

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNDB  
CURSO DE DIREITO

**MATHEUS MOTA DE SOUSA**

**DIREITO À SAÚDE E DECISÕES ESTRUTURANTES NA JURISDIÇÃO  
BRASILEIRA: o caso do fornecimento de fármacos de alto custo.**

São Luís- MA

2021

**MATHEUS MOTA DE SOUSA**

**DIREITO À SAÚDE E DECISÕES ESTRUTURANTES NA JURISDIÇÃO**

**BRASILEIRA:** o caso do fornecimento de fármacos de alto custo.

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário UNDB como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

**Orientadora: Prof. Me. Manuela Ithamar Lima**

São Luís- MA

2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
Centro Universitário – UNDB / Biblioteca

Sousa, Matheus Mota de

Direito à saúde e decisões estruturantes na jurisdição brasileira: o caso do fornecimento de fármacos de alto custo. / Matheus Mota de Sousa. \_\_ São Luís, 2021.

71 f.

Orientador: Prof. Me. Manuela Ithamar Lima

Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito – Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, 2021.

1. Direito à saúde. 2. Decisões estruturantes. 3. Jurisdição brasileira. 4. Medicamentos de alto custo. I. Título.

CDU 340:614(81)

**MATHEUS MOTA DE SOUSA**

**DIREITO À SAÚDE E DECISÕES ESTRUTURANTES NA JURISDIÇÃO**

**BRASILEIRA:** o caso do fornecimento de fármacos de alto custo.

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário UNDB como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em: 18/06/2021

BANCA EXAMINADORA

---

**Prof. Me. Manuela Ithamar Lima (Orientadora)**

Centro Universitário UNDB

---

**Prof. Esp. Alexandre de Sousa Ferreira**

Centro Universitário UNDB

---

**Prof. Dr. Igor Martins Coelho Almeida**

Centro Universitário UNDB

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente gostaria de agradecer a Deus por me ajudar a chegar até este momento e não me deixar desistir nos momentos mais sombrios que passei durante toda a minha jornada. Agradeço também a minha avó e Mãe, Maria de Lourdes Marques, que sempre fez de tudo para que eu tivesse uma boa educação e para isso acabou sacrificando muita das coisas que ela gostaria a si mesmo apenas para me priorizar, assim se não fosse ela eu não seria a pessoa que sou hoje, e nem teria conseguido adentrar no Ensino Superior.

Uma outra pessoa de grande importância para mim e que também considero como uma mãe é minha tia Maria Francisca que sempre foi uma verdadeira confidente sempre me dando conselhos e me tratando como um filho e tornando minha vida muito mais alegre mesmo morando longe de mim.

A toda a minha família que mesmo nos momentos de desavenças sempre torceram pela a minha jornada e meu sucesso. E aqui me refiro às minhas tias, minha mãe, Francisca Everlanda, que mesmo não tendo tanto contato presencial sempre se mostrou contente com o que faço e também ao meu gato, Oliver, que nunca me abandonou, sempre estando ao meu lado nos momentos mais difíceis sem exigir nada por isso, obrigado por tudo mesmo.

Também gostaria de agradecer a todos os meus amigos de longa data, Pablo Pierre, Valeria Raquel, Evelyn Moreno, Adriana Almeida, Felipe Araújo, que observaram todo o meu processo não só do amadurecimento, como também da vida. Em especial gostaria de demonstrar minha eterna gratidão aos meus amigos que conheci durante meu tempo na faculdade, Abraão Medeiros e principalmente minha amiga para todas as horas, Juliana Letícia, que essa sim me suportou em todos os momentos desta jornada que não foi fácil, obrigado mesmo, por tudo.

Faço também um agradecimento especial à minha orientadora Manuela Ithamar Lima que me ajudou de tantas formas possíveis que acho que nem ela mesmo imaginava, muito obrigado pela paciência e por aceitar este desafio.

Por fim, agradeço a todos os professores que passaram pela minha jornada na UNDB, e também a todas as pessoas que mesmo indiretamente auxiliaram nesta fase da minha vida. E mais importante, faço um agradecimento especial a mim mesmo, pois sei que não foi fácil chegar até aqui.

Novamente a todos os citados o meu muito obrigado.

“A justiça não consiste em ser neutro entre o certo e o errado, mas em descobrir o certo e sustentá-lo, onde quer que ele se encontre, contra o errado”.

[...]

“É muito melhor arriscar coisas grandiosas, alcançar triunfos e glórias, mesmo expondo-se a derrota, do que formar fila com os pobres de espírito que nem gozam muito nem sofrem muito, porque vivem nessa penumbra cinzenta que não conhece vitória nem derrota.” (Theodore Roosevelt, 1899).

## RESUMO

O presente trabalho buscará, primeiramente desenvolver o estudo a respeito dos Direitos Fundamentais, mais precisamente do Direito à Saúde à luz da Constituição Federal vigente de 1998, determinando não só os seus titulares e destinatários como também a possibilidade de limitação pelo próprio poder judiciário, órgão este que passou por diversas transformações no decorrer da era republica, passando a ser mais atuante para fazer valer as garantias fundamentais devido a inércia do poder público, gerando por consequência discussão doutrinária a respeito dos limites da interferência de um poder em outro e para compreender este ponto será realizado um apanhamento doutrinário a respeito do ativismo judicial e da judicialização do Direito, para que assim possa entrar na temática principal do estudo que é o das medidas estruturantes e sua relação para com o Direito à Saúde no Brasil no tocante ao RE 566.471 referente ao custeio de medicamentos de alto custo, e aqui será feito um estudo da origem destas medidas, a viabilidade de inserção no ordenamento e uma análise da política de medicamentos essenciais conhecida por RENAME, disponibilizada pelo Sistema Único de Saúde, e a possível extensão desta disponibilização para aqueles fora desta lista. A par de todo o exposto, o questionamento que fica é se o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE 566.471 seria uma espécie de medida estruturante visando a efetivação no acesso à Saúde. Referente a metodologia, fora utilizada para toda a fundamentação, artigos científicos, doutrina especializada e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

**Palavras chave: Direitos à Saúde; Constituição Federal; Ativismo; Judicialização; Medicamentos de alto custo; Medidas Estruturantes.**

## ABSTRACT

The present work will seek, firstly, to develop the study on Fundamental Rights, more precisely on the Right to Health in the light of the Federal Constitution in force in 1998, determining not only its holders and recipients, but also the possibility of limitation by the judiciary, the body this one that went through several transformations during the republican era, becoming more active to assert the fundamental guarantees due to the inherence of the public power, generating consequently doctrinal discussion about the limits of the interference of one power in another and to understand this. At this point, a doctrinal survey will be carried out regarding judicial activism and the judicialization of law, so that it can enter into the main theme of the study, which is the structuring measures and their relationship to the Right to Health in Brazil with regard to RE 566,471 referring to costing of high-cost drugs, and here a study will be made of the origins of these measures, the feasibility of inclusion in the organization and an analysis of the policy of essential medicines known as RENAME, made available by the Unified Health System, and the possible extension of this availability to those outside this list. In addition to all the above, the question remains whether Minister Luis Roberto Barroso's vote in RE 566.471 would be a kind of structuring measure aimed at achieving effective access to Health. Regarding the methodology, it had been used for all the justification, scientific articles, specialized doctrine and jurisprudence of the Federal Supreme Court.

**Keywords: Right to health; Federal Constitution; Activism; Judicialization; High cost drugs; Structural reforms.**



## LISTA DE ABREVIATURAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
<i>apud.</i>	Citado por
Art.	Artigo
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DJe.	Diário da Justiça Eletrônico
Ed.	Edição
<i>et al</i>	E outros
IBOPE	Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística
Me.	Mestre
OMS	Organização Mundial da Saúde
Nº	Número
p.	Página
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
RENAME	Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
PE	Pernambuco
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
v./vol.	Volume

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 SAÚDE: UM DIREITO FUNDAMENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO	13
2.1 O Direito social à Saúde: sua fundamentalidade pós Constituição Federal de 1988.	13
2.2 Titulares e destinatários do Direito à Saúde: A possibilidade de limitação do direito fundamental social.	19
2.2.1 A possibilidade de limitação do Direito Fundamental Social à Saúde.	22
2.3 Direito à Saúde: A importância do Sistema Único de Saúde (SUS).	25
3 PODER JUDICIÁRIO: MEDIDAS ESTRUTURANTES E SUA RELAÇÃO COM A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	30
3.1 Da expansão e importância do judiciário no decorrer da era republicana	30
3.2 Judicialização, ativismo e decisões estruturantes: conceitos que se entrelaçam.	35
3.3 Historicidade das Medidas Estruturantes: Noções e características deste modelo de decisão.	40
4 DECISÕES ESTRUTURANTES E O FORNECIMENTO DE FÁRMACOS DE ALTO CUSTO: LIMITES E POSSIBILIDADES NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.	45
4.1. Decisões estruturantes: Possibilidade jurídica e aparições na jurisdição constitucional brasileira.	45
4.2 Tutela jurisdicional em matéria de fornecimento de medicamentos no STF: A responsabilidade dos entes federados frente a estas demandas.	52
4.3 Medicamentos de alto custo no RE 566.471: um caminho para o processo estrutural no Brasil?	57
5 CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS	66

## 1 INTRODUÇÃO

Os Direitos Fundamentais dispostos na Constituição Federal de 1988, estão presentes, para dentre outras coisas, resguardar a dignidade da pessoa humana e o próprio Direito à Vida, e são resultado de anos de luta para sua efetivação. Dentre os protegidos no texto constitucional têm-se o Direito à Saúde, que deveria ser um dos principais direitos por parte daquele que possui o dever de promovê-lo, que é o Estado, haja vista a tudo que esta garantia afeta, que vai desde ao aspecto econômico, pois uma sociedade doente não produz como poderia levando assim a uma baixa na produtividade e por consequência uma queda econômica, ao aspecto do Direito à Vida.

Se for observar no texto legal a parte destinada ao Direito à Saúde, que para caso de dúvida, está positivado tanto no artigo 6º como também no artigo 196º da Constituição Federal, nestes artigos entende-se que a Saúde faz parte do rol de Direitos Sociais e ainda que é atribuído para o Estado o dever de promover a prestação da saúde para todos, mediante políticas públicas. O Estado citado aqui é definido pelo artigo 23º, também do texto constitucional, como sendo a representação da União, dos Estados membros, Municípios e Distrito Federal, com o dever de competência comum.

O entendimento prévio que pode ser retirado até o momento é que, para efeito da proteção o papel da Constituição está cumprido e por consequência no plano real de promoção e efetivação também está, contudo, é até difícil de imaginar que alguém tenha esta conclusão, pois basta ligarmos os noticiários para seja possível visualizar algum problema envolvendo o tema da Saúde, que vai desde aos casos de corrupção praticada por autoridades, tanto do serviço público, como da área política, até a falta de leitos por conta da superlotação em decorrência do agravamento da COVID-19 pelo descaso do Executivo.

O que se percebe com os inúmeros casos envolvendo violações ao direito à saúde é que discussões científicas em relação a este tema é o que não falta, contudo, o que também chama a atenção é o inúmeros casos que chegam ao Poder judiciário envolvendo o tratamento de pessoas com medicamentos de alto custo não disponíveis na tabela determinada pelo Sistema Único de Saúde como aqueles que podem ser custeados pelo Estado, sendo que em muitos destes casos são de pessoas em situação financeiras impossibilitadas de realizar este custeio por conta própria.

A base de conhecimento, inúmeros são casos que chegaram não só STF como também nas comarcas menores e tribunais nesta temática, visto que, conforme divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (2019) restou constatado que o número de demandas judiciais

relativas à saúde registrou um aumento de 130% e que temas como fornecimento de medicamentos de alto custo para tratamento de doenças são as mais frequentes no sistema público, uma vez que das 10 mil demandas em andamento, sem que se conte estados e municípios, 70% pedem o fornecimento de medicamentos de alto custo sejam custeados pelo Estado.

Foi a partir de um destes casos, em que foi determinado o fornecimento ininterrupto de medicamentos de alto custo, que levou o Estado do Rio Grande do Norte a impetrar o Recurso extraordinário 566.471 (ainda não finalizado), por não concordar com a decisão de custeio de um medicamento custoso e que teve no voto do Ministro Barroso uma possível solução para o litígio que se estende desde 2007, juntamente com o fato de que o judiciário está a ponto de entrar em colapso devido aos inúmeros casos que chegam a todo momento para serem analisados, principalmente relativos a saúde e os medicamentos de alto custo que se mostrou deveras necessário a busca por um modo de “desafogar” este órgão e decisões mais efetivas que realmente assegurem a prestação de Direitos e garantias fundamentais. Neste ponto as chamadas medidas estruturantes surgem como uma possível solução para o problema, que possui outros títulos a depender da doutrina utilizada como “modelo estruturante, decisão estruturante, processo estrutural”.

A temática das medidas estruturantes é algo de não tanto conhecimento geral, mas não é no exterior, principalmente no Estado Unidos onde teve origem, como confirma Marco Jobim (2013) pois suas raízes são dos anos 50 e 60 em um caso de extrema importância para o país o “*Brown versus Board of Education*”, o presente modelo, segundo o citado autor, tem como sua base conferir significado concreto juntamente da aplicação dos preceitos e valores presentes na Constituição, ou seja, busca solucionar litígios que venham a impedir que direitos fundamentais sejam efetivados, seu intuito é o de fornecer concretude a um direito essencial e neste ponto que a discussão se mostra pertinente dado que pode vir a mudar o modo como as decisões judiciais são tratadas em casos da mesma temática.

É com base nos pontos já relatados e mencionados acima é que o questionamento principal deste trabalho surgiu, uma vez que resta dúvida em relação ao voto do Ministro Luis Roberto Barroso ser uma possível porta de entrada para as medidas estruturantes no ordenamento jurídico brasileiro. E assim questiona-se: O voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE 566.471 possibilitando a obrigação de o Estado em custear tratamento à base de medicamentos de alto, em excepcionais situações, seria uma espécie de decisão estruturante visando o acesso ao Direito à Saúde?

Todavia para chegar neste ponto, primeiramente será necessário explicar o Direito

Fundamental à Saúde no que diz respeito aos seus titulares, destinatários, e restrições, bem como a importância do Sistema Único de Saúde, logo após partindo para compreender a respeito da origem e do intuito das medidas estruturantes, além de sua relação para com a judicialização e o ativismo judicial da saúde, para que só assim seja capaz de demonstrar se é possível no ordenamento jurídico brasileiro a relação entre as medidas estruturantes e as hipóteses do RE 566.471, e se este caso seria um possível caminho para o processo estrutural. Portanto, o objetivo principal de toda a monografia é o de analisar o instituto das medidas/decisões estruturais e se estas já estão presentes ou se podem adentrar em nosso ordenamento jurídico principalmente no que tange aos os tratamentos via medicamento de alto custo não almejado pelo SUS como o do RE 566.471.

Assim o tema deste trabalho terá sua importância por estar diretamente relacionado ao direito fundamental Saúde, garantia esta que como já mencionado é ligada ao Direito à vida e também ao da dignidade da pessoa humana, principal princípio ligado aos Direitos Humanos, uma vez que visa a preservação da vida, e como foi possível analisar as demandas judiciais envolvendo esta temática continuam em alta principalmente no tocante a pedidos para obrigar o Estado a arcar com o custeio de tratamento à base de fármacos de alto custo, algo que dependendo da decisão pode impactar diferentes áreas, tanto das contas públicas como da efetivação das próprias garantias constitucionais.

O tema proposto foi escolhido para ser desenvolvido e discutido por se tratar de um direito fundamental que necessita de uma maior atenção, e como o mesmo ainda se encontra cada vez mais em discussão no judiciário se mostra necessário uma análise mais aprofundada principalmente com relação aos tratamentos custosos, visto que, o que se está em discussão aqui é a efetivação ou não de uma garantia primordial a vida e sua relação com a obrigação estatal. Juntamente desse primeiro ponto está a possível relação para com as medidas estruturantes, algo que pode vir a ajudar na concretização de preceitos fundamentais e por este motivo merece uma grande atenção dado que é uma medida que pode vir a ser deveras útil para o modo de decidir do ordenamento jurídico brasileiro.

Referente a metodologia empregada no presente trabalho, fora utilizada a bibliográfica e documental, usando-se de pesquisas em livros, artigos e jurisprudências para a discussão do tema proposto e do subtema. No que se refere aos objetivos, foi utilizado o método exploratório e descritivo e o método de abordagem utilizado nesta pesquisa foi o hipotético-dedutivo para que no final o leitor possa compreender a respeito do Direito à Saúde juntamente da possível utilização das decisões estruturantes no ordenamento jurídico brasileiro e sua possível relação para com a judicialização e ativismo judicial.

## **2 SAÚDE: UM DIREITO FUNDAMENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO**

A prestação efetiva do Direito Fundamental à Saúde deveria ser um dos principais objetivos buscados pela República Federativa do Brasil, haja vista que uma sociedade saudável é o pressuposto indispensável para manutenção da vida e até mesmo da economia, contudo conforme será observado no decorrer deste capítulo este é um dos temas mais debatidos juridicamente no País atualmente, principalmente devido a pandemia provocada pela COVID-19 que fez crescer ainda mais as demandas, mostrando assim que algo está errado na prestação deste direito constitucional.

Percebendo a importância do Direito à Saúde será discutido neste capítulo a fundamentalidade trazida pela Constituição Federal de 1998, devendo preliminarmente saber o que é o direito à saúde, mas não só isso, é de suma importância saber quem serão as pessoas que poderão usufruir, aqueles que terão legitimidade para adentrar em juízo e pleitear a concessão desta garantia uma vez omissa. E é a partir deste ponto com a remessa de casos ao judiciário, que irá ser discutido a possibilidade da restrição à saúde mediante a reserva possível, algo visto para alguns como inconstitucional já que estamos tratando do direito à vida, e a análise deste ponto terá seu impacto quando se for tratar a respeito dos medicamentos de alto custo.

### **2.1 O Direito social à Saúde: sua fundamentalidade pós Constituição Federal de 1988.**

Preliminarmente antes de adentrar especificamente no direito à Saúde e a fundamentalidade do mesmo na Constituição Federal de 1988, é de suma importância informar que há uma discussão doutrinária no que diz respeito a terminologia correta a ser utilizada uma vez que não é raro observar que são utilizados Direitos Fundamentais e Direitos Humanos como sinônimos, e sobre este ponto Ingo Sarlet (2012, p.249) esclarece que a terminologia "direitos humanos" é algo que possui um significado mais amplo, se trata de algo universal, já "direitos fundamentais" é específico para cada Estado de Direito.

Ou seja, o que se pode retirar de importante das palavras de Ingo Sarlet (2012, p.249) é que a terminologia correta a ser utilizada é a dos "direitos fundamentais" visto que, o que se está a tratar é um direito intrínseco da Constituição brasileira, ou seja, é algo específico da sociedade brasileira. E a partir deste ponto que se iniciaria a destrinchar acerca dos Direitos Fundamentais, contudo, segundo informa Cançado Trindade (1997, p. 390) existe ainda na

doutrina brasileira de Direito Constitucional certa divergência a respeito da nomenclatura correta a ser utilizada, “dimensões” ou “gerações”, quanto se vai tratar de suas classificações.

