, objeto primordial da decisão no RE nº 566.471/RN.

As considerações iniciais nesta seção em particular serão feitas a partir do critério formal da estrutura decisória do tribunal e serão divididas em dois pontos: uma relacionada à força do precedente e a segunda acerca da convergência (ou não) dos parâmetros entre os votos.

²⁶ (...) o dever do Estado nas prestações de saúde está vinculado às políticas públicas existentes no SUS. Assim, no caso do medicamento de alto custo que não conste da lista de medicamentos dispensados, a princípio, não há dever do Estado de fornecê-lo. (...) com base no próprio princípio da justiciabilidade, excepcionalmente, poderá o Judiciário vir a reconhecer o dever do Estado brasileiro para com determinado cidadão, mesmo que o medicamento/tratamento demandado ainda não tenha sido incorporado ao SUS, atendidas as condicionantes: prova documentada da necessidade do paciente; laudo pericial indicando a eficiência do tratamento; inexistência de substituto terapêutico no SUS; incapacidade financeira do paciente. (...) entendo que é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas (...) privilegiando, na medida do possível, as políticas públicas existentes e o acionamento prévio da Administração Pública, via pedido administrativo (...).

4.1.1) A fraqueza do precedente da STA 175: Os parâmetros fixados na STA 175 não foram seguidos pela Corte, fazendo com que o assunto precisasse ser rediscutido em plenário, dessa vez, mediante o regime da Repercussão Geral. A decisão de retornar ao mesmo tema em um curto lapso de tempo pode justificar-se pelos seguintes fatores concorrentes e não, necessariamente, cumulativos.

a) Incerteza quanto aos parâmetros fixados: o Tribunal não debateu com profundidade os parâmetros constituídos por Gilmar Mendes na STA 175. Ademais, o caráter de abstrativização da justiça constitucional do país reforça o estilo de votação sem atenção às demandas fáticas concretas e específicas, dificultando sua posterior operacionalização em julgados de forte conteúdo subjetivo, como as ações ordinárias e mandados de segurança na justiça de 1º grau e em suspensões de tutela antecipada, de liminares e de segurança no STF.

b) O peso relativo do voto do relator: estudos recentes demonstram (SILVA, 2015; 2016) que, em votações de grande relevo político-social e jurídico, o voto do relator tem o mesmo peso dos demais, reforçando a faceta personalista do procedimento de tomada de decisão do tribunal. O voto de Gilmar Mendes na STA 175, portanto, representa apenas a opinião daquele ministro e não a dos demais, os quais aguardariam o momento ideal²⁷ para apresentarem suas interpretações sobre o tema²⁸, hipótese comprovada pelo fato de o ministro Gilmar ter apresentado os mesmos critérios desenvolvidos em 2010 no RE 566.471, julgado dez anos depois.

c) O tipo e a natureza do precedente: o fato de o STF, bem como os demais órgãos do Judiciário, desrespeitarem ou mitigarem a STA 175 pode estar relacionado, igualmente, ao tipo de processo que originou a decisão. Além de ser ação de cognição limitada, da decisão definitiva de mérito em STA não emanam efeitos gerais ou vinculantes, diferentemente de um RE com Repercussão Geral sob a nova regulamentação de precedentes do Código de Processo Civil (CPC) de 2015 (VASCONCELOS, 2020, p. 96).

Com base nesses fatores, podemos concluir que o STF parece seguir parcialmente os parâmetros estabelecidos na STA 175, pois, se há um consenso na corte sobre a subsidiariedade do fornecimento de medicamentos de alto custo, não fica claro se ele depende da condição financeira apenas do paciente (Barroso)²⁹, de sua família (Marco Aurélio), ou se a condição financeira é um critério irrelevante (Fachin e STA 175). Enquanto Marco Aurélio identifica apenas dois critérios

²⁷ Um precedente dotado de força vinculante, um caso que tenha tido Repercussão Geral reconhecida etc.

²⁸ Conferir o dito por Marco Aurélio na STA 175: "(...) *acompanho Vossa Excelência, negando provimento. Já adiantei que lerei de forma mais precisa, com mais cuidado, o voto proferido por Vossa Excelência, para preparar o relatório e o voto no Recurso Extraordinário que, estou certo, já admitida a Repercussão Geral pela Corte, virá a julgamento*". Dois comentários: o ministro reconheceu publicamente que não leu atentamente o voto do relator para acompanhá-lo, além de não considerar a STA 175 como um esforço coletivo do tribunal, mas tão somente mais um elemento para que pudesse construir sua própria convicção.

²⁹ Critério recentemente ratificado por Alexandre de Moraes no RE 1.165.959/SP (2021).

(indispensabilidade e incapacidade financeira), Barroso e Fachin apresentam critérios técnicos diversos e não incluem o obstáculo no deferimento de cautelares (STA 175), muito embora Fachin exija manifestação prévia da administração.

Do ponto de vista da teoria dos precedentes, os parâmetros estipulados por Mendes no caso paradigma não são problematizados pelos ministros na progenia do RE 566.471. Quando há, a convergência parcial é um acidente de percurso, uma vez que cada ministro apresenta sua versão do que consideram ser os melhores parâmetros. A inconsistência quanto aos parâmetros afetará a redação da tese final em Repercussão Geral, a qual, ofertará, novamente, uma base pouco firme para a tomada de decisões judiciais posteriores.

