

**UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL NA STA N. 175 E SEUS REFLEXOS NAS DECISÕES PROFERIDAS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ E PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO E AS PERSPECTIVAS COM O JULGAMENTO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS N. 566.471 E 657.718.**

AN ANALYSIS OF THE SPECIAL APPEAL (AGRAVO REGIMENTAL) TRIAL IN THE STA N. 175 AND THE IMPACTS ON THE DECISIONS MADE BY THE CEARA STATE JUSTICE COURT AND THE FEDERAL REGIONAL COURT OF THE 5<sup>th</sup> REGION AND THE PERSPECTIVES BROUGHT WITH THE EXTRAORDINARY APPEAL TRIAL NOS. 566.471 AND 657.718

Álvaro Luis Araújo Sales Ciarlini<sup>1</sup>  
*alvaro.ciarlini@uol.com.br*

Lais Facó Almeida Romero Correio<sup>2</sup>  
*laisfaromero@gmail.com*

**RESUMO:** A judicialização da saúde é tema que voltou a ser objeto de julgamento pelo Plenário da Suprema Corte com os Recursos Extraordinários n. 566.471 e 657.718, havendo sido discutido pelo mesmo órgão em 2009, quando do julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175. O presente artigo se propõe a analisar e correlacionar os fundamentos do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes na presidência do Supremo Tribunal Federal, no julgamento daquele Agravo Regimental, com os fundamentos das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará e pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região no ano de 2016 envolvendo judicialização do direito à saúde e, finalmente, apontar, à luz dos votos já proferidos nos REs n. 566.471 e 657.718, se o entendimento jurisprudencial sobre o tema deve passar por mudanças. Pretende-se, ainda, com o presente artigo apresentar o cenário atual sobre a judicialização da saúde, com algumas críticas ao modo como tem atuado o Poder Judiciário.

**PALAVRAS-CHAVE:** Judicialização; Saúde; STA n. 175; RE n. 566.471 e RE n. 657.718.

**ABSTRACT:** The topic of judicialization of health care has returned as a trial object at the Supreme Court Assembly with the Extraordinary Appeal (RE) nos. 566.471 and 657.718, having been discussed at the same institution in 2009, when the trial of the Special Appeal (Agravo Regimental) of Suspension to Injunctive Relief no. 175. This article proposes to analyze and correlate the basis for the preferred vote by the Minister Gilmar Mendes at the Federal Supreme Court presidency on the trial of that Special Appeal, with the basis for the decisions made by the Ceara State Justice Court and the Federal Regional Court of the 5<sup>th</sup> Region on the year of 2016 involving judicialization of the right to health care and, finally, appoint, under the light of the given votes on REs

---

<sup>1</sup> Magistrado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Mestre e Doutor em Filosofia do Direito pela Universidade de Brasília-UnB.

<sup>2</sup> Defensora Pública do Estado do Ceará. Especialista em Direito Processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. Mestranda do curso de Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

566.471 and 657.718, if the jurisprudential understanding on this topic shall undergo changes. It is also intended to present the current scenario on the judicialization of health care, with some criticism of the way the Judiciary has acted.

**KEYWORDS:** Judicialization; Health; STA nos.175; RE nos. 566.471 and RE nos. 657.718.

## **SUMÁRIO**

### **1. INTRODUÇÃO**

### **2. DA METODOLOGIA**

### **3. A INFLUÊNCIA DOS FUNDAMENTOS DO AGRAVO REGIMENTAL NO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA N. 175 NOS JULGAMENTOS PROFERIDOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ E PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO NO ANO DE 2016 E AS PERSPECTIVAS DECORRENTES DOS VOTOS PROFERIDOS NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS N. 566.471 E 657.718.**

### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

**UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL  
NA STA N. 175 E SEUS REFLEXOS NAS DECISÕES PROFERIDAS PELO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ E PELO TRIBUNAL  
REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO E AS PERSPECTIVAS COM O  
JULGAMENTO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS N. 566.471 E 657.718.**