Paulo Bonavides (2006, p.563), por exemplo, quando vai tratar sobre este ponto faz referência expressa ao termo gerações dos direitos fundamentais. Nas palavras do autor “os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e quantitativo”. Porém o que se analisa na doutrina majoritária é o entendimento pelo uso do termo “dimensões”, e o próprio Paulo Bonavides (2006, p.571), no desenrolar de seus entendimentos acaba por reconhecer a proeminência científica do termo “dimensões” em face de “gerações”, quando discorre, com suas próprias palavras que quando se usa gerações pode induzir que existe uma sucessão através do tempo e assim a caducidade e substituição dos Direitos Fundamentais, o que não é verdade.

Já Alexandre de Moraes (2016, p. 190), ao contrário de Bonavides quando discorre acerca dos Direitos Fundamentais no Brasil, subdivide em dimensões, sendo elas três. Os direitos de primeira dimensão, (direitos civis e políticos) segundo Moraes, compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais, já referente aos direitos de segunda dimensão (direitos econômicos, sociais e culturais), onde está incluído o direito à saúde, o autor informa que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas e, por último, se tem os direitos de terceira dimensão, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais.

É visto acima que a garantia a saúde é entendida enquanto liberdade positiva, e resta a dúvida do que de fato seria este tipo de liberdade associada aos direitos sociais e José Afonso da Silva (2005, p.286) entende que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais, portanto quando falamos de direitos sociais entende-se que cabe ao Estado o dever de garantir a melhoria das condições de vida, que no direito à saúde devem ser realizadas mediante políticas públicas.

Quando se busca a respeito de quais eram as constituições no mundo que já tratavam o direito à saúde enquanto um direito fundamental, antes do Brasil, José Afonso da Silva (2005, p.287) entende que foi a Constituição Italiana de 1947 em seu artigo 32 a primeira a reconhecer a saúde como fundamental direito do indivíduo e interesse da coletividade. Depois dela, segundo o referido autor, foi a Constituição Portuguesa de 1976 no seu artigo 64 que lhe deu uma formulação universal mais precisa. O importante em ambas é que essas constituições

relacionavam esta garantia enquanto de seguridade nacional.

A organização Mundial da Saúde (OMS), por sua vez, no preâmbulo de sua Constituição de 1946, buscou por dispor a sua conceituação acerca do Direito à Saúde como um direito que vai além da simples enfermidade, em seu texto restou definido que a "Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença". No tocante a este ponto do texto constitucional entendendo que a saúde não era apenas ausência de doença, com base entendimento de Leny Pereira da Silva (2010, p.11), mostra que a OMS trouxe então o reconhecimento da essencialidade do equilíbrio interno e do homem com o ambiente (bem-estar físico, mental e social) para a conceituação da saúde, ou seja, não limitando a conceituação a um ponto em específico.

O Direito à Saúde também é compreendido enquanto um direito humano, pelo Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil em 1992, que na observação geral n.14, de 2000, definiu a Saúde enquanto um direito humano fundamental e indispensável para o exercício dos demais direitos humanos e que a efetividade do direito à saúde poderia ser alcançada mediante numerosos procedimentos complementares, como a formulação de políticas em matéria de saúde. Este também é o entendimento da OMS anteriormente citada, pois, segundo este órgão, o gozo do grau máximo de saúde que se possa alcançar é um dos direitos fundamentais de todo ser humano sem distinção de raça, religião, ideologia política ou condição econômica ou social (LAMY; ROLDAN, HAHN, 2018 *apud* OMS, 2014).

Trazendo para o aspecto nacional, José Afonso da Silva (2005, p.308) informa que o tema relativo à saúde não era de todo estranho da ordem Constitucional anterior, que dava competência à União para legislar sobre defesa e proteção à saúde, mas isso, elucida o referido autor, era no sentido de organização administrativa de combate às endemias e epidemias, agora, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 trata-se de um direito do homem. Portanto, o que se analisa com base nas informações trazidas por José Afonso a devida importância constitucional de fundamentalidade da saúde só veio recentemente, com a promulgação da carta constitucional de 1988.

O Direito à Saúde, é entendido enquanto um direito social devido ao artigo 6º da Constituição Federal de 1988, que dentre aqueles elencados está a saúde. Sobre o entendimento e conceituação do que seriam estes direitos sociais, André Ramos Tavares (2012, p.838) defende que são aqueles em que o Poder Público deve atuar de forma positiva, e são conhecidos também como direitos a prestações, ou direitos prestacionais, cabendo assim ao Estado atuar na implementação da igualdade social dos hipossuficientes, mostrando assim a importância



destes direitos uma vez que seu intuito é alcançar a população mais frágil.

A Constituição Federal brasileira de 1988 foi de suma importância para que o Direito à Saúde ganhasse grande avanço em sua importância, pelo menos no texto de Lei. O Ministro Gilmar Mendes (2014, p.627) informa que a Carta Magna de 1988, foi a primeira Constituição brasileira que expressamente consagrou o Direito Fundamental à Saúde, até então os textos constitucionais possuíam apenas disposições esparsas sobre a questão, como a de 1824, que fazia referência à garantia de “socorros públicos”, ou seja, o que se observa é que nas constituições pátrias anteriores a vigente no Brasil este direito era apenas uma garantia implícita não tendo a importância que tem em texto legal na atualidade.

Tratando ainda do Direito a Saúde na ordem jurídico-constitucional brasileira cabe salientar a respeito da dupla fundamentalidade que se revestem os direitos e garantias fundamentais, podendo ser tanto formal como material. Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2014, p.3) ao tratarem a respeito da fundamentalidade material afirmam que encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional que se evidencia, no caso da saúde, por ser o pressuposto da manutenção e gozo da vida e ainda complementam ao informar que a salvaguarda do direito à saúde se dá pela proteção conferida a outros bens fundamentais, ou seja, fica observado que não basta apenas proteger uma garantia pois todos acabam se relacionando, e apresentam zonas de convergência e mesmo de superposição.

Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2014, p.3) ainda discorrem a respeito da fundamentalidade formal e esclarecem, primeiramente, que decorre do direito constitucional positivo, e que quando se coloca no contexto brasileiro se têm o desdobramento em três elementos. a) O primeiro diz respeito ao fato de que como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice do ordenamento jurídico; b) e justamente por estarem nestas condições, qualquer modificação dos preceitos constitucionais encontra limites tanto formais como também materiais, sendo este último ponto representado pelas cláusulas pétreas; c) e por fim que tendo como base o § 1º do artigo 5º da CF, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis, vinculando de forma imediata as entidades estatais e os particulares.

Já dentre os artigos da carta magna de 1988 que tratam a respeito da importância de iniciativa e promoção por parte do Estado deste direito, pode-se observar em seu artigo 194 que a garantia a saúde está incluída enquanto de seguridade social e segundo este artigo este ponto se compreende enquanto “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência

social”. Por sua vez, o artigo 196 da Constituição vigente determina que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos”, sendo este ponto melhor desenvolvido posteriormente.

O texto do artigo 196 continua enfatizando que o indivíduo enquanto detentor deve ter “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. O Estado citado no referido artigo refere-se a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tratando-se de competência comum. Porém dentre as condições para que se tenha a proteção, recuperação e promoção da saúde, outros fatores são importantes, e segundo o artigo 3º da Lei 8080/90 são, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

Sobre o ponto do artigo 196 da CF/88 em que dispõe a imposição ao Estado de políticas públicas que visem ao acesso universal e igualitário, Gilmar Mendes (2014, p.629) traz importante apontamento e evidencia que o constituinte estabeleceu um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde, o que reforça a responsabilidade solidária dos entes da federação. Gilmar Mendes (2014, p.629) informa ainda que a quebra de patente de medicamentos, no Brasil, foi utilizada como forma de concretização de política pública, dando-se maior efetividade ao direito à saúde.

A quebra de patente mencionada por Gilmar Mendes (2014, p.615) acima é referente ao tratamento da AIDS e o Programa Nacional de Doenças Sexualmente Transmissíveis visto que, antes de sua ocorrência, o deferimento de pedidos para a obtenção do “coquetel” para o tratamento da AIDS era extremamente comum no Supremo Tribunal Federal, e os custos com sua compra, elevados, e este ponto se mostra de grande importância uma vez que se assemelha com o estudo principal dos medicamentos de alto custo que será discutido posteriormente.

A respeito dos descasos com a saúde deveras perigoso para toda a sociedade, José Cretella Júnior (2002, p.4331) em sua obra “comentários à Constituição Federal de 1988” expõe importante opinião a respeito desta garantia fundamental, o autor assevera que nenhum bem da vida apresenta tão claramente unidos o interesse individual e o interesse social, como o da saúde. Para Cretella (2002, p.4331) a saúde é pressuposto e condição indispensável de toda atividade econômica e especulativa, de todo prazer material ou intelectual, ou seja, quando a promoção deste direito é ferida devido a desvios toda uma harmonia da sociedade é afetada negativamente chegando na economia do país podendo gerar danos irreparáveis.

Saliente-se ainda, segundo Araújo, Pazinato e Abal (2016, p.16), que a saúde não é passível de prestação pecuniária, mas reveste-se de uma dimensão objetiva e subjetiva. A dimensão subjetiva, para os autores supracitados, diz respeito à própria preservação da saúde e suas qualidades, tratando aqui esta garantia enquanto um direito público subjetivo, tornando o cidadão titular de um direito, mas também dando a ele ou a ela o poder de exigir, do Estado ou do particular, a imediata prestação da saúde quando descumprida, em outras palavras, quando observa-se esta dimensão trata-se da faculdade de um indivíduo, diante de um caso concreto, de exigir uma abstenção ou prestação por parte do Estado.

Em relação a dimensão objetiva do Direito à Saúde, Araújo, Pazinato e Abal (2016, p.16) discorrem que se trata de um complemento da subjetiva, e envolve a definição e execução de políticas públicas dirigidas a atender objetivos sociais, além de que, segundo, Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo (2014, p.8), justifica a imposição de deveres de proteção e promoção da saúde, respaldando assim a extensão da proteção do direito à saúde, em certa medida, ao próprio Sistema Único de Saúde (SUS), que, por sua vez, será objeto de consideração quando se for tratar de sua origem no ordenamento brasileiro, e portanto, tem por foco a concretização dos direitos basilares constitucionais, de modo a exigir do Estado uma atuação positiva.

Foi possível visualizar até então que dentre as Garantias Fundamentais, o direito social à Saúde, um dos bens intangíveis mais preciosos do ser humano, aparece como sendo um dos mais debatidos, principalmente no judiciário, que em muitos casos são a respeito de descasos do poder público, podendo ir desde a prática de corrupção por parte dos servidores do próprio Estado quando desviam insumos deixando a sociedade em precariedade, a casos em que o indivíduo precisa de auxílio do poder público para custear tratamentos e medicamentos devido a sua condição financeira para custeio, e estas situações surgem a todo momento nos noticiários.

No mais o que se percebe conforme o que foi discutido e analisado é que de fato o Direito a Saúde é um dos, se não o mais importante Direito Fundamental presente na Constituição Federal de 1988, contudo resta nítido que o mesmo só tem esta importância no texto da lei Maior, visto que o que mais se pode observar é o descaso com a efetivação a população principalmente no tangente aos mais pobres. Outro ponto que restou claro é o fato de que esta fundamentalidade só adveio a partir da constituição vigente, uma vez que antes, a saúde era até mesmo citada, contudo no aspecto administrativo e não um direito intrínseco do ser humano.

## **2.2 Titulares e destinatários do Direito à Saúde: A possibilidade de limitação do direito fundamental social.**

Adentrando no ponto referente a titularidade do direito fundamental à saúde, cabe logo de início salientar que a universalidade da garantia a saúde está presente no caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, onde determina que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Corroborando com este artigo temos outro artigo, o 203 da mesma carta constitucional onde dispõe que “a assistência social será prestada a quem dela necessitar”.

É ainda notável que no artigo 196 da Constituição Federal de 1988 anteriormente citado é claro ao determinar que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, atribuindo assim a titularidade do direito à saúde a toda e qualquer pessoa no território brasileiro. O que se pode observar, analisando este artigo e juntando com os artigos, 5º e 203 supracitados, e que, a carta magna ao atribuir esta titularidade universal, está incluso aqui de fato qualquer pessoa, independentemente de sua nacionalidade ou de seu vínculo de maior a menor permanência no país, poderá ter acesso a esta garantia fundamental, uma vez que estamos tratando de vidas e da própria dignidade da pessoa humana.

O que se pode observar até o presente momento é que a letra explícita do texto constitucional desde logo aponta o caráter de universalidade do direito à saúde juntamente com o do próprio SUS, todavia, comentando este ponto, Ingo Sarlet e Mariana Filchtiner (2008, p.2), informam que o fato da saúde ser reconhecida a todos, pelo fato de serem pessoas de direitos, não impede que haja diferenciações na aplicação prática quando sopesada com o princípio da igualdade. O que se pode analisar aqui, com base nos autores, é que o fato de embora correlacionados, ambos os princípios que regem esta garantia não se confundem e a depender do caso concreto prioridades podem ser aferidas justamente para garantir o acesso à saúde.

Ingo Sarlet e Mariana Filchtiner (2008, p 3) a respeito desta titularidade universal do direito fundamental à saúde, discorrem que aqui têm-se estreita vinculação com os direitos à vida e à integridade física e corporal sendo de afastar a tese que, de forma generalizada e sem exceções, procura cingi-lo somente aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, muito pelo contrário, nem mesmo as políticas de saúde atuais, segundo o entendimento dos autores, dão amparo a esse tipo de interpretação restritiva, o que temos na verdade são políticas de caráter inclusivo, como por exemplo as que tratam dos povos indígenas, que são grupos especiais

dentro do território brasileiro e que muitas das vezes são marginalizados e esquecidos pelo próprio Estado.

Eduardo Soares (2010, 12) faz alerta ao fato de que há uma isolada, mas importante discussão na doutrina quanto à titularidade do direito à saúde se individual ou coletivo. Os que defendem a necessária prevalência das ações de caráter coletivo na seara dos direitos fundamentais sociais, que dentre eles está a garantia a saúde, tem como argumento que as ações individuais quando deferidas, estritamente àqueles que têm meios de acesso à justiça, finda por causar prejuízo e mesmo inviabilizar as decisões as quais seriam destinadas à efetivação de políticas públicas disponibilizadas a coletividade.

Todavia, Eduardo Soares (2010, p.12) entende que jamais se pode deixar de considerar a tutela pessoal e individual que lhe é inerente e inafastável, principalmente, quando se busca uma prestação material. Nesta linha Ingo Sarlet e Mariana Filchtiner (2008, p 5) discorre que a caracterização do direito à saúde como um direito coletivo, ou mesmo como um interesse difuso em certas hipóteses, não lhe serve para afastar a titularidade individual que apresenta, uma vez que, segundo Ingo Sarlet (2008, p.230), quanto temos em caso concreto de questões ligadas à saúde pública e coletiva, jamais perderá o cunho individual que o liga à proteção individual da vida, da integridade física e corporal pessoal, assim como da dignidade da pessoa humana.

O entendimento que se pode tirar a partir dos dizeres tanto de Eduardo Soares e do constitucionalista Ingo Sarlet é que mesmo que se tenha a intenção de priorizar uma tutela processual coletiva no campo da efetivação do direito à saúde, isso não vai vir a significar, porém, a negação para com a condição de direito de titularidade individual inerente deste tipo de direito social, podendo sim haver, segundo discutido acima, a coexistência de ambos, tanto de caráter individual como também de caráter coletivo, o que vai determinar é justamente o caso concreto em que se esteja discutindo.

Existe também a possibilidade de as garantias fundamentais dispostas na Constituição Federal de 1988 terem sua eficácia e incidência nas relações privadas (eficácia horizontal). Sobre este modelo se tem duas correntes doutrinárias com posicionamentos diferentes, uma que defende a eficácia mencionada nas relações particulares enquanto mediata e indireta, e a outra imediata e direta. Segundo discorre Luiz Guilherme Marinoni (2008, p.172) aqueles que defendem a eficácia mediata ou indireta, compreendem que a força jurídica dos preceitos constitucionais somente se afirmaria, em relação aos particulares, por meio dos princípios e normas de direito privado, sendo assim, cabendo ao legislador mediar a aplicação dos direitos fundamentais aos particulares.

Já na eficácia horizontal direta ou imediata, Marcelo Novelino (2008, p.234) esclarece que a incidência dos direitos fundamentais deve ser estendida às relações entre particulares, independentemente de qualquer intermediação legislativa, e, portanto, o contrário da mediata, sendo assim, para quem defende e aplica este modelo compreende que os efeitos inerentes aos direitos fundamentais dispensam recursos interpretativos para sua aplicação nas relações privadas, em outras palavras, os direitos fundamentais são aplicáveis de forma direta em relação aos particulares.

Carlos Ari Sundeld (2009, p.38) informa que a possibilidade de intervenção na esfera privada decorre das constituições denominadas de “sociais” que autorizam a intervenção estatal na esfera privada para limitar a autonomia da vontade dos particulares em benefício do interesse coletivo, e no Brasil, o próprio Supremo Tribunal Federal já interveio sobre uma relação privada para fazer valer os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal por meio do Recurso Extraordinário 201.819/RJ, assim reconhecendo a eficácia dos direitos fundamentais na esfera privada decorre direta e imediatamente do ordenamento jurídico brasileiro.

Não só o julgado acima mostra que a eficácia horizontal direta e imediata e aplicável no ordenamento jurídico, como também a própria Constituição Federal, e esta afirmação advém dos dizeres de Marco Novelino (2008, p.235), pois, conforme explica, quando o texto constitucional estabeleceu por meio de seu artigo 5º, §1º que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais teriam aplicação imediata, a Constituição acabou por consagrar o princípio da máxima efetividade, que em outras palavras segundo Novelino, impõe a preferência por opções que favoreçam a efetiva atuação dos direitos fundamentais, corroborando a adoção do modelo que sustenta a aplicabilidade direta às relações particulares.

Com base no que já foi analisado a conclusão que se chega é que, cabe ao Estado a realização de medidas voltadas à proteção da saúde das pessoas, e para isso é necessário, segundo Ingo Sarlet (2008, p.4), que o ente estatal efetive o direito em sua dimensão negativa no sentido de não-interferência, e na dimensão positiva organizando instituições e procedimentos direcionados à tutela individual e coletiva da saúde, também foi possível observar que esta obrigação de promoção e eficácia de garantias também perpassa para o âmbito privado e uma vez não obedecido cabe interferência por parte do poder judiciário. E neste momento cabe analisar a possível limitação aos Direitos Fundamentais no qual se está inserido o Direito à Saúde, haja vista o seu impacto não só no âmbito coletivo e individual, mas também na questão orçamentária do Estado.

### 2.2.1 A possibilidade de limitação do Direito Fundamental Social à Saúde.

Tratando a respeito da possibilidade de restrição, a doutrina trabalha com duas perspectivas teóricas, a teoria interna, que seria interna da própria norma, e a teoria externa, que como o nome já informa, advém do mundo exterior. Robert Alexy (2006, p.277) tratando deste ponto em específico leciona que segundo a teoria externa, há, em primeiro lugar, o direito em si, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o direito restringido, porém segundo o autor, não existe nenhuma relação necessária entre direito e a restrição, o que vai definir a relação de ambos será somente a partir da exigência, externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos.