4.1.2) As divergências entre os votos dos ministros. Agora, passaremos a analisar os votos no RE sob à ótica da sua interação interna, ou seja, com base na comparação entre os parâmetros desenvolvidos por cada um deles. Da análise dos três votos, apenas um consenso pode ser extraído: no Brasil, todas as necessidades farmacêuticas das pessoas podem ser custeadas pelo Estado. Em primeiro lugar, brasileiros têm direito aos medicamentos dispensados pelo SUS e, ademais disso, caso cumpram alguns requisitos (que variam de acordo com o ministro), medicamentos não incorporados nas listas do SUS poderão ser deferidos. A cobertura farmacêutica garantida pelo Estado brasileiro é total. A partir daqui, reina a divergência.

a) A hipossuficiência do requerente. Marco Aurélio e Luís Barroso consideram a ausência de recursos financeiros um fator imprescindível para o deferimento do medicamento não fornecido pelo SUS. Gilmar Mendes (STA 175) e Fachin, por outro lado, não citam a hipossuficiência como um fator relevante. Marco Aurélio, isoladamente, estipula que a incapacidade financeira de arcar com o medicamento se estenda aos membros da família do requerente, algo a que Barroso e Gilmar (RE nº 566.471/RN) expressamente se contrapuseram.

b) A imprescindibilidade do medicamento. Marco Aurélio é o menos exigente dos três votos, porque demanda apenas que o requerente apresente a necessidade específica do medicamento. Fachin e Barroso estipulam a demonstração da inexistência de tratamento diverso ou alternativo previsto pelo SUS e a eficácia do medicamento conforme a MBE, pontos que já haviam sido aventados por Mendes na STA 175. Entretanto, nenhum deles estipulou critérios para uma avaliação segura acerca da efetividade dos tratamentos alternativos do SUS: o medicamento, por exemplo, tem de ser eficaz apenas para o paciente/litigante ou para o tipo de doença apresentada? (WANG, 2013, p. 83).

c) Aspectos processuais e procedimentais. Fachin estipula requisito não previsto por Gilmar Mendes ou Marco Aurélio³⁰: o prévio esgotamento das vias administrativas para requerimento de medicamentos fora do SUS. O ônus

³⁰ Barroso considera que o esgotamento necessário das vias administrativas seja apenas para os medicamentos já incorporados nas listas do SUS.

probatório de demonstrar a imprescindibilidade recai sobre o requerente, segundo Barroso e Fachin. Marco Aurélio, por outro lado, considera ser do ente federado. Por fim, Barroso previu que apenas a União poderia figurar no polo passivo de ações que objetivam o fornecimento de medicamentos fora da lista do SUS, e Fachin exigiu prescrições de médicos públicos e que a indicação do medicamento fosse feita por meio da DCB ou DCI.

4.2) *O custoso caminho para o seguro universal: os paradoxos do supremocare.*

Tal como vem se delineando, a assistência médica e farmacêutica pública no Brasil é ampla e total. Os parâmetros que estão se desenvolvendo pelo STF não impedem acesso a medicamentos não fornecidos pelo SUS, desde que alguns critérios sejam atendidos. Ou seja, não estamos discutindo se há, ou não, um direito a medicamento não previsto em política pública e, portanto, não garantido a todas as pessoas de forma gratuita – esse direito nos é garantido pelo STF, a dúvida reside tão somente nos critérios que balizarão a atuação do Judiciário quando acionado para a sua dispensa³¹.

Uma das justificativas para essa assertiva está na caracterização do direito à saúde acolhida pelo tribunal, que está baseada na correlação entre um estado pleno de bem-estar e a manutenção do direito à vida em sentido biológico. O precedente que representa a defesa dessa característica do direito à saúde (bem-estar + vida) é o RE 271.286 (2000), no qual fora garantido às pessoas carentes o acesso a medicamentos para tratamento do HIV/AIDS. Celso de Mello, em trecho multicitado pela academia, equaciona o tema da seguinte forma:

entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, "caput" e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

A justificativa para o fornecimento de medicamentos a pessoas carentes, nesse caso, estava baseada no critério da lei gaúcha (9.908/93), que previa o fornecimento

³¹ Percebemos, com efeito, fenômeno semelhante ao identificado por Leite (2019) em seus estudos sobre o conteúdo da liberdade de expressão: os Ministros não discordam, profundamente, sobre os contornos abstratos substantivos do conteúdo do direito fundamental à Saúde e sobre a importância do direito às pessoas, mas sim sobre os critérios judicialmente operacionalizáveis em casos concretos. Há, para utilizar os termos de Fallon Jr (2019), concordância entre os ministros sobre o conteúdo e natureza do direito fundamental, mas divergências sobre os remédios (*remedies*) a serem empregados pelo judiciário de modo a concretizá-lo.

de medicamentos excepcionais para pessoas que não pudessem arcar com eles, ponto que forneceu a base jurídica para a interposição do RE (LEIVAS, 2011, p. 636). Contudo, poucos anos depois, no AI 468.961/MG (2004), Celso de Mello reforçou sua interpretação sobre o direito à saúde, garantindo acesso a medicamento para doença rara sem que fosse analisada a incidência de alguma lei estadual mineira semelhante àquela do Rio Grande do Sul.

Ao dimensionar o problema da saúde como o conflito entre dois interesses, de um lado o direito individual à vida e saúde; e de outro, os interesses financeiros do Estado, Celso de Mello fez com que as Cortes nacionais outorgassem preponderância irrestrita ao primeiro conjunto de interesses³². Dessa forma, a saúde cria o dever de máxima atenção à pessoa, independentemente dos recursos ou políticas públicas envolvidas na sua implementação (FERRAZ, 2011, p. 1.658-1.661)³³.

Sem precisar adentrar no debate acerca da justiça distributiva, utilizaremos o modelo criado por Dworkin (2002, p. 309) para descrever a forma como o STF interpreta o direito à saúde, ou seja, baseada nos dois componentes do princípio do resgate (rescue principle). De acordo com o primeiro, vida e saúde são os principais bens e tudo o mais, por serem menos importantes, serão sacrificados em seu benefício. O segundo sugere que a assistência médica não poderá ser negada para quem não puder custeá-la, não importando quão injusta seja a distribuição de renda de um país. De acordo com tal visão, a vida e a saúde não podem implicar racionamentos ou limites de gastos, desde que seja para garantir qualquer tipo de bem-estar ou sobrevida à pessoa³⁴.

Ao ponderar sobre os tratamentos novos ainda não incorporados pelos protocolos do SUS, mas já fornecidos pela rede particular de saúde, Gilmar Mendes, na STA 175, entende que a integralidade do sistema não justifica o fato de os dependentes do SUS não disporem de tratamento há muito oferecido pelas redes particulares. Ademais, o ministro ressalta que tratamentos não previstos no SUS poderão ser por ele custeados, caso a pessoa demonstre que, por razões específicas de seu organismo, o tratamento público fornecido não lhe seja eficaz. Contingências orgânicas e novas tecnologias fornecidas pelo mercado de saúde são colocadas,

³² Tópico 1. (a).

³³ É válido afirmar, tomando de empréstimo o desenvolvido por Vieira (2020, p. 07), que a decisão do STF consolidou o direito à saúde como um “direito público subjetivo a prestações materiais”, e não como um “direito a programas genéricos implementados pelo Estado”. Em seu voto no RE 1.165.959/SP (2021), o ministro Alexandre de Moraes sugere que os protocolos do SUS são importantes meios de padronização de políticas públicas, “mas não pode [m] frustrar o atendimento minimamente necessário às peculiaridades fisiológicas de quem não tem outra alternativa senão socorrer-se do SUS”.

³⁴ Cunha e Farranha (2021, p. 19), empregando a mesma imagem proposta por Dworkin, falam em uma postura de “absolutização da saúde”, baseada na concessão do “direito à saúde de modo absoluto, sem relativizá-lo, incluindo a integridade normativa de seus objetivos, princípios e diretrizes constitucionalizados na Carta Política de 1988”.

portanto, como critérios de acesso a prestações públicas. Como sugere Wang (2013, p. 84-85), o fato de um medicamento ser oferecido pelas redes particulares significa apenas que ele é eficiente e não danoso, e não que ele deve ser, obrigatoriamente, incluído em um nível de prioridade para o sistema público de saúde.

Marco Aurélio, no RE 566.471, é mais enfático na defesa do princípio do resgate, especialmente por afirmar que falhas administrativas não impedirão a obtenção de medicamento indispensável ao tratamento integral de saúde, necessário à própria existência digna do paciente que não possui condição financeira. Fachin é mais contido, porém sugere na decisão do caso concreto analisado que o medicamento não incorporado era devido, porquanto necessário para a manutenção da vida do paciente (ou seja, expressão da tese da excepcionalidade do caso concreto).

O voto de Barroso é o mais curioso. Sua fundamentação e argumentação filosófica parecem demonstrar que ele votaria no sentido de proibir o fornecimento de medicamentos não previstos nas listas ou protocolos do SUS, afastando ou temperando a tese do resgate. O ministro critica a forma de judicialização da saúde, sugerindo que ela ocasiona problemas administrativos, favorece elites e o individualismo. O ministro, ao tratar do fornecimento judicial de medicamentos fora da lista do SUS, entende “que, nessa situação, ainda não há consenso suficiente para que este STF afirme a absoluta impossibilidade de deferimento do pedido”, para, em seguida, estipular critérios para sua dispensa judicial³⁵. O estabelecimento de parâmetros, não obstante capazes de impor limites, não significa a negação completa e total de acesso a toda e qualquer prestação farmacêutica.

Barroso parece querer dizer o seguinte: “Não creio que o judiciário deva obrigar a União a fornecer medicamentos não incluídos nas listas do SUS, porém, como a maioria do STF o admite, propô-lo-ei parâmetros para racionalizar as decisões judiciais”. A contradição fica evidente quando o ministro afirma não haver consenso no STF sobre a proibição de deferimento desses medicamentos, pois, em verdade, há um consenso, muito embora no sentido oposto ao defendido por Barroso. Nenhum ministro defendeu essa proibição na jurisprudência do STF (2000-2022), tornando o direito ao deferimento de medicamentos essenciais não contemplados em políticas públicas, até então, um consenso.