A teoria interna por sua vez se difere da externa conforme entende Robert Alexy (2006, p.277) pois neste, não há duas coisas, “o direito e sua restrição”, mas apenas uma: o direito com um determinado conteúdo. Nesta teoria entende-se que o conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite e por este motivo segundo Alexy (2006, p.277) quando eventualmente se fala em "restrições" no lugar de "limites", então, se fala em “restrições imanescentes”, ou seja, o que se pode tirar aqui é que a restrição e o direito são uma só, não está como na teoria externa de forma apartada do direito, mas sim inserida nele.

Referente ao âmbito jurídico, Gilmar Mendes (2014, p.211) defende que consideram-se restrições legais aquelas limitações que o legislador impõe a determinados direitos respaldado em expressa autorização constitucional, para o Ministro os direitos fundamentais enquanto direitos de hierarquia constitucional somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (restrição imediata) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (restrição mediata). Com isso se observa que de fato estas restrições podem ocorrer, mas para que sejam consideradas legais, devem obedecer a limites legais para não ir de confronto com a CF/88.

Em relação a importância do Direito à Saúde até então retratado pode restar a impressão de que esta garantia não teria limites, já que o próprio cidadão pode adentrar em juízo requerendo a concessão deste direito e caberia ao Estado o direito de prover, passando assim a imagem de que este em específico seria mais importante que outros Direitos fundamentais, contudo não é assim, primeiramente devido ao que já fora exposto acima e porque nenhuma garantia, seja ela social ou não, tem mais importância do que outra, visto que não há hierarquia na Constituição Federal, havendo sim casos concretos em que o direito fundamental poderá

sofrer restrições.

Essas restrições existem também pelo fato de que garantias fundamentais uma vez efetivadas via políticas públicas, como fornecimento de educação fundamental, de saúde digna, moradia adequada, lazer e emprego, para todos da sociedade, são custosos ao erário e requerem assim uma atenção quanto ao manejo de riquezas haja vista que não infinitas. Neste sentido esclarece Ana Lúcia Pereira (2007, p.39) que os mecanismos de aplicação implicam em arrecadação de recursos e realização de despesas, e, por esta razão, atribui-se aos prestacionais uma “dimensão economicamente relevante”, afetando assim decisivamente na efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Analisando que se tem uma clara dependência econômica dos direitos fundamentais sociais, necessitando assim de recursos que viabilizem a sua realização, a reserva do possível surge como argumento por parte da doutrina brasileira como de limitação à efetividade desses direitos. Partindo do pressuposto de que as riquezas do erário para a aplicação das garantias fundamentais são finitas, Ana Lúcia Pereira (2007, p.7) diz que, sendo assim, há a necessidade de serem feitas escolhas que irão decidir por priorizar o atendimento a uma ou outra necessidade, é aqui que entra a reserva do financeiramente possível que limita a efetividade plena do direito fundamental social.

Com base neste aspecto econômico e os limites imanentes envolvendo direito fundamental, Ana Carolina Lopes Olsen (2006, p.194) traz apontamentos no que diz respeito à eficácia dos direitos fundamentais sociais em face da reserva do possível. Segundo explica a autora, os direitos fundamentais implicam a realização de despesas por parte do Estado para se tornarem efetivos e isto traria uma consequência, segundo ela, de modo que diante da escassez de recursos disponíveis, não haveria que se falar em direito a ser defendido. Portanto, com base nas palavras da autora o que poderia de fato inviabilizar o próprio reconhecimento do direito subjetivo a prestações sociais seria justamente a escassez de recursos.

Nessa linha de raciocínio Ingo Wolfgang Sarlet (2008, p.288) defender que, o Estado uma vez verificado que se encontra em condições de dispor a prestação reclamada, isto é, de prestar o que a norma lhe impõe que seja prestado, deverá cumprir com sua obrigação, encontrando-se, assim na dependência da real existência dos meios e recursos para isto. E aqui Ingo Sarlet (2008, p.289) discorre a respeito da reserva do possível e suas duas dimensões, sendo a primeira uma dimensão fática, atrelada a noção de limitação dos recursos materiais, normalmente equiparados pela doutrina aos recursos financeiros que o Estado pode dispender.

A segunda dimensão defendida por Sarlet (2008, p.288) é a dimensão jurídica, concernente à capacidade jurídica ou ao poder de disposição de que deve titular o destinatário



das obrigações impostas pelos direitos fundamentais sociais a prestações materiais, no sentido de possuir competência suficiente para decidir sobre a alocação dos recursos existentes. Assim se observa que a reserva do possível segundo Ingo Sarlet, é dividida em duas dimensões, uma trata a respeito dos limites orçamentários, ligado ao lado financeiro, e a outra trata acerca da competência jurídica referente a alocação de recursos para a efetivação das garantias constitucionais.

Porém deve se fazer atenção justamente a essa possibilidade de restrição, haja vista que ela não é total, se tem um limite para o próprio limite, e neste ponto é cabível discorrer a respeito do princípio da proibição do retrocesso que segundo Ingo Sarlet (2008, p. 210) o plano constitucional não alberga o necessário tratamento jurídico em tema de limites, e de limites aos limites dos direitos fundamentais, apresentando apenas a previsão de reservas de lei e as cláusulas pétreas, contudo, a base para o reconhecimento deste princípio, caracterizado como implícito, advém da doutrina majoritária.

Outro importante princípio com o intuito de proteger os direitos e garantias fundamentais de restrições inconstitucionais e o princípio do retrocesso que Marcia Bühring (2015, p. 57) sustenta estar diretamente relacionado não só a progressiva realização dos direitos sociais, mas também intrinsecamente ligado à proteção, promoção, impossibilitando o retorno a um grau anterior de concretização da Justiça Social, preservando-se as conquistas alcançadas pela sociedade. Nesta linha de raciocínio com o entendimento de que o direito social, a depender do caso concreto suporta redução ou eliminação de seu objeto jurídico em razão de uma medida retrocessiva, Ingo Sarlet (2015, p.19) sustenta que deve ser ponderado, na análise da medida frente à proibição de retrocesso, à proteção da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, bem como dos primados da segurança jurídica e da confiança.

Mariana Figueiredo Flichtiner (2007, p.133) também traz seus apontamentos a respeito da reserva do possível e defende que se trata da limitação à efetividade dos direitos sociais a prestações materiais diante da carência ou insuficiência de verbas públicas destinadas ao atendimento dessas prestações. E juntamente traz também a lume a discussão acerca dos limites da intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais a prestações materiais. Ou seja, o que se vê tanto nas palavras dos autores supracitados até aqui é que de fato pode sim haver uma restrição ao direito à saúde em situações em que haja a falta de recurso econômico mediante ao instituto da reserva do possível.

Ainda deve-se prestar atenção principalmente ao que foi apontado em relação aos limites da intervenção judicial sendo este ato entendido por parte da doutrina como uma judicialização a saúde, já outros enquanto um ativismo judicial. E esta discussão, que será

melhor tratada em capítulo específico, se mostra de suma importância porque vai envolver diretamente o tema em análise, haja vista que o ato de adentrar em juízo requerendo a concessão de medicamentos de alto custo para tratamento não só poderá mexer com a ordem econômica como também irá trazer esta discussão a respeito dos limites de intervenção por parte do judiciário brasileiro nos outros poderes.

Todavia, antes de adentrar neste ponto em específico, é necessário primeiramente analisar algo de suma importância para o Direito à Saúde que foi criado especificamente pelo constituinte originário na Constituição Federal de 1988, para fazer valer o direito à saúde e dar acesso para aqueles que não possuem poder aquisitivo, que foi a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), que pelo menos em texto legal deveria ser de qualidade e acessível a todos que necessitem. E para isto é importante analisar o aspecto histórico que levou a criação deste sistema e também de onde deve sair o aporte financeiro para efetivá-lo, haja vista, que, uma vez sem recursos, o direito fundamental pode passar por restrições.

### **2.3 Direito à Saúde: A importância do Sistema Único de Saúde (SUS).**

Em 2021 o Sistema Único de Saúde (SUS) completa trinta e três anos desde a sua criação pelo constituinte originário em 1988, sendo de suma importância como garantidor do acesso à saúde por toda e qualquer pessoa que necessite de atendimento. Sobre esta historicidade Fabiola Vieira (2020, p.13) informa que na época de sua criação este sistema encontrou dificuldades em razão do apoio do Estado ao setor privado (referente a complementação da oferta de serviços por meio privado), da concentração de serviços nas regiões mais desenvolvidas e de seu financiamento insuficiente, houve ampliação do acesso à atenção básica e de emergência, ampliação da cobertura vacinal da população e da assistência pré-natal.

Como foi possível observar o SUS foi criado recentemente, juntamente da constituição vigente, e é por este motivo que é cabível e de suma importância observar e analisar como era tratada a população antes deste benefício de saúde pública ser efetivado e se tornar parte do direito social à saúde. Segundo Zenaide Neto Aguiar (2011, p.44) o que prevalecia na administração da saúde antes do advento da Constituição Federal de 1988, era que o Ministério da Saúde tomasse conta das ações na área preventiva, já o Ministério da Previdência e Assistência Social, tinha como principal função prestar a assistência médica necessária para

curar os indivíduos enfermos.

Porém alerta Zenaide Neto Aguiar (2011, p.44) que não eram todas as pessoas que tinham acesso a esta cura, só poderiam procurar atendimento gratuito os trabalhadores que estivessem inscritos devidamente na previdência, devendo ainda estarem em dias com seus pagamentos, ou seja, o que se analisar é que a pouco tempo atrás a desigualdade era muito maior do que atualmente referente ao atendimento médico, visto que, as pessoas que não detivessem os requisitos estipulados não fariam jus a “cura”, e isso levou entre os anos 1970 a 1980, segundo a autora supracitada, a uma reforma sanitária onde a população buscava que o modelo de assistência médica privada fosse modificado, já que era dever do Estado a promoção a Saúde.

Assim, como observado, antes da carta magna de 1988 a responsabilidade de organizar e promover a saúde não era de competência do Estado o que passou a ser a partir de sua promulgação, e por conta desta nova perspectiva veio a trazer, no que se refere ao acesso à saúde, uma grande evolução com a criação deste novo sistema, mudando assim a prestação que antes era claramente desigual. Com essa mudança, o Sistema Único de Saúde passou a ter sua previsão no Artigo 198, incisos I a III da Constituição Federal de 1988 onde o texto constitucional dispõe as diretrizes de organização deste sistema, juntamente disto resta disposto que:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade (BRASIL, 1988).

Por sua vez o artigo 199 do mesmo texto legal de 1988 traz a importância do Sistema Único de Saúde no território brasileiros, uma vez que estabelece as condições em que a assistência à saúde será prestada pela iniciativa privada, segundo o artigo em questão:

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

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

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

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização (BRASIL, 1988).

Sobre o artigo acima, Gilmar Mendes (2014, p.631) esclarece que, mesmo constituído como um sistema público, a rede privada de saúde pode igualmente integrar o SUS, por meio de contratação ou convênio firmado com o Poder Público, se mostrando uma boa opção para um sistema de saúde pautado pela descentralização e pela escassez de recursos, em que a consequência imediata é a necessidade da busca por alternativas para sanar deficiências orçamentárias. Contudo adverte Gilmar Mendes que esta prestação disposta será de “de modo complementar”, sendo necessário enfatizar haja vista que há diferença entre serviços concretizados pelo ente privado fora do âmbito do SUS como atividade privada, dos que são realizados de forma auxiliar ao sistema de saúde.

Outro artigo que a Constituição Federal de 1988 tratou a respeito do Sistema Único de Saúde foi no artigo 200, local reservado no texto maior em que restou determinada as atribuições e competências deste sistema, sendo elas a de:

- I – controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- II – executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III – ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV – participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V – incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;
- VI – fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- VII – participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. (BRASIL, 1988)

Como observado acima a CF/88 determinou que é dever do Estado garantir o acesso de todos ao direito à saúde, e não apenas isto, mas tratou de estabelecer em seu artigo 200, o modelo básico de organização e procedimento para o direito básico à saúde, conhecido popularmente como SUS. Em relação a este sistema, Ingo Sarlet *et al* (2013, p. 4182) defendem que pode ser definido como uma garantia institucional, sujeito, em si mesmo, à proteção outorgada às demais normas jusfundamentais, além de ser devidamente protegido contra medidas que tenham cunho retrocessivo por exemplo de tentar aboli-lo, isso é porque, segundo explica os autores devido sua característica enquanto instituição pública e plenamente sujeito a tutela jurisdicional protetiva.

O Sistema Único de Saúde tem como um dos seus princípios norteadores o da subsidiariedade que segundo Silvia Faber Torres (2003, p.140) foi oportunamente acolhida pelo

direito público como princípio diretor de um sistema ideal de distribuição de competências entre a comunidade maior e a comunidade menor pelo qual os poderes devem ser exercidos de forma mais próxima possível do cidadão, só devendo as instâncias superiores intervir em nome da eficácia e da necessidade de garantir a aplicação deste direito, e aqui entra uma contundente discussão, inclusive já citada, observada tanto na doutrina quanto na jurisprudência que é justamente esta interferência por parte do judiciário sendo definida a depender do caso enquanto ativismo ou judicialização.

Ainda na linha de princípios cabe salientar que outros são os que regem o SUS, e conforme elenca Ingo Sarlet (2008, p 231.) é possível destacar, a unidade, a descentralização, a regionalização, a integralidade e a participação da comunidade. Segundo Ingo Sarlet (2008, 231) o princípio da unidade significa que o SUS é um sistema único e unificado, e esta característica veio com o intuito de superar o modelo anterior a 1988 que como já mencionado aqui, apenas seletas pessoas tinham acesso a esta garantia, era então limitado somente aos trabalhadores com vínculo formal e respectivos dependentes, então segurados do Instituto Nacional de Previdência Social, situação que deixava grande parte da população, principalmente os mais pobres sem acesso a “cura” gratuita.

O princípio da integralidade por sua vez também faz parte do Sistema Único de Saúde, e Germano André Doederlein Schwartz (2004, p.108) entende que esta integralidade significa que as ações e os serviços de saúde, e aqui se refere tanto a promoção deste direito, como também a proteção e a recuperação são uma realidade única e inseparável e o que define o atendimento deve ser a necessidade da pessoa, além de, com base nas palavras dos referidos autores, por conta deste princípio a atenção será focada no indivíduo, na família, comunidade, e na própria inserção social, não somente num recorte de ações ou enfermidades, em outras palavras, o que este princípio protege é a cobertura abrangida pelo SUS que deve ser a mais ampla possível, e os seus serviços devem ser tomados como um todo, harmônico e contínuo.

É importante frisar que o Sistema Único de Saúde também tem como sua característica própria a participação da comunidade, tanto diretamente como indiretamente. Ingo Sarlet (2008, 340) discorre que essa participação se realiza por meio dos representantes da sociedade civil visando dentre outros fatores o controle das ações e políticas de saúde junto às sucessivas Conferências de Saúde. A legitimidade da sociedade está definida na Lei 8.142 de 28 de dezembro de 1990 que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde, visto que o acompanhamento é importante para estabelecer prioridades e definir políticas de saúde que atendam às necessidades da comunidade.

Dentre as iniciativas de sucesso trazidas com o estabelecimento deste sistema,

Fabiola Vieira (2020, p.14) especialista em políticas públicas do Instituto de pesquisa e economia aplicada, destaca o Programa Nacional de Imunizações, o Programa Nacional de Controle do Tabagismo, a Estratégia Saúde da Família (ESF), o Programa Nacional de Controle de Doenças Sexualmente Transmissíveis e Aids, a Política Nacional de Transplantes de Tecidos, Órgãos e Partes do Corpo Humano e a Política Nacional de Atenção às Urgências e o conhecido Programa Mais Médicos. Assim, como é claramente visível muito se ganhou com a criação do SUS, contudo ainda são pertinentes os problemas enfrentados por este sistema.

Observando estes programas advindos a partir da criação do SUS, resta informar de onde deve vir o financiamento destes projetos, e este ponto está devidamente disposto no parágrafo 1º do artigo 198 da carta magna vigente ao estabelecer que este será viabilizado por meio de recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de outras fontes. Outro artigo que estabelece diretrizes é o 55 do ADCT ao determinar que “até que seja aprovada a lei de diretrizes orçamentárias, 30% (trinta por cento), no mínimo, do orçamento da seguridade social, excluído o seguro-desemprego, serão destinados ao setor de saúde” (BRASIL, 1988).

Como visto acima têm-se em texto de lei as disposições de onde pode/deve ser retirado o aporte financeiro para que este direito possa sair de letra de lei e chegar a sociedade. Superado este ponto cabe ainda citar a Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990 que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, que em seu artigo 6º, inciso I, alínea “d” determina para o campo de atribuições do Sistema Único de Saúde a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica (BRASIL, 1990). Contudo, conforme ainda será desenvolvido a frente, muitos são os litígios nas mãos do Poder Judiciário envolvendo questões relativas ao tratamento mediante fármacos não custeados pelo Sistema Único de Saúde.

Por tais fatos que na próxima sessão será tratado a respeito de um tema que engloba o Sistema Único de Saúde que é a concessão de tratamento via medicamentos de alto custo por intermédio do judiciário, caracterizado por alguns não só como uma judicialização do Direito à Saúde, com também ativismo por parte deste poder. Toda essa relação que parece confusa ao primeiro olhar tem as chamadas medidas estruturantes como possível meio de ajuda para sanar de uma vez por todas as demandas referidas ao tema dos medicamentos, e para chegar a resolução se fará um estudo aprofundado tanto da relação entre ativismo e judicialização como também do que de fato seria estas medidas estruturantes e sua origem na justiça americanada.

### **3 PODER JUDICIÁRIO: MEDIDAS ESTRUTURANTES E SUA RELAÇÃO COM A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**

O ordenamento jurídico brasileiro não foi sempre da mesma forma que é visto desde o seu início. Durante a história brasileira foram adotadas diversas estruturas organizacionais, que vão desde a adoção de um sistema monárquico, passando até mesmo pelo modelo parlamentarista até chegarmos na atual estrutura constitucional republicana e isto afetou diretamente o poder judiciário, tendo como seu representante maior o Supremo Tribunal Federal.

É por este motivo que neste capítulo, será feito uma análise não só como é dado o tratamento ao poder judiciário no nosso ordenamento jurídico pátrio através das constituições do Brasil na era republicana, mas também buscará analisar o que seria instituto das medidas estruturantes, de onde surgiu, haja vista não ser muito conhecido do grande público, mas sendo de grande ajuda na resolução das demandas judiciais nos Estados Unidos. É a partir deste ponto que se passará a discutir acerca do ativismo e judicialização dos direitos fundamentais e sua relação para com as decisões estruturantes.

#### **3.1 Da expansão e importância do judiciário no decorrer da era republicana**

Para entender melhor como se dá a importância do Poder Judiciário Brasileiro e como este veio a sofrer diversas mudanças, no quesito organizacional ao longo da história, devemos primeiramente analisar o tratamento perante as constituições brasileiras, principalmente no que refere ao período republicano (que passou pelo regime totalitário da ditadura militar), que foi de suma importância para moldar o tratamento que é dado a este órgão na atualidade.

Quando analisamos o período entre 1890 a 1926, tendo como base Carlos Fernando Mathias (2009, p. 241), as medidas que se destacaram nesta época em razão de sua importância foram, a criação da Justiça Federal e a do Supremo Tribunal Federal, ambas em 1890, além da edição de importantes diplomas no ordenamento brasileiro, como, por exemplo, o código penal (1890), o Regulamento Alvim (1890), e o código civil (1916). O autor em questão nos informa que a primeira Constituição republicana não cuidou diretamente do Poder Judiciário estadual, fixando apenas que cada estado reger-se-ia pela Constituição e pelas leis que adotassem.

A constituição de 1934 que, segundo Fernando Mathias (2009, p. 244) recebeu

influência da Constituição do México, de 1917 e da Constituição de Weimar, votada em 1920, cuidou do Poder Judiciário, no Capítulo IV, do seu Título I (Da Organização Federal), do art. 63 ao 87. No que se refere ao art. 63, este definiu os órgãos do Poder Judiciário, a saber: “a Corte Suprema, os juízes federais e tribunais federais, os juízes e tribunais militares e os juízes e tribunais eleitorais”.

Foi na Constituição de 1934, como lembra Aldemir Cavalcante (2018, p.8) que foi possível observar um novo cenário no campo judiciário, pois, foi nela que houve a criação da justiça eleitoral, o ministério do trabalho, o voto feminino secreto, periódico e universal, o mandado de segurança, habeas corpus. Em relação a esta Constituição é importante informar, com base nos dizeres de Fernando Mathias (2009, p. 245), que, foi na promulgação desta carta que o Supremo Tribunal Federal passou a denominar-se Corte Suprema, a manutenção da justiça federal e a constitucionalização da justiça eleitoral.

Já a Constituição Federal de 1946, informa Fernando Mathias (2009, p. 261) que veio após a queda do Estado Novo em 29/10/1945, em que o Brasil tomou o caminho da redemocratização e foi nessa época que o poder judiciário a cujo chefe, o presidente do Supremo Tribunal Federal foi entregue o governo até que se elegeisse um novo presidente da república. Esta constituição manteve o Supremo Tribunal Federal, criou o Tribunal Federal de Recursos, manteve, ainda, os juízes e tribunais militares, restabeleceu a justiça eleitoral (juízes e tribunais eleitorais) e incluiu a justiça do trabalho no Poder Judiciário.

Marcelo Ferreira (2010, p.2) informa, que a Constituição de 1946 foi até então a Carta Constitucional mais parlamentar e liberal da história republicana brasileira, já que trouxe algumas limitações e garantias aos juízes que podemos assemelhar a nossa constituição de 1988, como por exemplo, a vitaliciedade, até os 75 anos, e a inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. Esta carta não só ampliava a atuação legislativa do próprio Congresso, como também restringia apenas ao Poder Executivo a faculdade de enviar uma proposta de orçamento apesar das tentativas do Executivo para burlar este ponto.

Contudo, com o golpe militar iniciado em 1964, junto da Constituição de 1967 tudo acabou mudando, uma vez que, o Ato Institucional nº5 decretado na repressão foi o mais radical, pois nele dispuser a suspensão das garantias de vitaliciedade e inamovibilidade dos juízes além de que excluiu de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com o Ato Institucional e seus Atos Complementares, ou seja, ele acabou por retirar todos os benefícios conseguidos no decorrer das últimas constituições para tomar o poder com a justificativa de que o país estava sob ameaça de se tornar comunista.

O que se pode observar nesta época e que a nova Carta, mais uma vez, excluiu da



apreciação do poder judiciário, atos ditos revolucionários e acabou por punir severamente qualquer pessoa que fosse de confronto com o que era dito “correto” naquela época, retirando um princípio basilar da ordem jurídica que é o da ampla defesa e do contraditório. Cabe destacar ainda, conforme lembra Fernando Mathias (2009, p. 272) que a garantia da inamovibilidade foi mitigada que é a garantia constitucional concedida aos magistrados e membros do ministério público de não serem transferidos, salvo por relevante interesse público.

Nesta época, como já foi possível observar essa nova ordem em muito afetou a organização judiciária brasileira, visto que, os avanços que foram sendo construídos no decorrer dos anos, em várias áreas da sociedade, principalmente no tocante ao poder dado ao judiciário foi cessado, visto que como nos informa Aldemir Cavalcante (2018, p.13) nos períodos que regeram a ditadura militar o setor jurídico se resguardou e permitiu sucessivos atos institucionais, muitos deles inconstitucionais, mas isto só ocorria porque quem governava o país o fazia mediante a vontade autoritária dos generais das forças armadas.

Após todo este período de repressão chegamos a promulgação da Constituição Federal de 1989 e sobre este ponto o Ministro Gilmar Mendes (2014, p.121) entende que a Constituição Federal brasileira de 1988 foi responsável pela estruturação de um Judiciário que dota total autonomia institucional, e isto para o referido autor é algo que tem sido objeto de destaque até mesmo no âmbito do direito comparado e era inexistente em nosso ordenamento, onde concomitantemente lhe foi conferida a autonomia necessária para se regulamentar administrativa e financeiramente.

Gilmar Mendes (2014, p. 920) ainda expressa opinião entendendo que ocorreu um severo aprofundamento, no que diz respeito à criação de mecanismos de proteção judicial, uma vez que foi nesta constituição que foi o poder judiciário ingressado para o rol de direitos e garantias fundamentais, mais precisamente no tocante ao art. 5º, que trata sobre preceitos como o da proteção judicial efetiva, do juiz natural e do devido processo legal, ou seja, o que se compreende nas palavras do Ministro é que a nossa constituição que já possui mais de 30 anos em vigor foi de extrema importância para a atuação que possui o judiciário nos dias de hoje.

Ainda no tocante a Constituição Federal de 1988, Andrei Koerner (2013, p. 4) nos informa que entre os anos que antecederam a sua promulgação (1984 e 1987), as discussões políticas giravam em torno do sentido e alcance das mudanças que seriam levadas a efeito na Assembleia Constituinte, havendo um certo consenso entre os agentes políticos sobre o fortalecimento das instituições judiciais, com definição precisa acerca da independência financeira e administrativa do Poder Judiciário, das garantias do Ministério Público e da ampliação do acesso à Justiça.

Portanto, o que se observa com base nas palavras de Koerner é que a Constituinte representaria uma oportunidade para os magistrados promover o fortalecimento do Poder Judiciário, isto porque conforme no que é nos informado pelo autor acima supracitado e também já apontado por Gilmar Mendes (2014, p. 921) anteriormente, dentre as várias questões que foram pautadas nas subcomissões que integraram a Constituinte, cabe ressaltar as discussões sobre os temas da organização do STF, criação do STJ e do Conselho da Magistratura, federalização da justiça e eleição de juízes.

Rildo Ferreira e Silvano Gonçalves (2014, p.1) quando tratam deste tema nos lembram que de fato o Executivo e o Legislativo são dotados de extremo poder político, e que o poder judiciário encontra-se ligeiramente mais desprendido, no que tange a sua atuação, dos demais, todavia, para que hoje pudéssemos ter a segurança estrutural, não permitindo que este seja influenciado pela força política dos demais poderes, que possui o Judiciário, foi necessária segundo eles a concessão, através da Constituição, de uma parcela desse poder àqueles que serão responsáveis pela solução dos litígios entre indivíduos.

Ainda no que tange a concessão dada pela Constituição aos judiciário acabou por gerar conflitos no que se refere a quanto de poder deve ser concedido aos órgãos de controle jurisdicional, e tal ponto é levantado pelo Ministro Luís Roberto Barroso (2013, p.6), uma vez que segundo ele, o que ocorre quando declara-se inconstitucional cobrança de um imposto, ou determina-se a um hospital público que realize tratamento experimental em paciente que solicitou tal providência em juízo poderá gerar conflitos ao controle dos atos estatais, já que os estados já possuem uma base do quanto vão receber do contribuinte e de quanto podem gastar podendo assim afetar todo um planejamento econômico.

O que se já se pode entender é que um dos fatores para moldar o judiciário atual, dentre o que já mostrado, foi justamente devido a inúmeros acontecimentos sociais e morais que alteraram a sua organização e funcionamento, e, as muitas transformações que ocorreram foram o necessário para que este poder se revestisse das características que possui atualmente para nossa sociedade moderna, uma vez que passou a se exigir cada vez mais a atuação do Supremo Tribunal Federal (do poder judiciário), este visto como guardião principal da Constituição Federal para dirimir as lides que lhe são propostas.

É importante ainda ressaltar, com base nos esclarecimentos trazidos pelo Ministro Gilmar Mendes (2014, p.62) que a Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos, sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis. Tudo isso, segundo o autor, sem prejuízo de se continuar a afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes. A esse conjunto de fatores

ocorridos no Estado e no direito constitucional, juntamente com a mudança ocorrida na cultura jurídica, segundo Mendes, vários autores, dão o nome de neoconstitucionalismo.

Para o então Ministro Luís Roberto Barroso (2006, p.5) o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, identifica um conjunto amplo de transformações e marcos ocorridos no Estado e no direito constitucional, dentre estas mudanças o Magistrado apresenta como marco histórico desta nova fase a formação do Estado constitucional de direito, já como marco filosófico, o que se observa é a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética, e por fim, como marco teórico, o autor identifica o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição e também, algo de suma importância que foi a expansão da jurisdição constitucional.

O neoconstitucionalismo trouxe inúmeras mudanças na constitucionalização do Direito, e neste ponto, Miguel Carbonell (2003, p.11) afirma que o neoconstitucionalismo se desdobra em teórico, ideológico e metodológico. O teórico, segundo o referido autor propõe-se a descobrir as realizações da Constitucionalização, a modificação dos sistemas jurídicos, já o ideológico por sua vez, ressalta a mudança ocorrida do Constitucionalismo para o neoconstitucionalismo que aqui seria a mudança de foco da limitação do poder estatal para a garantia dos Direitos Fundamentais. e por fim, o metodológico, seria responsável por considerar os princípios Constitucionais uma ponte entre o Direito e a Moral.

Segundo Max Muller (2011, p.15) quando se passou a adotar os parâmetros neoconstitucionalistas foi possível observar mudanças substanciais no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo Muller pode-se destacar o protagonismo judicial, a perda da hegemonia da lei como fonte de direito, a aplicação direta da constituição, a presença de enunciados normativos abertos ou sem consequências jurídicas preestabelecidas, a influência de conteúdos e discussões morais na aplicação das normas jurídicas, a violação da separação de poderes. Assim, a conclusão que se pode tirar, observando os tópicos elencados pelo autor e que, a partir da adoção do neoconstitucionalismo, houve uma constitucionalização forte da área jurídica.

Do exposto, verifica-se que o judiciário passou por várias mudanças ao longo desta era denominada como republicana passando pela ditadura, época em que sua atuação foi totalmente controlada pelas forças repressivas e ditatoriais, logo após chegou a Constituição Federal de 1988, dando a este órgão ainda mais poderes, poderes este de conflito em alguns casos com os atos estatais. Assim, analisar-se-á no próximo tópico o surgimento da ideia de ativismo e judicialização muito presentes quando são realizadas simples pesquisas em relação a atuação do poder judiciário principalmente na temática relativa ao direito a Saúde, e como este conceito pode ter relação para com o modelo de decisões estruturantes

### **3.2 Judicialização, ativismo e decisões estruturantes: conceitos que se entrelaçam.**

Primeiramente cabe salientar o entendimento de, José Cristóvam e Manoella Cipriani (2017, p.5) que como regra geral, cada poder tem seu limite de atuação, não se justificando a interferência em competências alheias as suas, e, dessa forma, é dever ao Legislativo e ao Executivo adequar suas atividades políticas aos fins constitucionalmente traçados, ou seja, incumbe ao Legislativo confeccionar e aprovar projetos de lei, inclusive relativos aos direitos sociais e o Executivo estão as tarefas de instituir, planejar e executar políticas públicas que garantam aos cidadãos aqueles direitos sociais previstos na Constituição Federal, inviabilizando até aqui o ativismo judicial.

José Cristóvam e Manoella Cipriani (2017, p.6) discorrem ainda que, sem poder negar jurisdição, o Judiciário passa a atender pleitos individuais típicos do anseio da sociedade que busca o efetivo direito fundamental prometido na constituição. Contudo este inflacionado e descontrolado número de demandas por concretização de direitos sociais, segundo os autores, traz o indesejável protagonismo dos tribunais em matéria de política, traz também como efeito imediato o intervencionismo judicial sobre os demais poderes constituídos, principalmente no que toca as sempre sensíveis questões orçamentárias, importante ponto para esta monografia.

Luiz Flávio Gomes (2009, p.2) nos informa que o ativismo judicial foi mencionado pela primeira vez em 1947, pelo jornalista norte-americano Arthur Schlesinger, em uma reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos. O referido autor nos diz que para o jornalista naquela época, caracterizava-se ativismo judicial quando o juiz se considerava no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos que ela já prevê, como, por exemplo, direitos sociais ou econômicos, e isto ocorria quando aquele que deveria prezar pela aplicação correta destes direitos era ineficaz.

Cabe ressaltar ainda as palavra de José Cristóvam e Manoella Cipriani (2017, p.5), em regra, cada poder tem seu limite de atuação, não se justificando a interferência em competências alheias às suas para atingir fins que são de domínio de outra esfera estatal, ou seja, é importante lembrar que cabe aos poderes a busca pelo cumprimento de suas obrigações determinadas pela Constituição, dessa forma, ao Legislativo e ao Executivo cabe adequar suas atividades políticas aos fins constitucionalmente traçados sem que para isso um interfira na atividade alheia.

Nos dias atuais podemos observar que a Judicialização e o Ativismo Judicial têm ganhado espaço entre as grandes discussões tanto na área jurídica como também entre leigos,

onde para uns há o exacerbado protagonismo do Poder judiciário e para outros na verdade há uma interseção por parte do judiciário para a concretização de direitos fundamentais como o direito à saúde, e esta discussão vem despertando um conjunto de pesquisas que visam à explicação deste fenômeno. É importante ressaltar que este fenômeno não é exclusividade nacional, já sendo possível observar em outros países como já relatado.

Em relação a este assunto Maria Domingues (2012, p.2) entende que o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está insito certo grau de criatividade é capaz de gerar polêmicas. Uma vez que, o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa sempre deixam lacunas que em muitos casos são levados ao poder judiciário, para que os juízes, se falarmos em STF, esclareçam as ambiguidades e incertezas, mas que, em alguns desses entendimentos são bem vistos por uns e mal vistos por outros já que estamos falando de interpretações.

José Cristóvam e Manoella Cipriani (2017, p.5) recordam que as constituições contemporâneas são muito mais do que documentos legais a funcionar como repositórios das garantias e direitos dos cidadãos. Elas são mais que isso, são verdadeiras normas diretivas e programáticas a todos os poderes constituídos, o problema reside segundo os autores no momento em que um desses poderes se omite, pois, a consequência direta é o desequilíbrio e sobrecarga de outro ou de todos os demais poderes, fazendo com que um tenha que muitas das vezes fazer o trabalho do outro.

É por conta desta situação acima descrita que surge o que muitos chamam de ativismo judicial. O ativismo judicial para o Ministro Luís Roberto Barroso (2012, p.3), é uma escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. O autor ainda complementa que, a ideia de ativismo judicial está associada a uma “participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes”, ou seja, o ativismo judicial pode ser considerado uma atitude.

Maria Domingues (2012, p.2) trata deste ponto em análise e no diz que o fenômeno conhecido como ativismo judicial é o simples questionamento se o juiz é mero intérprete-aplicador do direito ou se participa, lato sensu, da atividade legislativa, vale dizer, se participa mais concretamente da criação do direito, é esta discussão acaba gerando posicionamentos diversos quanto a este tipo de atuação, uma vez que algumas decisões judiciais impõem obrigações, sem, contudo, haver previsão legal expressa. Para Maria, podemos compreender este fenômeno como uma escolha específica de como interpretar a Constituição, expandindo seu alcance e seu sentido.

Segundo Marco Félix Jobim (2013, p.104) quando o Poder Legislativo não consegue atribuir ao povo novas leis que possam modificar o ambiente cultural em constante mudança ou quando Poder Executivo fica inerte em seu dever de administrar, é o Poder Judiciário que deverá intervir, em ambos os casos, por meio de processos individuais e coletivos, é aqui que segundo o supracitado autor dá-se o nome de ativismo judicial. É importante salientar que assim como o ativismo pode trazer benefícios, pode também trazer prejuízos, segundo Jobim, tudo vai depender do caso concreto, mas o que o autor defende é que sendo um ativismo equilibrado a tendência de acertos é maior do que a de erros.

Há, contudo, autores diferentemente de Marco Jobim, que entendem o ativismo judicial apenas como algo nocivo por ser concepções subjetivas de justiça e de bem do próprio julgador. Um deles e nada mais do que Ronald Dworkin (1999, p.451 e 452), uma vez que para ele o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico, um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política, além de impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige.

Luís Roberto Barroso (2012, p.7) ressalta que têm-se a existência de um aposto ao ativismo judicial, que segundo ele é intitulado como “auto-contenção judicial”, conduta pela qual o judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros poderes, e seguindo este tipo conduta, juízes e tribunais evitam aplicar diretamente a constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário e assim abstêm-se de interferir na definição de políticas públicas. Ou seja, o que se entende aqui baseado no disposto por Barroso é que mesmo sendo constatada uma omissão do legislativo em promover algum direito o judiciário não intervém ficando no aguardo do órgão político que tem competência para isso.

Assim a diferença metodológica do ativismo para a auto-contenção judicial segundo o Ministro Barroso (2012, p.7) está no fato que o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, realizar uma invasão incorreta no campo da criação livre do Direito. Já no que se refere a auto-contenção, segundo os dizeres do referido autor, restringe o espaço de incidência da constituição em favor das instâncias tipicamente políticas, além de se utilizar de critérios rígidos e conservadores para por exemplo declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos.

Neste ponto José Cristóvam e Manoella Cipriani (2017, p.7) chamam a atenção para o fato de que não somente em casos de lacuna legislativa que o judiciário vem atuando, mas, em outras situações, inclusive contra texto normativo expresso em regras jurídicas plenamente

aplicáveis, juízes fundamentam suas decisões em parâmetros normativos como a dignidade humana, a razoabilidade e a proporcionalidade, favorecendo, segundo eles, o surgimento de decisões cada vez mais amplas, genéricas e atiradas por ventos de moralismo e decisionismo judicial.

Adentrando referente a judicialização, Lairce Silva e Lays Monteiro (2018, p.7) primeiramente lembra que órgãos oficiais apontam índices elevados de miséria, de corrupção e de descaso com o cumprimento das políticas públicas sem que haja alguma manifestação, mesmo que dissimulada, do governo, e que a partir disto, atendendo aos interesses do capital e contrariando os direitos conquistados na Constituição, resta à população usuária das políticas sociais ao não encontrar respostas para as suas demandas, o acionamento da justiça, promovendo a chamada “judicialização”.

A Judicialização de direitos segundo o entendimento de Luís Roberto Barroso (2012, p. 3) significa dizer que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, assim, segundo o Ministro é possível afirmar que a Judicialização envolve certa transferência de poder aos Juízes e não pelas instâncias políticas tradicionais como por exemplo o legislativo que muitas vezes se mantém inerte, o Congresso Nacional e o Poder Executivo, onde se encontram o Presidente da República, seus Ministérios e a Administração Pública em Geral.