O princípio do resgate encampado pela jurisprudência do STF ecoa a noção de saúde definida pela Organização Mundial de Saúde (OMS), segundo a qual saúde não é apenas a ausência de doença, mas uma situação de perfeito bem-estar físico, mental e social. Para Segre e Ferraz (1997, p. 539), embora avançada para a época

³⁵ A aparente contradição do voto de Barroso é reforçada quando analisamos suas posições acadêmicas que antecederam sua nomeação ao STF. Em trabalho bastante difundido, o ministro afirma que, no âmbito de ações individuais, o judiciário deve ater-se a efetivar a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos e cita a manifestação de Ellen Gracie na SS 3073/RN como precedente aplicável (BARROSO, 2008, p. 897-901). Não estamos argumentando que o ministro não possa ter mudado de opinião sobre o assunto, apenas que a premissa do voto não condiz com sua conclusão.

(1947), atualmente essa definição é irreal, ultrapassada e unilateral. Há extrema dificuldade em definir o que é bem-estar em termos de saúde quando essa exige análise de fatores culturais, sociais e psicológicos de cada indivíduo. Ademais, “perfeição” é uma categoria positivista de valor absoluto, pouco receptiva a variações. A definição da OMS ainda destaca os aspectos mental, físico e social para fins de aferição de saúde, desconsiderando sua imanente correlação e dependência (psíquico e o somático) (SEGRE; FERRAZ, 1997, p. 540). Em razão da amplitude e vagueza, tal definição cria problemas para sua operacionalização e concretização em situações práticas (BORUCHOVITCH; MEDNICK, 2002, p. 176).

O Comitê que monitora o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais vai de encontro à definição da OMS, nos termos do Comentário Geral nº 14 de 2000 (CDESC). Nele, o Comitê deixa claro que o tratado não adotou a definição de saúde da OMS. Ademais, a referência ao “direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir”³⁶ não está confinado apenas ao direito de assistência médica, abarcando uma ampla gama de fatores socioeconômicos que promovem a saúde das pessoas³⁷.

O direito à saúde não é um direito a estar são³⁸ e, por sua vez, “o melhor estado de saúde física e mental possível de atingir”, deve levar em conta as condições biológicas e socioeconômicas essenciais da pessoa, bem como os recursos estatais disponíveis. Portanto, o Estado não pode garantir boa saúde nem pode garantir proteção contra todas as causas possíveis de má-saúde do ser humano (fatores genéticos, propensão inicial a uma afecção e adoção de estilos de vidas pouco saudáveis desempenham papel importante na saúde das pessoas)³⁹. Por fim, embora reconheça um direito humano ao fornecimento de medicamentos⁴⁰, os Estados apenas estão obrigados a fornecer aqueles considerados essenciais que figuram no Programa de Ação sobre Medicamentos Essenciais da OMS⁴¹ e os que estejam dentro de um padrão de realização progressiva que leve em consideração os recursos disponíveis no país (HUNT; KHOSLA, 2008, p. 110).

Ou seja, o conceito de saúde do princípio do resgate está em descrédito com a literatura médica e não foi recepcionado por padrões internacionais de Direitos Humanos. Além disso, a saúde não se limita à assistência farmacêutica ou à oferta de serviços médicos, englobando também os fatores que podem afetar a saúde de uma pessoa, tais como: as condições de fundo que afetam a saúde (saneamento básico, nível de desenvolvimento social e econômico de um país, poluição, acompanhamento psicológico etc)⁴² e os deveres médicos negativos (não obrigar o

³⁶ Art. 12, do PIDESC.

³⁷ § 04.

³⁸ § 08.

³⁹ § 09.

⁴⁰ § 12.

⁴¹ § 43

⁴² As determinantes sociais da Saúde (VIEIRA, 2020, p. 11).

paciente a submeter-se a tratamentos indesejados, internações forçadas etc.) (GROSS, 2007, p. 295). Ademais, a atuação estatal para a promoção da saúde depende de políticas públicas que levem em consideração fatores socioeconômicos, biológicos e geográficos diversos, como o acesso à informação, escolaridade, renda, etnia, raça e idade (FERRAZ; VIEIRA, 2009, p. 243).

O STF não está garantindo a saúde (nem no sentido da OMS ou do PIDESC) ou vida aos pacientes, mas apenas o fornecimento de um fármaco. Como sugerem Figueiredo, Pepe, e Osorio de Castro (2010, p. 105), as ações judiciais geralmente não requerem acompanhamento oficial da subministração que verifique as condições de uso do medicamento, evolução do paciente ou alcance das metas terapêuticas. Em suma, a assistência terapêutica que visa a saúde não se esgota com o fornecimento do medicamento. Além do mais, sem a fixação de indicadores capazes de aferir se a via judicial que garante a dispensa de medicamento fora do SUS é capaz de realizar a progressiva concretização do direito à saúde para além dos medicamentos essenciais e obrigatórios (HUNT; KHOSLA, 2008, p. 105-107), nunca será possível afirmar que as decisões do STF concretizaram o direito à saúde, mesmo se levarmos em consideração a tese do resgate⁴³.