Corroborando com o entendimento acima, para Maria Domingues (2012, p.3) a Judicialização envolve certa transferência de poder aos Juízes e aos Tribunais, o que gera grandes alterações na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade e ainda se trata de um fenômeno bastante complexo que possui diferentes dimensões. O que se compreende com base nas palavras de Maria Domingues e que há a transferência de decisão dos poderes Executivo e Legislativo para o poder Judiciário, que passa a estabelecer normas de condutas a serem seguidas pelos demais poderes já o que as anteriores não estavam garantindo a concretização de Direitos Fundamentais.

Mesmo que tanto o ativismo e a judicialização tem como intuito o de efetivar direitos e garantias fundamentais possuem suas diferenças, para o Ministro Barroso (2012, p.4), eles não têm a mesma origem, não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas, mesmo que tenham ainda o mesmo resultado. Irá ocorrer a judicialização quando o Judiciário decidir porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa, se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.

Podemos citar tanto exemplos de ativismo como também de judicialização. No que se refere ao ativismo temos no ordenamento a ADI 4277 de suma importância para a comunidade LGBTQIA+ no que se refere a possibilidade de casamento e de reconhecimento enquanto família de pessoas do mesmo sexo e também quando ficou decidido à vedação do nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, através da súmula vinculante nº13 do STF. Já exemplos de judicialização podemos citar um em julgamento, de importância para esta monografia, o da distribuição de medicamentos e determinação de terapias que estão fora da tabela do SUS que será melhor analisado em capítulo próprio.

O que se pode compreender com todo o exposto até então é que tanto o ativismo judicial como a judicialização do direito tem um fim em comum que é o de possibilitar uma nova interpretação a garantias fundamentais dispostos na Constituição, contudo, há uma diferença entre ambos, visto que no ativismo é uma escolha que é feita de interpretar uma norma e dar a ela um novo entendimento, já a judicialização não tem essa escolha, o julgador lhe é imposto o dever de interpretação principalmente quando aquele que tinha o dever de legislar e promover o acesso às políticas públicas dos direitos fundamentais não o fazem.

Com base no exposto até aqui é importante salientar a possível relação entre as medidas estruturantes para com a judicialização e ativismo judicial. Com base no dizeres de Renata Jauris e Luiz Bellinetti (2020, p.3) as decisões estruturantes consistem em diretivas para a concretização de um determinado direito adjudicado, por meio de uma decisão judicial, sendo assim, as medidas estruturantes são o resultado da atividade do Judiciário na solução de conflitos, visando conferir efetividade e, ao mesmo tempo, neutralizar os impactos econômicos, culturais e sociais ocasionados pela implementação da decisão.

Analisando, portanto, tanto os conceitos de ativismo e judicialização, juntamente com o prévio entendimento a respeito das decisões estruturantes, a conclusão que se chega é que a depender do caso concreto poderá uma decisão estruturante ser considerada um judicialização do direito, mas também um ativismo judicial, o que vai delimitar e como o caso concreto de violação ou omissão chega nas mãos do judiciário. Uma base para este entendimento advém dos dizeres de Marco Jobim (2013, p.102), pois segundo ele, devem existir momentos nos quais o Poder judiciário é incumbido de mostrar o caminho que o texto legal tem, de acordo com o momento cultural, diante dos parâmetros constitucionalizados, podendo se considerar em determinados casos um tipo de ativismo inerente ao julgador.

Complementando, Marco Félix Jobim (2013, p.95) expõe que de fato cabe aos poderes Legislativo e Executivo o preenchimento de lacunas existentes, assim como as instituições privadas, mas não admite que os Juízes não possam participar deste debate público,



com a simples justificativa de intervenção. Por este motivo que defende o autor que todos têm voz no modelo estruturante (*adjudication*), que significa ser um processo no qual os juízes realmente concedem significado a determinados valores públicos, mostrando assim ser lógico a intervenção do poder judiciário, principalmente quando os outros poderes, mais precisamente o legislativo, não fazem seu dever, se mostrando assim omissos.

Com base no explanado até o presente momento, o que se observa é que o modelo de decisão estruturante muito se assemelha ao entendimento a interferência por meio de um ativismo judicial e judicialização, principalmente quando o poder judiciário pega para si a responsabilidade de fechar as lacunas, efetivar e promover direitos e garantias fundamentais quando na verdade era de responsabilidade do poder legislativo. Todavia, para melhor profundidade a respeito do tema relativo às medidas estruturantes é que será de suma importância dar maior enfoque no próximo tópico de estudo quanto a conceituação e de onde surgiu este modelo de decisão, para que quando for adentrar no relativo à possibilidade de ingresso no ordenamento brasileiro é possível relação para com o RE 566.471 tenha-se um maior embasamento.

### **3.3 Historicidade das Medidas Estruturantes: Noções e características deste modelo de decisão.**

Segundo informa Marco Félix Jobim (2013, p.90) a expressão “medidas estruturantes” advém da tradução de “*structural reform*”, já tendo sido traduzida ou como “reforma estrutural, ou como “ações estruturais”. Com base ainda nos dizeres de Marco Jobim (2013, p.92), tendo como base de sua fundamentação Owen Fiss, a origem referencial das medidas estruturantes tem seu marco em 1954 com o caso *Brown v. Board of education* que foi de suma importância uma vez que encerrou com a doutrina do sistema de segregação racial conhecido como *Separate but equal* e foi neste julgamento, segundo Fiss, que uma nova forma de *adjudication*, a qual denominou de *structural reform*, ou medidas estruturantes surgiu.

Complementa ainda Marco Félix Jobim (2013, p.77) em relação ao caso acima, acabou por encerrar a doutrina racista que vigorava até então nos Estados Unidos, concedendo aos negros o direito de frequentar as mesmas escolas que as pessoas brancas, interpretando assim corretamente, segundo Jobim, a 14ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua

jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residem. Nenhum Estado aprovar ou executar leis restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igualdade de proteção perante a lei”.

Felipe Bastos e Jefferson Guedes (2019, p.11) quando estão a tratar a respeito deste primeiro e importante caso *Brown v. Board of education*, que lançou a base das decisões estruturantes, informam que este julgamento serviu como marco para reconhecer que cabe sim, ao poder Judiciário determinar a adoção de políticas públicas, não se tratando de uma interferência, mas sim, com o importante papel de garantir o cumprimento dos valores constitucionalmente garantidos uma vez devidamente constatado que as políticas adotadas pelo Executivo não forem aptas para tanto ou diante da mora do Poder Legislativo em regulamentar determinado direito.

Fredie Didier Júnior *et al* (2020, p.2) lembra também de outro caso em que se pode observar a presença de decisões estruturantes na justiça americana que é o do *Holt vs. Sarver*, por meio dos quais todo o sistema prisional do estado do Arkansas nos Estados Unidos, foi judicialmente impugnado, em demandas que visavam à reforma completa do sistema penitenciário e que serviram de base para outras demandas similares, deflagradas posteriormente em 1993 contra quarenta outros estados norte-americanos. Segundo Didier e colaboradores, a partir dos casos citados passou-se a designar como decisão estrutural aquela que buscasse implementar uma reforma estrutural.

Marco Félix Jobim (2013, p.97) traz ainda importante apontamento, com base na doutrina de Owen Fiss, que existem dois modelos de *adjudication* nos Estados Unidos: o *dispute resolution*, e o *structural litigation*. Segundo diferencia o autor, o *dispute resolution* é composto quase sempre de indivíduos, não existindo espaço para entidades sociológicas ou minorias, já no *structural litigation* a ideia é de que a *adjudication* serve para a reestruturação do status quo daquele caso, enquanto no *structural suit* há uma negação de que este status possa ser justo e que o modelo de *dispute resolution* isola o Judiciário dos demais poderes, enquanto no *structural litigation* o Poder Judiciário integra uma parte do governo.

No entendimento de Renata Jauris e Luiz Fernando Bellinetti (2020, p.67) as medidas estruturantes terão sua utilização indicada, nas situações em que for observado que na fixação do comando decisório, as respostas diretas e imediatas não estão sendo mais adequadas para a efetiva resolução do conflito. Para os referidos autores estes tipos de medidas têm sua utilização recomendada em conflitos que demandem respostas difusas, com imposição

gradativa e orientada para o futuro, portanto, o que se entende aqui é que as decisões estruturantes não visam apenas o individual e sim o coletivo com uma visão para o futuro de um todo.

Dando mais embasamento para a temática, Edilson Vitorelli *et al* (2018, p.8) quando falam a respeito de um processo estrutural, entendem ser um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural. Os autores supracitados ainda entendem como equívoco o tratamento não estrutural do litígio, haja vista que, estes tipos de tratamentos acarretam apenas em uma ilusão de solução, mas não produz resultados sociais significativos, eis que as causas do problema permanecem, sendo que em alguns casos as decisões apenas aprofundam as desigualdades que se pretendia melhorar.

No tocante a importância e necessidade de adotar as medidas estruturantes, Marco Félix Jobim (2013, p.90) defende que há casos em que não importa o rompimento do paradigma cultural, tampouco se questiona ser justa ou boa uma determinada decisão judicial, o poder judiciário, segundo Jobim, terá o dever de manter a decisão pelo fato de que é nela que reside a nova ordem jurídica da sociedade aliado ao fato de que já consumado um status no qual não se pode mais voltar no tempo, e mesmo qual seja o caso em discussão uma boa decisão ou não, ou uma quebra de paradigma de uma hora para outra, uma das formas, segundo o autor supracitado, da decisão judicial ser efetivada é por meio da implementação das medidas estruturantes.

Para Fredie Didier Júnior *et al* (2020, p.2) as reformas estruturantes seriam aquelas que tem como objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos e por este motivo o processo em que ela se constrói passou a ser chamado de processo estrutural. E este ponto segundo explica Didier e colaboradores é que se parte da premissa de que a ameaça ou a lesão que as organizações burocráticas representam para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas.

Felipe Nogueira e Jefferson Guedes (2019, p.10) tendo como base de fundamentos os dizeres de Fredie Didier Júnior, entende que o intuito maior das medidas estruturantes é a de promover uma reorganização de toda uma instituição, com a alteração dos seus procedimentos internos, da sua organização e da mentalidade dos agentes públicos, para que passem a cumprir a sua função de acordo com os valores afirmados pela decisão. Ainda complementa informando que estas medidas têm como característica adjudicar direitos e ao mesmo tempo estabelecerem

uma programação de como esses direitos serão executados.

Ainda nesta linha, Melina Fachin e Caio Schinemann (2018, p.13) entendem que as decisões estruturantes continuam a significar, tal qual na jurisdição constitucional norte-americana, mecanismos jurisdicionais de reestruturação de determinados arranjos da sociedade. Mostrando aqui a sua grande importância, que segundo os autores supracitados é a de cumprir as promessas presentes nas Constituições, sobretudo quando é possível observar ao se fazer análise da reiterada omissão estatal na proteção e promoção no que se refere aos direitos humanos não sendo, portanto, uma intervenção do judiciário.

No que tange a finalidade das decisões estruturantes, Felipe Nogueira e Jefferson Guedes (2019, p.11) chegam a conclusão, com base tanto nos ensinamentos de Fredie Didier, como também do caso *Brown v. Board of Education*, que é justamente possibilitar uma solução adequada para o conflito que se instaurou, procurando, por meio da decisão judicial, mecanismos que permitam que a decisão seja de fato efetiva, sem se prender apenas ao texto de Lei, como por exemplo, a progressividade da implementação da decisão a partir de uma perspectiva futura da questão enfrentada pelo o Poder Judiciário.

O que se pode perceber até então é o fato de que a adoção das decisões estruturantes em um ordenamento jurídico é de suma importância para uma maior efetividade das decisões envolvendo Direitos Fundamentais, haja vista que se sai de uma visão fechada para uma mais ampla não ficando a mercê apenas de texto de Lei. Neste ponto Gustavo Osna (2017, p.200) discorre que as decisões estruturais, frutos da atividade jurisdicional criativa, levam à conclusão de que, a partir da legitimação estatal para atuar em conflitos típicos do Estado moderno, o apego irrestrito à legislação escrita assume papel secundário e insuficiente, e logicamente um magistrado “Boca de lei” sequer estaria preparado para agir em consonância a suas novas tarefas.

Felipe Nogueira e Jefferson Guedes (2019, p.12) fazem atenção a um ponto importante a respeito dessa atuação do poder judiciário ao defender que, quando se utiliza do processo estrutural não se tem como finalidade intervir nos demais poderes de Estado, o intuito é permitir que se dê cumprimento aos direitos fundamentais, função previamente determinada pela própria CF/88 ao Supremo Tribunal federal em seu artigo 102 (“compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”), por intermédio de uma relação dialógica e perene, com o intuito de concretizar e reafirmar os direitos fundamentais, todavia, alerta os autores que é necessário ter em mente que a utilização somente deve ocorrer de forma excepcional, sendo a última ratio.

Melina Fachin e Caio Schinemann (2018, p.224) ressalta ainda algo que deve ser

feita atenção quando se falar da aplicação das decisões estruturantes em determinado ordenamento, quando defendem que a Corte não deve atuar apenas de forma acautelatória na tutela de direitos, mas também deve promovê-los a sociedade. E por este motivo acima defendido é que segundo eles estas decisões não devem almejar apenas a solução do caso concreto (efeitos materiais diretos), mas também efeitos indiretos e simbólicos decorrentes de litígios desta natureza, esclarecendo assim que este tipo de modelo de decisões é mais complexo do que se parece podendo se prolongar no tempo.

Complementando a defesa dos autores supracitados é importante citar o entendimento de Vanessa Reichert (2015,p.58) tendo em vista que, segundo ela, quando se fala em medidas estruturantes, aqui não se busca declarar que está correto ou quem está errado no litígio, nem ao menos aferir os danos causados e muito menos apenas proferir uma decisão que valerá única e exclusivamente para que um caso em específico deixe de ser praticado, quando se fala nas decisões estruturantes a função do juiz aqui é a de conferir significado concreto e aplicação aos valores constitucionais. Portanto o entendimento que pode ser retirado aqui é que caberá ao magistrado buscar a “melhor” medida judicial, não tendo como objetivo basicamente o de eliminar violações, mas sim de efetivar os valores constitucionais.

O que se pode entender até aqui é que a adoção das decisões estruturantes amplia o sentido Juiz na hora de interpretar o Lei, não ficando somente preso ao texto, e sim tendo mais criatividade de interpretação fazendo com que de fato se aplique não só ao caso concreto como também aos outros litígios com a mesma base. Nesta mesma linha de entendimento está Ricardo Alexandre Silva (2012, p.177), pois, segundo ele poderá o juiz tomar a providência que considerar mais adequada ao caso concreto, esteja ou não expressamente prevista no texto legal, fazendo com que, o argumento de inexistência de procedimento específico expresso não encontre respaldo uma vez adotada no ordenamento a decisão estruturante.

Por fim, com tudo que foi explanado, partindo desde a evolução do judiciário no decorrer da era republicana até a análise do ativismo e judicialização, juntamente do estudo do modelo de decisões estruturantes, é que se partirá para discutir no último capítulo do presente trabalho, não só a possibilidade de adoção deste modelo de decisões no ordenamento jurídico brasileiro, ou se foi adotado e não foi percebido, como também se este seria eficaz para diminuir os inúmeros casos envolvendo o Direito à saúde que a todo momento chegam no judiciário requerendo a obrigação do Estado em custear o pagamento de tratamentos a partir de medicamentos de alto custo fora da tabela disponibilizada no Sistema Único de Saúde como no RE 566471.

#### **4 DECISÕES ESTRUTURANTES E O FORNECIMENTO DE FÁRMACOS DE ALTO CUSTO: LIMITES E POSSIBILIDADES NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.**

As medidas estruturantes conforme já visto anteriormente são modelos de decisões complexas, de viés coletivo, que buscam muito mais do que resolver apenas 1 (um) litígio, buscam a real efetivação dos direitos e garantias fundamentais com visão para o futuro não se prendendo apenas a dicotomia bipolar das decisões consideradas padrão, onde se tem a acusação de um lado e o réu de outro. Isso significa dizer que são policêntricos, com grupos que podem possuir interesses distintos e até mesmo conflitantes, mas dependentes e relacionados entre si, bem como voltados à realização dos objetivos constitucionais (DIDIER, ZANETTI, 2018, p.38).

Assim, o que se percebe até o momento é que este modelo de decisão é benéfico quando se busca a efetivação de direitos e garantias fundamentais, e é com base nisto que neste último capítulo terá como foco principal a análise do voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE 566.471/RN que trata a respeito da obrigação no fornecimento de medicamentos de alto custo por parte do Estado, porém antes de adentrar no cerne da questão deve-se primeiro analisar se o judiciário já decidiu com base nas medidas estruturantes e se este modelo é possível de adentrar e assim fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro.

##### **4.1. Decisões estruturantes: Possibilidade jurídica e aparições na jurisdição constitucional brasileira.**

Como visto, as medidas ou decisões estruturantes são um mecanismo de grande ajuda para garantir a efetivação de Direitos e Garantias Fundamentais já dispostos na Constituição. A partir disto o que se passa a indagar é se poderia haver a aplicação de decisões estruturantes e a sua amplitude no que diz respeito à possibilidade de implementação em todo e qualquer processo no ordenamento brasileiro. Para começar a responder esta dúvida deve-se analisar o artigo 10º, caput, da Lei nº 9882/99, que dispõe sobre o processo e julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), e que assim dispõe: “Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental” (BRASIL, 1999).

No primeiro momento pode-se não observar a importância do referido artigo, contudo, segundo parte doutrina e a partir dele que é verificado a abertura para as medidas estruturantes no direito brasileiro. Um dos, e o já citado neste trabalho, Marco Félix Jobim (2013, p.183), defende a arguição 10<sup>o</sup>, *caput*, da Lei nº 9882/99 sendo o mais importante dispositivo de toda a legislação infraconstitucional brasileira no que concerne à efetividade de uma decisão judicial e abertura do sistema para a doutrina das medidas estruturantes. Na mesma linha Gilmar Mendes (2011, p.301) entende que o dispositivo apresenta uma clareza ímpar que é a de fixar condições para aplicação e interpretação do preceito violado, o que importa em expor que o Tribunal não apenas declara o Direito, mas também passa a possibilidade de interpretação do que foi violado.

Portanto com base nas palavras de ambos os autores supracitados e também na própria legislação ora vigente, o tema referente às decisões estruturantes têm sua possibilidade de ingresso no ordenamento jurídico pátrio a partir do controle de constitucionalidade na Arguição do Descumprimento de Preceito Fundamental, dando desta forma a possibilidade legal e constitucional do Supremo Tribunal Federal em proferir decisões judiciais de natureza estruturantes, contudo este mesmo ordenamento que possui a abertura para a aplicação deste modelo também é o mesmo que, como será verificado ainda neste tópico, possui princípios inerente às decisões judiciais que podem afastar a efetivação de uma decisão estruturante.

O Código de Processo Civil de 2015 está propício para auxiliar na construção de uma decisão de cunho estruturante, podendo ser observado, segundo apontam Marco Jobim e Sérgio Arenhart (2019, p.653) a partir da leitura de um novo modelo de processo, constitucionalizado, com contraditório forte, onde o mérito passou a ter preferência à forma, a decisão passou a ter uma teoria própria com a leitura do art. 489, §1 e §2, isso sem deixar de mencionar a abertura para manifestação de terceiros, como por exemplo o *amicus curiae*. Outro ponto que os autores citados mencionam são as formas de efetivação das decisões judiciais expostas no art.139, IV, CPC (mandamento, sub-rogação, indução e coerção) que apontam para um Poder Judiciário mais apto a expedir técnicas estruturantes.