Marco Aurélio e Luís Barroso insistiram na incapacidade financeira do requerente para justificar o deferimento judicial de medicamentos não incorporados, contudo não foram muito longe nessa exigência. Como aferir a incapacidade financeira para arcar com medicamentos essenciais? Marco Aurélio fala em “declaração”⁴⁴, enquanto Barroso menciona a necessidade comprovação⁴⁵. Aqui há uma sensível diferença – a autodeclaração de hipossuficiência de Marco Aurélio juntada na petição inicial pode ser uma suficiente, enquanto a comprovação de Barroso parece exigir prova documental adicional, muito embora ele não explicita quais seriam esses documentos⁴⁶.

Incluir a hipossuficiência como critério judicial talvez não seja a melhor solução para a suposta desigualdade no acesso à justiça (SANTOS, 2021, p. 815)⁴⁷. Como

⁴³ Nos dois relatórios submetidos ao Comitê que monitora o PIDESC (2001 e 2007), o Estado brasileiro apresentou informações genéricas, prolixas, pouco informativas, além de não estipular os índices capazes de demonstrar a melhoria da saúde no país. Para uma crítica mais profunda sobre o tema, cf. Albuquerque e Evans (2012).

⁴⁴ “No campo processual, para obtenção da liminar, tutela antecipada ou específica, incumbe ao requerente instruir a inicial com a *declaração* não só da própria incapacidade financeira” (Voto de Marco Aurélio no RE 566.47).

⁴⁵ “Em primeiro lugar, a parte que ingressar com uma ação judicial deve comprovar impossibilidade de custear o medicamento solicitado”. (Voto de Barroso no RE 566.471).

⁴⁶ Sobre a ressalvas sobre as teses da imprescindibilidade e da hipossuficiência formuladas por Marco Aurélio, vale mencionar a posição do ministro Alexandre de Moraes no caso do RE 1.165.959/SP (2021), para quem “ainda não está definido se as condicionantes para a dispensação do medicamento, nos moldes como propostos pelo Min. MARCO AURÉLIO, serão todas incorporadas ao paradigma da repercussão geral”.

⁴⁷ Em trabalhos acadêmicos oriundos de outros professores da UERJ (um deles, inclusive, mencionado por Barroso em seu voto) os quais buscavam estipular critérios para a judicialização

demonstrado anteriormente, não está comprovada empiricamente a tese de que apenas elites acessam o judiciário em busca de serviços de saúde (1.d). Então, como justificar constitucionalmente esse critério?

Levado às últimas consequências, o argumento permitirá aos juízes negar medicamento a quem tiver condições de adquiri-los às suas expensas, o que retiraria o aspecto de universalidade do SUS, ao excluir de seu acesso, com base em critério econômico, os cidadãos que não fazem jus aos medicamentos não incorporados.

Nenhum dos ministros preocupou-se em ajustar seus votos ao precedente do RE 581.488/RS (2015), o qual decidiu que diferenças de atendimento médico (internação e acomodação hospitalar) baseadas no pagamento de valores adicionais subverteria os princípios do acesso equânime e universal do SUS. Naquele caso, o relator, Min. Dias Toffoli, destacou que “após 1988, contudo, a assistência à saúde passou a ser tida como direito de todos e dever do Estado, incluindo-se em um sistema de seguridade social caracterizado pela desnecessidade de custeio ou contraprestação individual”. O ministro considerou que não havia base legal ou constitucional para fornecer tratamento diferenciado para aqueles que usam o SUS, mesmo que estejam dispostos a pagar por ele⁴⁸.

Os Ministros, discordando de nossa posição, poderiam argumentar que a discriminação econômica para fins de judicialização no caso das acomodações hospitalares não seria constitucional, mas ela seria, por outro lado, importantíssima nas hipóteses de fornecimento de medicamentos. Porém, além de a resposta não expor qual o critério de igualdade a ser considerado no caso⁴⁹, dificultando quaisquer críticas ao argumento, ainda assim, tal construção da igualdade não é capaz de determinar quem serão os excluídos pela hipossuficiência (FERRAZ, 2019, p. 31). Em muitos casos, os medicamentos não incorporados são caros, fabricados por uma única empresa farmacêutica e/ou o tratamento com eles perdura indefinidamente.

Utilizemos o medicamento do RE 566.471 como exemplo. A paciente pediu o fornecimento ininterrupto de Sildenafil 50mg (princípio ativo do Viagra), medicamento de custo superior a R\$ 20 mil por caixa. Se o paciente precisar de duas caixas por mês, o custo mensal será de R\$ 40 mil reais, valor muito superior à renda

de direitos sociais, a hipossuficiência, associada à pobreza, estava sempre presente (SOUZA NETO, 2008, p. 539; SARMENTO, 2008, p. 577).

⁴⁸ Santos (2021, p. 811) destaca que ao longo das discussões, os ministros tratavam o SUS como garantia destinada apenas à população carente, ignorando o princípio do atendimento igualitário independentemente da condição econômica da pessoa.

⁴⁹ A igualdade é um ideal político relacional, ou seja, depende da identificação de um critério pelo qual as coisas, grandezas, pessoas ou casos serão julgados. Duas canetas podem ser, ao mesmo tempo, iguais ou diferentes, a depender do critério eleito. Podem ser iguais quanto à cor, mas diferentes quanto ao fabricante. Portanto, sem a identificação de um critério de aferição da igualdade, bem como a justificação para a escolha desse critério, a utilização do princípio da igualdade será mera retórica.

per capita média do brasileiro, que, em 2016, foi de R\$ 1.353, 50. Apenas uma minoria no Brasil teria condições de manter tratamento com fármacos de alto custo sem o comprometimento de suas necessidades básicas, dado que se torna mais trágico se considerarmos que 71% de brasileiros afirmam não possuir cobertura de planos de saúde (IBGE, 2020, p. 29). Com o subsídio mensal de R\$ 39.293,32 (Lei nº 13.752/18), até os próprios ministros poderão alegar hipossuficiência para desfrutar do supremocare.

5. CONCLUSÃO

O STF parece seguir parcialmente os parâmetros estabelecidos no precedente da STA 175, pois, se há uma convergência acerca da subsidiariedade do fornecimento de medicamentos de alto custo, não fica claro se o fornecimento depende da condição financeira do paciente ou de sua família ou, até mesmo, se o critério é irrelevante. Enquanto Marco Aurélio identifica apenas dois critérios (indispensabilidade do fármaco ou tratamento e incapacidade financeira), Barroso e Fachin apresentam refinados critérios técnicos diversos, que não se correlacionam, e que não problematizam o deferimento de cautelares, tal como previsto na STA 175.

Com todo o exposto, podemos concluir que não há entre os votos apresentados uma interação acerca de seus fundamentos, mas uma veiculação particular de cada ministro sobre o tema, principalmente acerca dos parâmetros concretos a serem observados. Os votos, especialmente, no que concerne os problemas estruturais administrativos da assistência farmacológica e à tese da judicialização pelas elites identificados pela literatura, parecem desconsiderar quais são, efetivamente, as questões centrais a serem solucionadas. Tal perspectiva pode ser explicada pela noção de saúde adotada pela corte, inspirada na ideia de resgate. Ademais, os ministros deram pouca atenção ao precedente formado pela STA 175, uma vez que nos casos progênicos, eles não voltaram aos seus fundamentos e às discussões acerca dos parâmetros lá fixados, relegando aquela decisão a notas marginais. Desse modo, entende-se que os votos até agora apresentados não são consistentes em suas conclusões quanto aos parâmetros, o que afetará a formulação de uma tese final decorrente da Repercussão Geral. Portanto, essa característica decisória da corte, muito provavelmente, inviabilizará toda e qualquer tentativa de racionalizar os critérios de judicialização de medicamentos.

Sob pena de cometer uma impropriedade acadêmica, ao me aventurar em um exercício banal de futurologia, suspeito que a tese a ser confeccionada pelo STF será tão abstrata e genérica, que ela se assemelhará ao inicialmente estipulado pela corte em 2010 na STA 175, em razão da necessidade de o texto ser acolhido por uma maioria de ministros ciosa de seus posicionamentos particulares sobre os parâmetros. Prosseguindo no exercício, em razão da incapacidade da tese genérica e abstrata de oferecer balizas seguras à Corte e da interpretação sobre saúde

⁵⁰ Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), 2021.

influenciada pelo princípio do resgate, seus critérios operativos serão excepcionados pelo STF e pelo judiciário, o que forçará que o tema volte às barras da Suprema Corte num futuro próximo. Espero estar errado em minha aventura preditiva⁵¹.

Por fim, conclui-se que o SUS nunca terá condições de oferecer uma cobertura universal, enquanto política pública igualitária, tendo em vista que o fornecimento de medicamentos de alto custo dependerá, sempre, de critérios pessoais dos demandantes (seja a sua incapacidade financeira, seja porque seu organismo não se adequa aos medicamentos fornecidos).

REFERÊNCIAS

ACCA, Thiago dos Santos. *Teoria brasileira dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ALBUQUERQUE, Aline; EVANS Dabney. Direito à saúde no Brasil: Um estudo sobre o sistema de apresentação de relatórios para os comitês de monitoramento de tratados. *Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos*. Vol. 9, n. 17, Jan, 2012, p. 121-147.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 875-903.

⁵¹ As investigações jurisprudenciais para esse artigo foram concluídas em meados de 2022, pouco antes de a corte afetar, em setembro daquele ano, ao Plenário o tema 1.234 em RG, que dispunha sobre a legitimidade da União e a competência da Justiça Federal nas demandas que versavam sobre fornecimento de medicamentos registrados na ANVISA, mas fora das listas do SUS. Por essa razão, os desdobramentos do caso não foram estudados com a profundidade merecida. Entretanto, vale a pena destacar que, em decisão de 11 de abril de 2023, o Ministro Gilmar Mendes, reconhecendo que a operacionalização das teses 500 e 793 não foi exitosa e que havia “instabilidade processual” no âmbito da própria corte, determinou a suspensão nacional de todos os recursos especiais e extraordinários em tramitação sobre a matéria. Pouco tempo depois, em face de decisão do STJ tomada no IAC nº 14 que se contrapunha aos parcos consensos do STF sobre o tema, a Corte Supremo decidiu, no dia 19 de abril de 2023, criar uma tese provisória em Repercussão Geral, cujo conteúdo não tem como ser transcrito ou esmiuçado com a cautela devida neste momento, mas que, em síntese, evidencia todos os problemas indicados pelo artigo, como a falta de clareza na definição dos critérios e as divergências intestinas entre os Ministros.