Todavia antes de adentrar neste ponto cabe salientar os dizeres de Melina Fachin e Caio Schinemann (2018, p.17) que entendem as medidas estruturantes sendo uma exceção ao regime tradicional de separação de poderes e por isso devendo ser vistas de forma subsidiária para a sua aplicação, e quando os autores falam nesta subsidiariedade dividem em dois aspectos, sendo ele o externo e o interno. No ponto de vista externo entende-se que só será utilizado o modelo estruturante quando restar observado que os mecanismos políticos ordinários falharam de forma reiterada, ou seja, se está falando de quando a promoção de direitos mediante políticas

públicas originárias do executivo e legislativo se mostrarem ineficazes ou quando forem observados ausência de vontade política para devidamente concretizá-las.

Partindo para a análise do ponto de vista interno à decisão, Melina Fachin e Caio Cesar Schinemann (2018, p.16) defendem por sua vez que, a subsidiariedade se manifesta na primazia dos mecanismos dialógicos e flexíveis de implementação da decisão em detrimento dos mais gravosos. Ou seja, com base nas palavras dos autores supracitados, só poderia considerar legítimas as intervenções nas demais esferas de poder apenas quando vierem precedidas de tentativas de solução mais brandas e voltadas à busca do consenso, mostrando aqui que este modelo de decisão não seria usado para todo e qualquer caso judicializados no Brasil, mas sim para situações específicas em que já foi tentado resolver de outra forma, sem interferência, mas sem resultados efetivos.

Além do aspecto da subsidiariedade Melina Fachin e Caio Cesar Schinemann (2018, p.16) trata a respeito de outro aspecto inerente às decisões estruturantes e que merece atenção, que é o da proporcionalidade. Sobre este ponto entende-se que, ainda que em geral não seja, decidir tendo como base a proporcionalidade deveria ser fator balizador de qualquer decisão, seja ela estruturante ou não, que se dê contra o Poder Público, haja vista que neste ponto o Juiz deveria ponderar sobre as consequências do provimento que está concedendo, sobretudo naquilo que afeta a promoção de direitos por outras medidas já existentes, além de observar o aspecto econômico, isto porque, ao fim, a execução contra a Fazenda encontra satisfação no dinheiro público, fruto da arrecadação dos contribuintes.

Continuando ainda a tratar das medidas estruturantes é de suma importância salientar que mesmo sendo possível a sua aplicação em decisões pela ADPF, têm-se também possíveis impedimentos que poderiam dificultar sua efetividade no ordenamento brasileiro, como já relatado acima. Renata Jauris e Luiz Bellinetti (2020, p.69) entendem que os principais impedimentos, apontados pela doutrina especializada à aplicação das medidas estruturantes existentes no processo civil brasileiro, são, primeiramente os limites impostos pelo princípio da demanda, juntamente da inadequação das medidas estruturantes ao sistema de controle do poder estatal e além do fato importante da ausência de previsão normativa, no sistema brasileiro, suficiente para lastrear a aplicação do instituto.

O princípio da demanda acima citado, também conhecido como princípio da adstrição, segundo entendimento de Samuel Paiva e Leonardo Nunes (2017, p.249) traz em si a ideia de que é o autor quem decide contra quem litiga, o que pedirá contra o seu adversário e ainda com fundamento em qual causa de pedir, deduzirá a pretensão. Juntamente deste, como uma consequência, tem-se o princípio da correlação, que segundo os autores supracitados, com



base no artigo o 492 do CPC/15, ao magistrado é defeso proferir ao autor mais do que ele pediu, algo diverso do que ele pediu, ou eximir-se de julgar o pedido ou algum dos pedidos, e uma vez desrespeitados ambos se têm como resultado a nulidade da sentença proferida.

Renata Jauris e Luiz Bellinetti (2020, p.70) na mesma linha em relação aos princípios citados, que estes não seriam adequados para a aplicação do modelo estruturante haja vista que, nas ações estruturais as necessidades de proteção são mutáveis, e o que é suficiente e compatível em um determinado momento, muito frequentemente, poderá não ser em outra ocasião, ou seja, não se trata aqui de uma perspectiva individualista, assim, acaba por se tornar muito difícil que o autor da demanda possa, já na sua petição inicial saber a exata dimensão para atender de forma adequada, o direito protegido, e mesmo que de alguma forma o mesmo consiga esta antecipação, ainda assim, segundo os autores, somente se poderá ter certeza que estas medidas foram suficientes ao final do processo.

Complementando o disposto acima, Samuel Paiva e Leonardo Nunes (2017, p.250) fazem atenção ao exemplo das políticas públicas, uma vez que a discussão judicial destas ações e programas governamentais implicam conflitos cujas condições são altamente mutáveis e fluidas, e este ponto impõe uma dificuldade imensa para o autor da demanda em determinar, no início do litígio exatamente os pontos necessário para sanar o problema, justamente porque as necessidades de proteção de um requerente e uma determinada situação, tem grandes chances de serem distintas daquelas existentes em outra ocasião e demandada por outra pessoa mesmo se tratando do mesmo direito em discussão.

Ainda nesta linha de pensamento Owen Fiss (2017, p.41), entende que o modelo estrutural envolve o distanciamento de um modelo ideal, de um protótipo ou ação judicial “modelo”, ou seja, segundo Fiss, a lógica processual inerente as medidas estruturantes não se coaduna a uma interpretação restrita do princípio da congruência e da adstrição, uma vez que, possui este modelo de decisão como objetivo maior, o de ir ao encontro com a conhecida burocracia estatal, sendo assim uma decisão que busca não apenas eliminar o que é entendido no caso concreto enquanto uma violações a direitos protegidos pela Lei Maior, mas também efetivar valores tão caros e fundamentais à sociedade.

Corroborando com a linha de raciocínio dos autores supracitados é de suma importância também citar o entendimento de Sérgio Cruz Arenhart (2017, 423) quando o mesmo traça a diferença entre a visão tradicional do litígio, para com a estruturante. Segundo o autor têm-se como característica principal do litígio estrutural a multiplicidade de interesses que se inter-relacionam sobre o objeto do litígio, e diferentemente, no litígio tradicional o que se têm é uma estrutura bipolar, que nada mais é do que dois polos bem definidos, um buscando

algo e outro resistindo a essa pretensão. Ou seja, com base em Arenhart (2017, 423) o conflito estrutural trabalha com posições e opiniões diversas, sendo muitas delas antagônicas, a respeito do tema a ser tratado.

Sérgio Cruz Arenhart (2017, p.12) traz ainda um importante esclarecimento para o entendimento a respeito das medidas estruturantes quando discorre a respeito do que entende enquanto “providimentos/decisões em cascata”, que é algo muito frequente no empregado deste modelo estruturante de modo que os problemas deverão ser resolvidos à medida que apareçam, ou seja, o processo decisório se prolonga no tempo, isto porque segundo Sérgio Arenhart, é típico das medidas estruturais a prolação de uma primeira decisão, sendo esta, normalmente genérica, abrangente, com a sua principal função de estabelecer uma “primeira impressão” sobre as necessidades da tutela jurisdicional, sendo assim, outras decisões ainda serão exigidas, que implicará avanços e retrocessos no preceito em litígio para que haja a solução do problema.

Todavia, quando trata-se a respeito da possibilidade de aplicação em nosso sistema jurídico, haja vista que a criação das medidas estruturantes se dera no modelo Common Law, segundo entendimento de Humberto Pinho e Victor Côrtes (2014, p.12), apesar da figura das medidas estruturantes ter nascido neste tipo de sistema, ainda assim poderia ser aplicado no sistema da Civil Law, sem prejuízo nenhum. Os autores supracitados sinalizam que é importante observar que as medidas estruturantes buscam a efetividade máxima da decisão e por esta razão tanto as sentenças que versam sobre direito público quanto as que versam sobre direito privado são capazes de utilizar tal medida.

O Supremo Tribunal Federal já perdeu oportunidades em determinados casos de implementar as medidas estruturantes a fim de dar máxima efetivas as garantias constitucionais, como no caso da união estável por pessoa do mesmo sexo, que, como bem lembra Marco Jobim (2013, p.162) em votação unânime, julgou procedente, declarando a possibilidade desta parte da população poderem realizar uniões estáveis, mesmo com uma pesquisa realizada na época pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE) onde restou constatada que mais da metade dos brasileiros eram contrário a união homoafetiva.

Contudo, mesmo que este direito tenha sido reconhecido, lembra ainda Marco Jobim (2013, p.162) que outros questionamentos começaram a ser realizados após a decisão, como, por exemplo: pode um casal homoafetivo adotar? Qual o alcance do regime de bens não convencional pelo casal? Estes são meros exemplos conforme o autor supracitado, razão pela qual, seriam capazes, desde já, o Supremo Tribunal Federal, por meio das medidas estruturantes, conseguir dar condições de possibilidade de efetividade máxima da sentença normativa prolatada preenchendo as lacunas que uma decisão como esta poderia gerar. O fato

é que aqui claramente as medidas estruturantes seriam passíveis de auxiliar na concretização da decisão, uma vez que poderiam ter elencado rol de instituições para que atendessem à nova ordem vigente após a sentença normativa.

Têm-se ainda um caso de suma importância e que merece atenção devido a sua complexidade de interesses, que é o do desastre ambiental ocorrido em novembro de 2015 em Mariana (MG). No que diz respeito ao caso e a sua multiplicidade de interesses envolvidos, Samuel Paiva e Leonardo Nunes (2017, p.248) destacam, o interesse das empresas mineradoras (Vale, Samarco e BHP), o dos entes públicos (os Municípios, os Estados, a União), o dos órgãos controladores e fiscalizadores (como o IBAMA, IGAM, IPHAN), o das comunidades indígenas que povoam a região, sem ainda entrar no mérito das medidas que deveriam ser tomadas a curto, médio e longo prazo como o reassentamento das famílias atingidas, a despoluição dos rios e afluentes em que foram despejados os rejeitos.

Com a breve incursão do caso acima o entendimento prévio, com base no entendimento de Samuel Paiva e Leonardo Nunes (2017, p.248), é que se tem um litígio de interesse público, altamente complexo e polimorfo uma vez que o caso traz reflexos não somente ambientais, mas também econômicos, sociais, dentre outros, no qual é imprescindível repensar a lógica processual clássica bipolar predominante no ordenamento jurídico atual, por meio da implementação de medidas estruturais. Isto porque, tanto Paiva e Nunes (2017, p.248) defendem que neste caso deve-se garantir não só o real acesso à justiça aos sujeitos interessados no provimento jurisdicional, mas também a efetividade aos direitos, haja vista a complexidade do litígio, já mencionado anteriormente.

Dentre os casos no Supremo Tribunal Federal em que é possível observar o emprego das medidas estruturantes, mesmo que de forma receosa, temos como primeiro exemplo a Ação Popular da Reserva Raposa Serra do Sol com a numeração 3.388/RR que teve como relator o Ministro Carlos Ayres Britto e seu objetivo principal foi o de impugnar o modelo contínuo de demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, trazendo para a pauta do litígio a validade da Portaria n. 534/2005 do Ministério da Justiça e o Decreto de 15/04/2005 do então presidente em exercício, Luiz Inácio Lula da Silva. Nesta ação foi declarada válida tanto a portaria como o Decreto.

Porém o ponto importante para fazer atenção foi a decisão proferida pelo Ministro Alberto Menezes Direito, em que, segundo Marco Jobim (2013, p.165) atribuiu o caráter estrutural no momento em estabeleceu dezoito condições para que houvesse o usufruto da terra pelos índios da região de maneira contínua, que versavam sobre diversos pontos, como pesquisa e lavra de riquezas minerais, a exploração de recursos hídricos, dentre outros, e para o autor o

voto do Ministro restou deveras parecido com a do importante caso *Brown v. Board of Education of Topeka* já tratado neste trabalho, todavia não relacionado ao conteúdo material, mas formalmente, isto porque em ambos os litígios as medidas de modelo estruturante, mesmo que de forma receosa no caso brasileiro, os julgadores tiveram como seu intuito de trazer uma maior efetividade para a decisão.

Outro caso é o da Ação Civil Pública nº. 93.80.00533-4, “ACP do Carvão”, que por sua vez surgiu com o intuito de recuperar os passivos ambientais gerados entre o período de 1972 a 1989 que pode ser entendida como um dos primeiros sinais da aplicação do processo estrutural no Brasil, isto por que segundo discorre Fernando Luque (2020, p.97), este caso, onde restou decidido na condenação, não apenas da diretoria da mineradora, mas também do Estado de Santa Catarina e União, ao desenvolvimento de um projeto de complexa recuperação da região degradada, trouxe traços da decisão efetivamente estrutural, no momento em que, dentre outras inovações, a que se pode retirar, foi feita a disponibilização de um portal para dar publicidade ao caso e obter uma acentuada participação social no gerenciamento da questão.

Outro caso que ainda pode ser citado aqui é o mandado de injunção n.708, que Marco Jobim (2013, p.169) informa que se tratava da análise da greve dos servidores públicos civis impetrado pelo Sindicato dos trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (SINTEM) em face do Congresso Nacional, contestando a ausência de lei que regulamente o exercício do direito de greve, tendo sido julgado em 2007 foi estabelecido dezesseis condições para a utilização da referida lei. Jobim ainda faz atenção a de nº10 no qual se veda à administração qualquer meio de constrangimento para o empregado voltar a trabalhar ou ainda frustrar a divulgação do movimento e está recomendação como defende Jobim é um típico caso de medida estruturante.

A conclusão que se chega até o presente momento é que, não é que o Estado já se utilizou ou ainda vai se utilizar das decisões estruturantes no ordenamento jurídico pátrio, mas sim que é necessário que o judiciário estabeleça uma nova tipologia processual que não seja necessariamente ligada a uma bipolaridade de lados em uma demanda judicial e sim algo mais amplo, pensando em todas as outras esferas ou indivíduos que serão afetados pela decisão, como é observado no modelo estruturante. E sim, é possível observar que o poder judiciário já vem se utilizando, mesmo que sutilmente deste modelo surgido na América do Norte, cabe somente a implementação de fato nas demandas atuais, principalmente na judicialização da saúde.

É partindo deste ponto, com a devida observação de decisões em que o STF, mesmo receosamente já fez aplicação de uma medida estruturante que no próximo tópico a análise e discussão passará para os casos de tutelas jurisdicionais de medicamentos e até que ponto os

entes federados terão a responsabilidade de arcar com estes custos. Para isso, primeiramente será buscado através da doutrina os entendimentos acerca justamente das tutelas jurisdicionais para que só assim possa ser analisado com mais clareza os entendimentos jurisprudenciais nos casos dos tratamentos a base de medicamentos e fornecimento por parte do Estado.

#### **4.2 Tutela jurisdicional em matéria de fornecimento de medicamentos no STF: A responsabilidade dos entes federados frente a estas demandas.**

Inúmeros são casos que chegaram ao Supremo Tribunal Federal quando se trata de pedidos para custeio por parte do Estado a tratamentos via medicamento de alto custo, conforme informa pesquisa divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça (2019) que o número de demandas judiciais relativas à saúde registrou um aumento de 130% e que temas como fornecimento de medicamentos de alto custo são as mais frequentes no sistema público brasileiro. Sobre o quantitativo de demandas a Saúde, Ana Pompeu e Hyndara Freitas (2020, p.1) informam que no judiciário brasileiro são cerca de 10 mil demandas em andamento, sem que se conte estados e municípios, e que destes casos, 70% pede o fornecimento de medicamentos, porém a dúvida que resta até o momento é a possibilidade obrigação estatal neste custeio.

Contudo, antes de adentrar de fato no mérito desta discussão que é acerca do fornecimento de medicamentos de alto custo por parte do Estado, é de suma importância observar o que a doutrina brasileira entende por tutela jurisdicional. Cândido Rangel Dinamarco (2009, p.107) entende como “o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num litígio deduzido em processo”, sendo assim, com base nos dizeres do referido autor a tutela consiste na melhoria da situação de uma pessoa, pessoas ou grupo de pessoas, em relação ao bem pretendido ou à situação imaterial desejada ou indesejada, ou seja, se compreende aqui que ela é sempre conferida a pessoas e não a direitos, podendo ser conferida tanto ao autor como também ao réu.

Complementando e na mesma linha de raciocínio do autor supracitado, João Batista Lopes (2005, p.20) define a tutela jurisdicional efetiva como sendo a que garante o pleno exercício dos direitos e faculdades no curso do procedimento dando razão a quem a tiver segundo os ditames da ordem jurídica. Já Cássio Scarpinella Bueno (2008, p. 267) entende de um modo particular sobre este tema, pois segundo ele a tutela jurisdicional, antes de mais nada

deve ser entendida como a contrapartida garantida pelo Estado de atribuir os direitos a seus titulares, em razão de ter assumido a tarefa de pacificar a sociedade. Sendo assim, é notável que a tutela nada mais é do que o amparo do Estado para resolver conflitos, aproximando-se o máximo possível de uma decisão “justa” ao caso concreto.

Sabendo que as tutelas jurisdicionais são o modo pelo qual se busca a resolução de conflitos, não só para reconhecer ou declarar direitos, mas também para tornar concretos ou oferecer condições para sua concretização, e que se deve adentrar nas tutelas jurisdicionais em matéria de fornecimento de medicamentos de alto custo. Sobre este ponto, é necessário voltar ao entendimento da Constituição Federal em seu artigo 196, *caput*, que quando trata-se do Direito à Saúde este é definido enquanto um “direito de todos e dever do Estado”, e o Estado aqui mencionado é formado pela União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, devendo aos mesmos a obrigação de promover a saúde da população de forma solidária, conforme o artigo 23, II, CF/88 (BRASIL, 1988).

Em relação ao tema da solidariedade dos entes federativos, o Supremo Tribunal Federal em 2019 firmou entendimento quando julgou os embargos de declaração no Recurso Extraordinário 855.178. O caso em questão trata a respeito do requerimento de Maria Da Cruz Santos, que havia ingressado com uma ação visando à obtenção da medicação de nome BOSENTANA (TRACLEER 62,5mg/125mg), tendo logrado êxito já em sede de antecipação de tutela deferida em audiência realizada em 19/10/2009 assim determinando a aquisição do medicamento pelo Estado de Sergipe e o cofinanciamento do valor por parte da União, em percentual correspondente a 50% (cinquenta por cento) do valor.

Ocorre que no presente caso houve uma problemática, haja vista que, dois meses após a concessão da referida tutela, sobreveio o falecimento da autora, provocando por consequência a cessação da obrigação de fazer, contudo, persistiu o inconformismo da União quanto à ordem de ressarcimento parcial do custeio do medicamento ao Estado de Sergipe que optou por propor embargos de declaração em face de decisão tomada pelo Plenário desta Corte dado o entendimento do ente federado na existência de duas correntes distintas. No julgado do presente embargo restou decidido que:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DESENVOLVIMENTO DO PROCEDENTE. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DE SOLIDÁRIA NAS DEMANDAS PRESTACIONAIS NA ÁREA DA SAÚDE. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico

adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente ou conjuntamente.

2. A fim de otimizar a compensação entre os entes federados, compete à autoridade judicial, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, direcionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

3. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. Precedente específico: RE 657.718, Rel. Min. Alexandre de Moraes.