BIEHL, João. Patient-Citizen-Consumers: Judicialization of Health And Metamorphosis of Biopolitics. *Lua Nova*, São Paulo , n. 98, p. 77-105, Aug. 2016.

BORUCHOVITCH, Evely; MEDNICK, Birgitte R.. The meaning of health and illness: some considerations for health psychology. *Psico-USF*, v. 7, n. 2, p. 175-183, 2002.

BOY, R. T. B. ; SCHWARTZ, I. V. D. ; Leivas, P. G. C. ; BRAZ, M, ; SARTORI JUNIOR, D.; CORRÊA, B. ; MIRANDA, A. B. B. . Judicialização da saúde e assistência farmacêutica a doenças raras: o exemplo da mucopolissacaridose tipo I no Brasil. *Revista da Ajuris*, v. 40, n, 131, p. 271-283, 2013.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Relação Nacional de Medicamentos Essenciais*. 9. ed. rev. e atual. Brasília: Ministério da Saúde, 2015.

BRETAS, Janáina; JUNIOR, Silvio Ferreira; RIANI, Juliana Lucena Ruas. Incorporação de tecnologias no SUS e possíveis relações com a judicialização da saúde. *RAHIS-Revista de Administração Hospitalar e Inovação em Saúde*, v. 18, n. 1, p. 30-43, 2021.

CATANHEIDE, Izamara Damasceno; LISBOA, Erick Soares; SOUZA, Luis Eugenio Portela Fernandes de. Características da judicialização do acesso a medicamentos no Brasil: uma revisão sistemática. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 26, p. 1335-1356, 2016.

CAMPOS NETO, Orozimbo Henriques et al. Médicos, advogados e indústria farmacêutica na judicialização da saúde em Minas Gerais, Brasil. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 46, n. 5, p. 784-790, 2012.

CARNEIRO, Alexandre Mansue Ferreira; BLIACHERIENE, Ana Carla. Perfil processual das ações judiciais para assistência a saúde no estado do Pará. *PIDCC: Revista em propriedade intelectual direito contemporâneo*, v. 11, n. 2, p. 223-233, 2017.

CEDESC, Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *Observación general n. 14*, 2000. Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponível em: <www.un.org>. Acesso em: 23 Mar. 2022.

CELLARD, A. A análise documental. In: POUPART, J. et AL (orgs.). *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 296-297

COSTA, Adriana do Lago Alves; PITTA, Ana Maria Fernandes; RAMOS, Edith Maria Barbosa. Investigação sob a ótica da judicialização da saúde sobre unidade de terapia intensiva no Município de São Luís/MA. *Revista de Direito Sanitário*, v. 20, n. 2, p. 69-89, 2020.

CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida; FARRANHA, Ana Cláudia. Judicialização da Saúde no Brasil:: categorização das fases decisórias a partir do Supremo Tribunal Federal e os impactos no Sistema Único de Saúde. *Public Sciences & Policies*, v. 7, n. 1, p. 15-35, 2021.

DINIZ, Debora; MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho; PENALVA, Janaina. A judicialização da saúde no Distrito Federal, Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 19, p. 591-598, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue: The theory and practice of equality*. Harvard university press, 2002.

FALLON JR, Richard H.. *The Nature of Constitutional Rights*. Cambridge University Press: Cambridge, 2019.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 52, no. 1, 2009, p. 223-251.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. *Texas Law Review*, Austin, v. 89, n. 1643, 2011. p. 1643-1668.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. *Revista Direito GV*, v. 15, 2019, p. 01-39.

FERREIRA, Gabriela de Cássia Moreira Abreu. *Parâmetros para justiciabilidade do direito social à saúde: o caso do estado do Pará*. 2012. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará



FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 14 ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

FIGUEIREDO, Tatiana Aragão; PEPE, Vera Lúcia Edais; OSORIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa. Um enfoque sanitário sobre a demanda judicial de medicamentos. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 101-118, 2010.

FREITAS, Beatriz Cristina de; FONSECA, Emílio Prado da; QUELUZ, Dagmar de Paula. A Judicialização da saúde nos sistemas público e privado de saúde: uma revisão sistemática. *Interface-Comunicação, Saúde, Educação*, v. 24, 2020.

GOMES, Fernanda de Freitas Castro et al. Acesso aos procedimentos de média e alta complexidade no Sistema Único de Saúde: uma questão de judicialização. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 30, n. 1, p. 31-43, 2014.

GROSS, Aeyal M.. The Right to Health in an Era of Privatisation and Globalisation: National and International Perspectives. Daphne Barak-Erez and Aeyal M. Gross (eds), *Exploring Social Rights: Between Theory and Practice*. Oxford: Hart Publishing Ltd , 2007, p. 289-340.

HOFFMANN, Florian F.; BENTES, Fernando. Accountability for Social and Economic Rights in Brazil. In: GAURI, Varun; BRINKS, Daniel K.. (Org.). *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 100-146.