4. Embargos de declaração desprovidos (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: RE 855.1780005840-11.2009.4.05.8500, PE – Pernambuco. Relator: Ministro Luis Fux. Data de Julgamento: 05/03/2015. DJe-16-03-2015).

O que pode-se observar no entendimento da presente decisão é algo que Gilmar Mendes (2014, p.54) já defendia, pois, segundo ele caso um dos entes federados não venha a cumprir com sua atribuição, os demais não poderão se eximir de cumprir obrigação imposta pela própria Constituição Federal baseando-se apenas em atos normativos infralegais, e dessa forma pondo em risco a vida daqueles que necessitam da prestação. O referido Recurso Extraordinário que teve como Relator para o acórdão o Ministro Edson Fachin, que refletiu o voto majoritário, na sessão Plenária de 23.5.2019 culminou com a fixação da seguinte tese de repercussão geral nº 793 pelo STF:

**“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”**, nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não fixava tese. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: RE 855.1780005840-11.2009.4.05.8500, PE – Pernambuco. Redator do acórdão: Min. Edson Fachin. Data de Julgamento: 23/05/2019. DJe-16-03-2015). (grifo nosso)

É possível visualizar em ambas as jurisprudências é falado que os entes da federação são solidariamente responsáveis em tais demandas, portanto, para melhor compreensão é importante compreender o que a doutrina brasileira entende enquanto este ponto. José Afonso da Silva (2007, p. 273) desde já defende que a prestação do serviço por uma entidade não exclui igual competência de outra, isto por que segundo o autor, aqui se está no campo da competência-dever, porque se trata de cumprir a função pública de prestação de serviços à população que uma vez disposta pela Constituição Federal deve ser efetivada.

Por sua vez Renato Luís Dresch (2014, p.4) traz sua perspectiva sobre este tema e

define os Municípios enquanto uma base financeiramente mais frágil ficando assim mais difícil de cumprirem sozinhos o preceito universalizador e o atendimento integral da saúde, fazendo com estes se tornem reféns da cooperação técnica dos outros membros da federação brasileira, contudo, na mesma linha de pensamento de Afonso da Silva citado anteriormente, em face da existência da responsabilidade solidária, a União e os Estados-membros responderão subsidiariamente nos casos concretos em que resta configurado omissões nas ações e responsabilidade dos Municípios.

Podemos observar em sede de medidas estruturantes que o Supremo Tribunal no Recurso Extraordinário 855.178 não fez uso deste modelo de decisão uma vez que o entendimento do Tribunal buscou resolver apenas uma parte do litígio que se for analisar é bem mais do que um processo bipolar entre autor e réu, e algo mais complexo, e não se atentou ao fato de que outros são os pontos que envolvem esta temática que também são afetados pela decisão, isto porque não se está a tratar apenas do fornecimento ou não de medicamentos, o que se tem em pauta é também a aplicabilidade efetiva do Direito à Saúde, o aspecto econômico dos entes federados e principalmente o Direito à Vida dispostos na Constituição.

É cabível agora analisar os critérios estabelecidos pelo próprio Supremo Tribunal Federal para a atuação do judiciário quando se estiver a tratar de fornecimento de medicamentos de alto custo. Estes critérios restaram definidos no julgamento do pedido de suspensão da Tutela Antecipada nº 175 que segundo informa Márcio Rocha (2018, p.1) foi formulada pela União no STF contra acórdão proferido pela 1ª Turma do TRF-5. A decisão a que a União buscava suspender determinou-lhe o fornecimento do medicamento Zavesca (princípio ativo miglustate) a uma jovem de 21 anos de idade, que era portadora da patologia denominada NIEMANN-PICK TIPO C, doença neurodegenerativa rara, comprovada clinicamente e por exame laboratorial, com valor orçado de tratamento em R\$ 52.000,00 por mês.

Neste caso da Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE, o STF decidiu por meio do voto do Ministro Gilmar Mendes (2017, p.661) parâmetros judiciais a serem seguidos em ações do gênero, dentre elas podem ser citados que quando se tratar de fornecimento de medicamentos de alto custo é necessário verificar se o insumo pleiteado possui o devido registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Cabe salientar aqui, segundo Márcio Rocha (2018, p.1) que embora tais parâmetros não sejam vinculantes, não impediria que a jurisprudência construída possa ser seguida pelas demais instâncias e isto é pelo fato que “a decisão ostenta a força intelectual e persuasiva da mais alta Corte do País”.

Sobre este caso, Breno Magalhães e Vanessa Ferreira (2017, p.1) informam que o entendimento do Ministro Gilmar Mendes, ratificadas pelo plenário, já sinalizavam a direção a



ser seguida pela Suprema Corte, já que foram fixados parâmetros que deveriam ser observados pelo Judiciário no deferimento de prestações referentes à saúde, contudo os parâmetros fixados neste julgado não foram seguidos, ou foram relativizados, pelo próprio tribunal. E dentre os definidos pelo Relator, destacam-se:

- 1) É necessário, inicialmente, perquirir se há uma política pública estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Nestas hipóteses, o judiciário deve intervir para seu cumprimento no caso de omissões ou prestação ineficiente.
- 2) Caso o primeiro ponto não esteja presente, em seguida, o juiz precisa 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 decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la, ou de uma vedação legal a sua dispensação. No caso de omissão, o registro na ANVISA é condição imprescindível para o fornecimento de medicamentos, impedindo sua importação (com exceção dos medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, desde que utilizados em programas em saúde pública do Ministério da Saúde). Na hipótese de decisão administrativa de não fornecer, o juiz deve analisar se o SUS fornece tratamento alternativo, que será privilegiado em detrimento de outros. Porém, poderá haver contestação judicial do ponto no caso de ineficácia do tratamento;
  - 2.2) Os medicamentos e tratamentos são experimentais; caso o sejam, o Estado não está obrigado a fornecê-los;
  - 2.3) Os tratamentos novos ainda não foram incluídos nos protocolos do SUS, mas são fornecidos pela rede particular de saúde. Nesses casos, os tratamentos podem ser determinados, desde que seguidos de ampla instrução probatória e com reduzida possibilidade de deferimentos cautelares (BRASIL, Superior Tribunal Federal, Tutela Antecipada 175/CE. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de publicação no DJE: 30/4/2010).

Estas limitações defendidas pelo Ministro são importantes pois auxilia a compreensão da sociedade em relação a quais são os deveres do Estado para com a concretização do Direito, porém em relação aos itens 2.1., 2.2. e 2.3 acima defendidos por Gilmar, segundo entende Marcio Rocha (2018, p.1), encontram-se as fontes de tensão que levam às polêmicas envolvendo judicialização da saúde e integralidade, uma vez que não ficou claro o que se fazer quando a prestação pleiteada não está contida nos protocolos do SUS, e este ponto já mostra que a decisão em si não buscou resolver os ditames do caso por completo.

Contudo a resposta para este aparente não aprofundamento da decisão, segundo informa Breno Magalhães e Vanessa Ferreira (2017, p.1), é por que um dos dois casos atualmente em discussão no STF (RE nº 657.718/MG e RE nº 566.471/RN) sobre o tema tenham sido submetido ao regime da Repercussão Geral antes da decisão da STA 175/CE (RE nº 566.471/RN, DJe 07/12/07), ou seja, por razões estratégicas, a decisão em Repercussão Geral é mais importante. E é este Recurso Extraordinário, mais precisamente o voto do Ministro Luis

Roberto Barroso que será a discussão do próximo tópico pela sua proximidade para com uma medida estruturante e possível entrada fática deste modelo de decisão no ordenamento jurídico brasileiro.

### **4.3 Medicamentos de alto custo no RE 566.471: um caminho para o processo estrutural no Brasil?**

Com tudo que já foi exposto nos tópicos anteriores fica nítido que a distância a ser percorrida para que as Medidas Estruturantes sejam partes do direito brasileiro já não é tão grande assim. Também como já foi possível de observar na conceituação das decisões estruturantes trazidas pelos doutrinadores, principalmente por Owen Fiss e Marco Jobim (2013), este modelo de decisão judicial têm como um de seus propósitos o de transformar a realidade social, não visando apenas o aspecto individual, mas todo o coletivo, sem necessariamente ficar restrito a bipolaridade dos litígios já conhecidos no ordenamento. Essa ideia se coaduna com o próprio disposto defendido na Constituição Federal no artigo 3º:

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:  
I -o de constituir uma sociedade livre, justa e solidária;  
II -de garantir o desenvolvimento nacional;  
III -de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e  
IV -promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Destarte ressaltar o entendimento de Ingo Sarlet (2017, p.1150) que as medidas estruturantes uma vez adotadas em determinado ordenamento, não vem com o intuito de substituir a litigância individual assim como as respectivas decisões, o seu propósito é o de ser um processo de recíproca complementação e reforço, principalmente quando tanto uma omissão legislativa como uma administrativa é aguda e prolongada, o que, como já possível observar, no Brasil têm sido frequentes estas omissões. E ainda Segundo Ingo Sarlet (2017, p.1150) que o modelo estruturante é plenamente viável no Brasil devido ao caráter analítico da Constituição e do fato de contemplar direitos sociais, diferentemente do Estados Unidos.

Ainda relativo ao tema das medidas estruturantes Marco Jobim (2013, p.171) alerta que o difícil é saber em quais direito devem ser utilizadas o modelo estruturante, uma vez que em virtude da diversidade e das diversas forças normativas que cada um possui, não se pode conceder, a cada um deles a efetivação por meio destas medidas. Sendo assim resta até o momento a dúvida quanto a possibilidade de se aplicar o modelo de decisão estruturante no

caso do presente estudo, dos medicamentos de alto custo, tema este como já verificado anteriormente a todo momento está em pauta no judiciário brasileiro, sendo o mais importante até o momento o do RE 566.471.

Assim a dúvida é justamente quais seriam os direitos constitucionais que poderiam ser abarcados pelo modelo estruturantes, partindo do pressuposto da adoção deste modelo no ordenamento jurídico brasileiro em julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal. Neste ponto Marco Jobim (2013, p.174) defende que o mais completo conceito a ser efetivado pelas medidas estruturantes é aquele trazido pela lei de arguição de descumprimento de preceito fundamental (Lei n. 9.882/99), contudo, outro questionamento se faz quanto à conceituação do que de fato seria o preceito fundamental citado no artigo 10] da referida lei da ADPF.

Sobre este ponto Gregório Assagra de Almeida (2007, p.863) defendem que os preceitos fundamentais são aquelas disposições portadoras de valores diretamente constitucionais ligadas ao Estado Democrático de Direito e aos direitos e garantias fundamentais, não sendo, pois, qualquer norma disposta no texto da Constituição, mas sim, segundo o referido autor, os Direitos Individuais e Coletivos, ou seja, trazendo para o tema em discussão chega-se à conclusão de que o tema dos medicamentos de alto custo, que nada mais é do que o Direito à Saúde que por sua vez é um Direito Social, são preceitos fundamentais.

Corroborando para o entendimento acima tomado, é importante referenciar a o que o Ministro Gilmar Mendes (2014, p.148) entende a respeito dos preceitos fundamentais, uma vez que, segundo o autor não se pode negar que os direitos e garantias fundamentais do artigo 5º devam ser considerados preceitos fundamentais, onde está incluso o direito à saúde, assim como todos os princípios protegidos pelo artigo 60, §4º, da Constituição Federal que traz as chamadas cláusulas pétreas, sendo elas, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes, e os direitos e garantias individuais.

Marco Jobim (2013, p.177) tratando a respeito do tema discutido nos últimos parágrafos, tendo como base o entendimento doutrinário, traz as seguintes conclusões sobre os preceitos fundamentais, que merece a devida atenção:

- I. Para manter a tese coerente, é da competência do Supremo Tribunal Federal interpretar, no caso concreto, se existe ou não preceito fundamental violado;
- II. Deve-se restringir o campo dos preceitos fundamentais ao que está na Constituição Federal; conforme dispõe seu artigo 102, § 1º;
- III. Os preceitos fundamentais podem vir a ser configurados ora como sendo princípios, ora regras, desde que vinculados com o texto constitucional; e
- IV. Devido ao inter-relacionamento da ADPF e da ADIn, pode-se conceber que todas

as normas constitucionais, em tese, são possíveis candidatas a serem consideradas como preceitos fundamentais.

A dúvida que pode surgir neste momento é se todo e qualquer preceito fundamental violado poderá ser resolvido via medidas estruturantes pelo julgamento do Supremo Tribunal Federal. Segundo entende Marco Jobim (2013, p. 180) não seria todo e qualquer caso de violação que o STF deveria realizar a estruturação da decisão para se ter uma efetividade plena do direito protegido, mas somente em situações e caso específicos que realmente reconfigurar uma mudança paradigmática cultural da sociedade, ou seja, deve existir uma mudança de orientação na própria estrutura do direito pela decisão oriunda do Tribunal para que abrisse a possibilidade de realização das medidas estruturantes.

Como visto diante o exposto até então, os direitos fundamentais dispostos no artigo 5º são entendidos enquanto preceitos fundamentais e passíveis de aplicação do modelo estruturante, se enquadrando aqui o Direito à Saúde e mais precisamente o tema referente aos medicamentos de alto custo. Muitos são os casos envolvendo esta prerrogativa em pauta no judiciário brasileiro como foi possível observar, porém, dentre eles têm-se o que se defende aqui como o mais importante e que pode mudar o paradigma judicial, além de introduzir de fato as medidas estruturantes no ordenamento pátrio, que é o RE 566.471.

Contudo antes de adentrar na parte central desta discussão que é o RE e o voto do Ministro Barroso, é de suma importância analisar a política de medicamentos no Brasil e até que ponto o Estado pode ser obrigado a custear. Gilmar Mendes (2014, p.661) afirma que obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do próprio SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da população mais necessitada. Segundo o magistrado, deveria ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS, isto porque como já entendido previamente a concessão de um tratamento fora do disposto pelo SUS afeta o aspecto econômico que também deve ser levado em consideração no momento da decisão.

Em relação a política nacional de medicamentos, temos como marco para o desenvolvimento desta política no ordenamento jurídico pátrio a 28ª Assembleia mundial da OMS, realizada em 1975, e segundo informa Giselle Barros (2006, p.142) nesta assembleia foram fixadas diretrizes para a implantação de políticas de medicamentos para seus Estados-membros, e tinha como finalidade principal naquela época de estender o acesso e o uso racional para as populações que não eram atendidas pelos sistemas de saúde, porém já ficava determinado no que se refere a extensão da aplicação de listas de medicamentos essenciais seria uma decisão de cada país, de acordo com as necessidades da maioria da população.

No Brasil, por sua vez, esta tese apenas foi fixada com a Portaria do Ministério da Saúde 3.916, de 30.10.1998, publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 10.11.1998, foi aprovada uma Política Nacional de Medicamentos. Sobre a referida portaria, Giselle Barros (2006, p.143) defende que a necessidade é devido ao envelhecimento populacional, que acarreta por consequência maior consumo e custo social a partir da necessidade de procedimentos de uso contínuo e de alto custo, e complementa esclarecendo que a portaria define as responsabilidades das esferas de governo no âmbito do SUS, a articulação nas diversas áreas envolvidas na questão dos medicamentos e as competências dos gestores federal, estadual e municipal.

Através da Portaria do Ministério da Saúde nº 3.916, de 30 de outubro de 1998, foi instituída a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), que constitui base para a organização de listas estaduais e municipais de disponibilização de medicamentos, e nos termos do decreto 7.508/2011 entende-se que “compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para os atendimentos de doenças ou de agravos no âmbito do SUS. Ainda sobre esta relação é importante citar o artigo 29 do decreto 7.508/2011 que traz a necessidade que “a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos somente poderão conter produtos com registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), e este ponto é importante quando se estiver analisando os principais votos do RE 566.471, pois será usado como forma de fundamentação.

O referido Recurso Extraordinário 566.471, assinalado como Repercussão Geral pelo Supremo Tribunal Federal em 2007 e que ainda não chegou a uma conclusão, foi impetrado pelo Estado do Rio Grande Do Norte contra uma decisão de fornecimento ininterrupto de medicamentos de alto custo para tratamento de uma doença grave. Neste caso, segundo informa Ana Pompeu e Hyndara Freitas (2020. p.10) a octogenária Carmelita Anunciada de Souza tinha miocardiopatia isquêmica e hipertensão arterial pulmonar, e não tinha condições financeiras de arcar com o custo dos medicamentos, juntamente com este fato o tratamento prescrito a ela “Revatio” não constava na relação do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde.

Desde 2007 para os dias atuais já houveram votos tanto favoráveis a obrigação do Estado em fornecer este tratamento como ao contrário, dentre estes votos o do Ministro Roberto Barroso se mostrou deveras pertinente ao elencar uma série de requisitos que se cumpridos obrigaria o Estado a este custeio, como a comprovação de hipossuficiência do paciente. E com base neste RE e dando a devida importância para o voto do Ministro Barroso que vai se discutir se estas hipóteses elencadas pelo magistrado seria um caminho para de fato se adotar no Brasil

o processo estrutural.

Na primeira parte de seu voto no 566.471 o Ministro Barroso entendeu que nas situações em que a demanda judicial se tratar de medicamento incorporado pelo SUS, não há dúvida acerca da obrigação do Estado de fornecê-lo ao requerente, e caso o ente não possa arcar com os custos de vido a situação econômica irá ser aplicado aqui a já discutida solidariedade dos entes federativos. Neste primeiro ponto a atuação do Judiciário volta-se apenas a efetivar as políticas públicas já formuladas no âmbito do sistema de saúde e que da parte do requerente a única coisa que deverá ser feita e que o mesmo comprove a necessidade do fármaco e a prévia tentativa de sua obtenção na via administrativa (BARROSO, 2016, on-line).

Agora, quando se tratar de medicamentos não incorporados pelo SUS, inclusive quando de alto custo, o Estado não pode ser, como regra geral, obrigado a fornecê-lo. A base para o entendimento do Ministro aqui é o já citado aspecto econômico do litígio, uma vez que segundo afirma, não há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, devam ser oferecidos pelo Estado a todas as pessoas. Deve-se ao máximo que puder reduzir e racionalizar a judicialização da saúde, bem como prestigiar as decisões dos órgãos técnicos, sendo excepcional a dispensação de medicamentos não incluídos na política pública (BARROSO, 2016, on-line).

No aludido voto, Barroso ainda propôs 5 (cinco) requisitos cumulativos que devem ser observados pelo Poder Judiciário para o deferimento de determinada prestação de saúde, sendo este ponto o mais importante para todo o estudo, haja vista sua possível relação para com o estudo das medidas estruturantes no ordenamento brasileiro. São eles:

DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO. IMPOSSIBILIDADE DE DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTO NÃO INCORPORADO NO SUS POR DECISÃO JUDICIAL, SALVO SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS;

[...]

(i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos no âmbito do SUS é, em regra, desse ente federativo (BARROSO, 2016, on-line).

Ademais, propôs ainda a observância de 1 (um) parâmetro procedimental, sendo ela:

A necessária realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário

e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde (e.g., câmaras e núcleos de apoio técnico em saúde no âmbito dos tribunais, profissionais do SUS e CONITEC). Tal diálogo deverá ser exigido, em um primeiro momento, para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento. E, em um segundo momento, no caso de deferimento judicial do fármaco, para determinar que os órgãos competentes (CONITEC e Ministério da Saúde) avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS, mediante manifestação fundamentada a esse respeito (BARROSO, 2016, on-line).