HUNT P; KHOSLA R. The human right to medicines. *Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos*. 2008, Vol. 5, nº 08, p. 99–115.

IBGE, Coordenação de Trabalho e Rendimento. *Pesquisa nacional de saúde 2019: informações sobre domicílios, acesso e utilização dos serviços de*. Rio de Janeiro: IBGE, 2020.

IBGE. *Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2017*. Ed. n.37. Rio de Janeiro: IBGE - Coordenação de População e Indicadores Sociais, 2017.

INATOMI, Celly Cook. *As análises políticas sobre o poder judiciário: lições da ciência política norte-americana*. São Paulo: Editora Unicamp, 2020.

LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade de expressão religiosa e discurso de ódio contrarreligioso: a decisão do STF no RHC 134.682. *Rev. Electronica Direito Sociedade*, v. 7, p. 227, 2019.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. O direito fundamental à saúde segundo o STF. SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo W. *Direitos fundamentais no STF: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MACEDO, Eloisa Israel de; LOPES, Luciane Cruz; BARBERATO-FILHO, Silvio. Análise técnica para a tomada de decisão do fornecimento de medicamentos pela via judicial. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 45, n. 4, p. 706-713, 2011.

MEDEIROS M, DINIZ D, SCHWARTZ IV. The thesis of judicialization of health care by the elites: medication for mucopolysaccharidosis. *Ciência & Saúde Coletiva*, 2013; Vol. 18, nº 4, p. 1089-1098.

MOURA, Tatiana Whately *et al.* *Mapa da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: ANADEP: Ipea, 2013.

OLIVEIRA, Yonara Monique da Costa *et al.* Judicialização no acesso a medicamentos: análise das demandas judiciais no Estado do Rio Grande do Norte, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 37, n. 01, 2021, p. 01-14.

PANDOLFO, Mércia; DELDUQUE, Maria Célia; AMARAL, Rita Goreti. Aspectos jurídicos e sanitários condicionantes para o uso da via judicial no acesso aos medicamentos no Brasil. *Revista de Salud Pública*, Bogotá, v. 14, n. 2, p. 340-349, 2012.

PASSOS, Daniela Veloso; GOMES, Valéria Bastos. A judicialização da saúde e as políticas públicas para fornecimento de medicamentos: uma análise a partir das decisões TRF da 5ª Região. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 4, n. 3, 2017, p. 98-110.

PEPE VL, VENTURA M, SANT'ANA JM, FIGUEIREDO TA, SOUZA VDOS R, SIMAS L, OSORIO-DE-CASTRO CG. Characterization of lawsuits for the supply of "essential" medicines in the State of Rio de Janeiro, Brazil. *Cadernos de Saúde Pública*. 2010, vol. 26, nº 03, p. 461-476.



PRADO, Mariana Mota. The Debatable Role of Courts in Brazil's Health Care System: Does Litigation Harm or Help? *Journal of Law, Medicine and Ethics*, Vol. 41, n.1 2013, pp. 124-137.

RIBEIRO, Leandro Molhano; HARTMANN, Ivar Alberto. Judicialization of the right to health and institutional changes in Brazil. *Revista de Investigaciones Constitucionais*, Curitiba, vol.3, n. 3, p. 35-52, set./dez. 2016.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. São Paulo: Editora FGV, 2013.

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Orgs.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 553-586.

SANTOS, Lenir. Judicialização da saúde: as teses do STF. *Saúde em Debate*, v. 45, p. 807-818, 2021.

SEGAL, J.; SPAETH, H. *Majority Rule or Minority Will: Adherence to Precedent on the U.S. Supreme Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. *Revista de Saúde Pública*, Vol. 31, nº 5, p. 538-542, 1997.

SILVA, Virgílio Afonso da. 'Um Voto Qualquer'? O papel do ministro relator na deliberação no Supremo Tribunal Federal. *Revista Estudos Institucionais*, v. 1, p. 180-200, 2015.

SILVA, Virgilio Afonso; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Claiming the right to health in Brazilian courts: The exclusion of the already excluded?. *Law & Social Inquiry*, v. 36, n. 4, p. 825-853, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (Orgs.). *Direitos Sociais: Fundamentos*,

Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 515-551.

SUNDFELD, Carlos Ari; PINTO, Henrique Motta. Três desafios para melhorar a jurisdição constitucional brasileira. *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012.

TREVISAN, Luciano Manguiera et al. Access to treatment for phenylketonuria by judicial means in Rio Grande do Sul, Brazil. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 5, p.1607-1616, 2015.

VASCONCELOS, Natalia Pires. Solução do problema ou problema da Solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. *REI-Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 1, p. 83-108, 2020.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. *Direito à Saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Rio de Janeiro, 2020.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007.

WANG, D. W. L.; FERRAZ, Octávio Motta. Reaching Out to the Needy? Access to Justice and Public Attorneys? Role in Right to Health Litigation in the City of São Paulo. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 10, p. 158, 2014.

WANG, D. W. L. . *Can Litigation Promote Fairness in Healthcare? The Judicial Review of Rationing Decisions in Brazil and England* [tese de doutorado]. London: London School of Economics; 2013.