Como foi possível observar no voto e entendimento do Ministro do STF, Luís Roberto Barroso que, em regra, o Estado não deve ser obrigado a custear medicamentos sejam eles fora da tabela do SUS como também os de alto custo, contudo o mesmo não optou pela linha mais fácil que seria apenas o de dizer se podia ou não obrigar, mas definiu alguns critérios de excepcionalidade que uma vez o caso concreto se enquadre o Estado deveria arcar com o custeio do tratamento. O que se observa aqui é o magistrado não pensou apenas neste litígio em si e sim em demandas futuras com o mesmo pedido, e também não apenas com a visão do Direito à Saúde e sim a também o aspecto econômico, saindo assim da bolha bipolar do litígio ao estipular critérios para que esta prestação seja concedida, mas não a todo e qualquer caso.

E o que este entendimento remete? Nada mais é do que uma decisão com clara influência das medidas estruturantes, medidas estas que vale ressaltar nas palavras de Renata Jauris e Luiz Bellinetti (2020, p.3) impõem respostas difusas ao litígio, de forma gradativa e orientada para o futuro, como forma de resolução do problema como um todo, evitando que a resposta dada ao litígio, por si, converta-se em um problema, e foi justamente o modo que a decisão de Barroso se moldou, não buscou apenas resolver o litígio em pauta, mas trouxe critérios que poderão auxiliar as futuras decisões além de trazer um revolução no ordenamento, pois, uma vez seguidos à risca o número de processos judiciais deste gênero tanto no STF como no STJ terá a tendência a cair a assim desafogar órgãos que já estão no limite.

Assim, com base em Ingo Sarlet (2017, p.1151), o entendimento que se pode tirar é que nas medidas estruturantes têm-se a ideia de uma mudança organizacional e decisória do poder judiciário, sem que para isso seja necessário substituir ou até mesmo excluir as litigâncias individuais, sendo, portanto, de grande auxílio para as inúmeras demandas relativas a saúde. Por este motivo, baseado ainda no autor supracitado, há como apoiar que tais decisões podem ser de grande ajuda para inúmeras situações, especialmente para aquelas em que a Constituição contempla um conjunto expressivo de direitos Sociais em que a Saúde está incluída, desde que haja o devido respeito pelos demais órgãos estatais e viabilidade para sua execução.

## 5 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou realizar toda uma análise em relação ao direito à saúde e as chamadas medidas estruturantes tendo o seu enfoque nos casos relativos na justiça com pedidos de obrigação por parte do Estado em custear o tratamento mediante medicamentos de alto custo e desde a construção da problemática restou observado que estas demandas não impactam somente a garantia à Saúde, haja vista que uma decisão que passa a obrigar o Estado a custear um tratamento custoso, pode afetar também a parte orçamentária, trazendo assim por consequência impactos fiscais.

Contudo antes de adentrar no ponto central desta dissertação foi necessário primeiramente realizar um estudo a respeito do Direito à Saúde. No que diz respeito a sua conceituação foi possível comprovar que esta garantia passou por mudanças deixando de ser apenas considerado de mera ausência de doença para algo mais abrangente, como o bem-estar físico e mental, devendo garantir assim a dignidade da pessoa humana, pois o que se está a tratar diretamente é do Direito à Vida. Ainda foi observado com base nos dispostos na Constituição Federal de 1988 que o Direito à Saúde é um dos mais importantes direitos sociais presentes na CF e por estar neste rol é de prestação positiva por parte do Estado, que nada mais é do que o dever do ente federado em promover este direito mediante políticas públicas para todos e sem qualquer distinção.

Diferentemente do que alguns podem pensar, não só a Saúde como também todos os Direitos Fundamentais em geral podem passar por restrições devido ao fato de que são custosos ao erário e requerem assim uma atenção quanto ao manejo de riquezas que não são infinitas. Contudo, deve-se fazer atenção ao limite de restrição, pois o que é permitido pela própria Constituição é que se tenha uma cedência ou compreensão de uma garantia fundamental em relação a outro Direito Fundamental, e isso não quer dizer que um Direito é mais importante que o outro e sim que a depender do caso concreto um poderá ceder ao outro para que haja a efetivação do que foi pleiteado, e isso acaba por demonstrar que não existe hierarquia entre direitos e garantias fundamentais.

A Saúde não só passou a ser considerada enquanto um direito fundamental pós Constituição Federal como também foi a partir da vigência desta que houve a criação de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos de saúde, conhecida como Sistema Único de Saúde. Antes da promulgação da carta magna de 1988 só poderiam procurar atendimento gratuito os trabalhadores que estivessem inscritos devidamente na previdência, devendo ainda estarem em dias com seus pagamentos, ficando claro que a desigualdade era muito maior, contudo engana-se as pessoas que acham que com a implementação do SUS todos



teriam acesso a uma saúde digna, muito pelo contrário, demandas relativas a descaso do poder público envolvendo falhas nesse sistema não param de serem noticiados na imprensa, levando ao judiciário a responsabilidade de decidir o que deverá ser feito.

A atuação do poder judiciário em determinadas demandas é entendida por alguns como um ativismo judicial e para outros enquanto uma judicialização do Direito, isto porque, em regra geral, um poder não interfere nas competências alheias às suas. Porém, em situações em que ficar claro a inércia do outro poder na efetivação da garantia fundamental poderá o judiciário atuar uma vez sendo o guardião da Constituição Federal, e em situações em que há escolha de modo específico e proativo de interpretar a Constituição estamos tratando de um ativismo, agora quando tiver de decidir porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa fala-se em judicialização.

Assim, restou claro em toda discussão feita até o momento foi que estas demandas a cada dia crescem mais no ordenamento jurídico e por este motivo que uma nova forma de decisão que auxilie na devida efetivação das demandas deveria ser implementada e o que encontrou-se foram as chamadas medidas estruturantes. Um questionamento que ainda restava em aberto até o momento era se a aplicação de decisões estruturantes por parte dos Juiz se encaixaria enquanto um ativismo judicial ou uma judicialização do Direito, e ficou entendido no presente trabalho científico que de acordo com o momento cultural e diante dos parâmetros constitucionalizados, é possível se considerar a decisão estruturante enquanto um ativismo judicial principalmente nas situações em que o poder judiciário pega para si a responsabilidade de fechar as lacunas, efetivar e promover direitos e garantias fundamentais.

As medidas estruturantes ou “*structural reform*” conforme esclarecido pela doutrina de Marco Jobim e Owen Fiss, teve seu marco em 1954 com o caso *Brown v. Board of education*, caso este de grande importância para o judiciário norte americano do Estados Unidos, uma vez que tratava de um tema delicado que era o sistema de segregação racial conhecido como *Separate but equal*, e foi a partir do julgamento deste caso que esta doutrina racista de separação de pessoas pela cor da passou a não existir mais. Foi possível entender ainda que têm-se uma decisão de caráter estruturante quando esta deixa de se limitar apenas ao litígio bipolar em discussão e passa a pensar no coletivo e como esta decisão vai afetar todos os outros aspectos ligados a ela, o que se busca e conferir significado concreto, juntamente da aplicação dos preceitos e valores presentes na Constituição, ou seja, vai muito além do padrão de decisões.

Uma das principais dúvidas sanadas na presente dissertação foi a respeito da possibilidade de recepção do modelo de decisão estruturante no ordenamento jurídico

brasileiro, e o que se resultado foi que para que seja possível esta implementação de forma efetiva deve-se primeiramente fazer atenção ao princípio da demanda inerente a qualquer decisão, pois com base neste é o autor quem decide contra quem litiga, as causas de pedir e o que pedir, e em relação à demanda têm-se por consequência o princípio da correlação que define que cabe ao juiz julgar apenas no que foi pedido, mostrando aqui o caráter individualista e restritivo das relações judiciais atuais, já as medidas estruturantes como restou analisado são mutáveis além de se manter distante de um modelo ideal, de um protótipo, ou uma ação judicial “modelo”.

Assim, é viável a utilização de decisões estruturantes no ordenamento jurídico brasileiro desde que feitas as devidas ponderações e limitações nos determinados princípios. Foi analisado ainda que o próprio STF já fez uso de modelos estruturantes em algumas decisões, sem oficialmente confirmar o uso, sendo um dos citados o da Ação Popular da Reserva Raposa Serra do Sol nº 3.388/RR, voltado para tentativa de impugnar o modelo contínuo de demarcação da terra indígena da portaria do Ministério da Justiça e do Decreto presidencial, contudo como visto, o Ministro do caso Alberto Menezes acabou por validar ambas, mas também buscou estabelecer dezoito condições para o usufruto da terra, atribuindo um caráter estrutural para sua decisão, uma vez que estas condições versavam sobre diversos pontos com o intuito principal de trazer uma maior efetivação da decisão e do direito de usufruto.

Dentre os inúmeros casos que chegam ao Supremo Tribunal Federal envolvendo o Direito à Saúde, a presente dissertação buscou dar enfoque aqueles que envolvem o custeio de tratamentos mediante medicamentos de alto custo fora da tabela estabelecida pelo SUS, sendo um dos mais importantes o Recurso extraordinário 566.471/RN que levou toda a problemática principal do presente estudo, dando enfoque ao voto do Ministro Barroso que estabeleceu uma série de requisitos cumulativos que devem ser observados pelo Poder Judiciário para o deferimento de pedidos relativos a tratamentos por medicamentos de alto custo fora da tabela disponibilizada pelo SUS, mostrando um movimento do magistrado de mudar a forma que as decisões deste gênero são feitas, pensando nas demandas futuras e não apenas no caso em litígio.

Além do mais ficou claro com base em todo o estudo até o momento que o voto do magistrado é uma clara decisão estruturante, uma mudança na forma de como se vinha tratando estas questões não buscando impossibilitar o acesso ao tratamento e a uma saúde digna, pelo contrário, os limites estabelecidos pelo Ministro foram visando uma maior efetividade de acesso a estes tratamentos custosos sem que afete negativamente o aspecto econômico do Estado tendo em vista a característica custosa inerente de todo Direito Fundamental seja ele social ou não.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Zenaide Neto (Org.). **SUS Sistema Único de Saúde: antecedentes, percurso, perspectivas e desafios**. São Paulo: Martinari, 2011.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2ª. ed. – São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manuel das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes**. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). Processos estruturais. Salvador: JusPODIVM, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Artigo, internet, 2012, disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>> Acesso em abril de 2020.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Artigo, internet, 2006, disponível em: <[https://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20060502.htm](https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20060502.htm)> Acesso em abril de 2021;

BARROSO, Luís Roberto. **Medicamentos de alto custo – RE 566471** Rio Grande Do Norte. Sítio eletrônico do Ministro Luís Roberto Barroso, on-line, 2016. Disponível em: <<https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-versa%CC%83o-final.pdf>>. Acesso em maio de 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em abril de 2021.

BRASIL, **ato institucional nº 5**, de 13 de dezembro de 1968. Planalto online, disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ait/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm)> Acesso em abril de 2020.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos**. Internet, 2019, disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/>> Acesso em março de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Pet 3.388/RR**. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Tribunal Pleno, 19 de março de 2009. DJe. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=603021&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20Pet%20/%203388>>. Acesso em maio de 2021

BELLINETTI, Luiz Fernando; JAURIS, Renata Bolzan. **As medidas estruturantes e a compatibilidade com o direito processual brasileiro**. Artigo, internet, 2020, disponível: <

<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/38372/27746>> Acesso em maio de 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013

CAVALCANTE, Aldemir Soares. **As 7 constituições na história do Brasil e as alterações por meio de emendas**. Artigo, internet, 2018, disponível em: <[https://www.unirios.edu.br/revistarios/media/revistas/2018/15/as\\_7\\_constituicoes\\_na\\_historia\\_do\\_brasil\\_e\\_as\\_alteracoes\\_por\\_meio\\_de\\_emendas.pdf](https://www.unirios.edu.br/revistarios/media/revistas/2018/15/as_7_constituicoes_na_historia_do_brasil_e_as_alteracoes_por_meio_de_emendas.pdf)> acesso em março de 2020.

CIPRIANI, Manoella Peixer; CRISTOVAM, José Sérgio da Silva. **Sobre o ativismo judicial nas questões relacionadas ao direito à saúde: mensageiro da boa nova ou lobo em pele de cordeiro**. Artigo, internet, 2017, disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1944/1467>> Acesso em abril de 2020

COTA, Samuel Paiva; NUNES, Leonardo Silva. **Medidas estruturais no ordenamento jurídico brasileiro: Os problemas da rigidez do pedido na judicialização dos conflitos de interesse público**. Artigo, internet, 2018, disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril\\_v55\\_n217\\_p243.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/217/ril_v55_n217_p243.pdf)> Acesso em abril de 2021.

CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani; PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **As medidas estruturantes e a efetividade das decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro**. Artigo, 2014, disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/11920/9333>> Acesso em abril de 2021.

DOMINGUES, Maria de Fátima. **Ativismo judicial e direitos fundamentais**. Artigo, internet, 2012, disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a62567b46de3c8ef>> Acesso em abril de 2020

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 12ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

DRESCH, Renato Luís. **FEDERALISMO SOLIDÁRIO: A responsabilidade dos entes federativos na área da saúde**. Artigo, internet, 2014, disponível em: <<http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/126/1127/FEDERALISMO-SOLIDARIO-A-RESPONSABILIDADE-DOS-ENTES-FEDERATIVOS-NA-%C3%81REA-DA-SA%C3%9ADE.pdf>> Acesso em abril de 2021.

FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. **Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais**. Artigo, internet, 2018, disponível em <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/247>> Acesso em abril de 2021

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERREIRA, Rildo Mourão; GONÇALVES, Silvano Noronha. **O poder judiciário na ordem constitucional brasileira**. Artigo, internet, 2014, disponível em:

<<https://www.oabgo.org.br/esa/artigo-esa-goias/o-poder-judiciario-na-ordem-constitucional-brasileira>> Acesso em março de 2020.

FERREIRA, Marcelo Costa. **Os Processos Constituintes de 1946 e 1988 e a definição do papel do Congresso Nacional na Política Externa Brasileira**. Artigo, internet, 2010, disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v53n2/02.pdf>> Acesso em março de 2020.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2007.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988**. Artigo, internet, 2008, disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O\\_direito\\_a\\_saude\\_nos\\_20\\_anos\\_da\\_CF\\_coletanea\\_TAnia\\_10\\_04\\_09.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf)> Acesso em abril de 2021.

FREITAS, Hyndara; POMPEU, Ana. **Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo fora da lista do SUS**. Artigo, JOTA, 2020, disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/medicamentos-de-alto-custo-lista-do-sus-11032020>> Acesso em abril de 2021.

GOMES, Luiz Flávio. **STF – ativismo sem precedentes?**. Artigo, internet, 2009, disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/339868/noticia.htm?sequence=1>>. Acesso em: março de 2020.

JAUROS, Renata Bolzan; BELLINETTI, Luiz Fernando. **As medidas estruturantes e a compatibilidade com o direito processual brasileiro**. Artigo, internet, 2020, disponível em: < <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/38372> > Acesso em março de 2021.

JÚNIOR, José Cretella. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. 5ª ed., 1. tiragem. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2002.

JÚNIOR, Fredie Didier, JÚNIOR, Hermes Zaneti; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro**. Artigo, internet, 2020, disponível em: < [http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie\\_Didier\\_jr\\_%26\\_Hermes\\_Zaneti\\_Jr\\_%26\\_Rafael\\_Alexandria\\_de\\_Oliveira.pdf](http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1606558/Fredie_Didier_jr_%26_Hermes_Zaneti_Jr_%26_Rafael_Alexandria_de_Oliveira.pdf) > Acesso em março de 2021.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. **O Supremo na Constituinte e a Constituinte no Supremo**. São Paulo: Lua Nova: Revista de Cultura e Política, n. 88, 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452013000100006#nt12](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000100006#nt12)>. Acesso em abril de 2020.

LUQUE, Fernando da Silva. **O processo estrutural nas políticas públicas de saúde**. Artigo, internet, 2020, disponível em: <<https://bibliotecatede.uninove.br/bitstream/tede/2386/2/Fernando%20da%20Silva%20Luque.pdf>> Acesso em abril de 2021.

MAGALHÃES, Breno Baía; FERREIRA, Vanessa Rocha. **STF e os parâmetros para judicialização da saúde**. Artigo, JOTA, 2017, disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stf-e-os-parametros-para-judicializacao-da-saude-16012017>> acessado em 13/04/2018.

MATHIAS, Carlos Fernando. **Notas para uma história do judiciário no Brasil** – Brasília : Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. – 9ª. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência**. 11. ed., rev. e atual. São Paulo, Atlas, 2016.

MONTEIRO, Lays Krislianne dos Santos; SILVA, Lairce Santos. **A judicialização dos direitos fundamentais em decorrência da ineficácia das políticas públicas no Brasil**. Artigo, internet, 2018, disponível em: <<https://periodicos.ufjf.br/index.php/libertas/article/view/18566/9710>> Acesso em março de 2020.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

NOGUEIRA, Filipe Bastos; GUEDES, Jefferson Carús; **As decisões estruturantes como mecanismo apto a implementar a efetividade das decisões judiciais nos conflitos envolvendo políticas públicas**. Artigo, internet, 2019, disponível em: <<http://seer.unirio.br/index.php/cdpp/article/view/9522>> Acesso em abril de 2021.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Método. 2008.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. Artigo, 2006, disponível em: <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp007711.pdf>> Acesso em março de 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em abril de 2021.

OSNA, Gustavo. **Nem “tudo”, nem “nada” – Decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos**. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodvim, 2017.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **A reserva do possível como restrição à efetividade dos direitos fundamentais sociais.** Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em: <[www.univali.br/direitopolitica](http://www.univali.br/direitopolitica) - ISSN 1980-779> Acesso em março de 2021.

REICHERT, Vanessa. **As medidas estruturantes no Direito a Saúde no Brasil.** Artigo, internet, 2015, disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/4934>> Acesso em março de 2021.

ROCHA, Márcio Santoro. **A suspensão de Tutela Antecipada 175 e a judicialização da saúde.** Artigo, CONJUR, 2018, disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2018-abr-24/marcio-santoro-sta-175-judicializacao-saude#\\_ftn3](https://www.conjur.com.br/2018-abr-24/marcio-santoro-sta-175-judicializacao-saude#_ftn3)> Acesso em maio de 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** Artigo, internet, 2008, disponível em: <[https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)>. Acesso em maio de 2021.

SARLET, I. W. **Direitos fundamentais sociais e mínimo existencial – notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional.** In: ARENHART, S. C. JOBIM, M. F. (org.). Processos Estruturais. Salvador: JUSPODIVM, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 8ª. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOARES, Eduardo José de Carvalho. **Direito (humano) fundamental à Saúde: titularidade e judicialização.** Artigo, internet, 2010, disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=146017373d58c750>> Acesso em março de 2021

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

STF. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 566471/RN.** Relator: Ministro Marco Aurélio. Sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6#>> Acesso em abril de 2021.

STF. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 657.718 Minas Gerais.** Voto do Ministro Relator Marco Aurélio. Sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE657718.pdf>> Acesso em abril de 2021.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**– 10ª. ed. rev. e atual. – São Paulo:

Saraiva, 2012.

TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo** – Rio De Janeiro: Renovar, 2003.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

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 : Ipea, 2020, disponível em: <[https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_2547.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2547.pdf)> Acesso em abril de 2021.