AN ANALYSIS OF THE SPECIAL APPEAL (AGRAVO REGIMENTAL)  
TRIAL IN THE STA N. 175 AND THE IMPACTS ON THE DECISIONS MADE BY  
THE CEARA STATE JUSTICE COURT AND THE FEDERAL REGIONAL COURT  
OF THE 5<sup>th</sup> REGION AND THE PERSPECTIVES BROUGHT WITH THE  
EXTRAORDINARY APPEAL TRIAL NOS. 566.471 AND 657.718

## **1. INTRODUÇÃO**

A questão da judicialização da saúde já foi bastante debatida no cenário jurídico brasileiro, tanto pelos Tribunais nacionais, como por vasta parte da doutrina, mas, em nosso sentir, o aprimoramento da prática judicial ainda está longe de ser atingida.

Essa atuação judicial na política, por alguns denominado de ativismo judicial, apresenta-se colocada por Cappelletti (1999, p. 18) sob a seguinte perspectiva: o autor reconhece que, especialmente no século XX, acompanhando a expansão do direito legislativo, ocorreu a expansão do direito judiciário ou jurisprudencial e, assim, do papel criativo dos juízes, isso tanto em países da “Common Law” como da “Civil Law”. E, nesse ponto, o autor indica que tal crescimento se deu em decorrência do necessário contrapeso, pois observa que houve uma ampliação do estado em todos os ramos (legislativo, executivo e judiciário), reconhecendo tal fenômeno como universal.

Nesse sentido, partindo-se da premissa de que toda interpretação é criativa e assim a interpretação judiciária é “law-making”, a discussão relevante passa ao grau da criatividade admitida ao juiz e ao modo, limites e legitimidade da criatividade judicial (CAPELLETTI, 1999, p. 25).

A unidade do direito, conforme o Estado Constitucional, atribui elevada importância à função jurisdicional. Diferentemente de outra época constitucional, em que os legisladores eram tidos como os senhores do direito, atualmente os juízes são os atuais senhores do direito. Podemos compreender que o legislador deve resignar-se a ver as leis como parte do direito, não mais a totalidade deste. Os juízes e a Corte constitucional

exercitam o direito contribuindo para formação do ordenamento jurídico (ZAGREBELSKY, 2008, p. 150/153).

Assim, Capelletti, novamente, ensina-nos que:

Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de “checks and balances”, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase-governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas. (CAPELLETTI, 1999, p. 107)

Nesse contexto de judicialização da política sobressaiu-se, no cenário jurídico brasileiro, a judicialização de prestações sanitárias, especialmente após a positivação, de forma bastante analítica, do direito à saúde na Constituição Federal de 1988, que o incluiu no rol dos direitos fundamentais (art. 196).

Ainda em 2009, o tema da judicialização da saúde foi amplamente discutido no Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, que teve repercussão geral reconhecida, e foi tema de audiência pública promovida pelo próprio STF, com participação de autoridades e especialistas em saúde pública, notadamente, no Sistema Único de Saúde – SUS. Naquela ocasião o STF tratou de estabelecer alguns parâmetros para o julgamento de ações que envolvam a implementação judicial do direito à saúde.

Na abertura da Audiência Pública que precedeu ao julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, o Min. Relator Gilmar Mendes ressaltou que:

[...] no contexto em que vivemos, de recursos públicos escassos, aumento da expectativa de vida, expansão dos recursos terapêuticos e multiplicação das doenças, as discussões que envolvem o direito à saúde representam um dos principais desafios à eficácia jurídica dos direitos fundamentais. À guisa de conclusão, defendeu que posições radicais que neguem completamente a ação do Poder Judiciário ou que preguem a existência de um direito subjetivo a toda e qualquer prestação de saúde não são igualmente aceitáveis. A saída, para o ministro, seria uma posição equilibrada, capaz de analisar todas as implicações das decisões judiciais sem comprometer os direitos fundamentais dos cidadãos e em especial o direito fundamental à saúde (MENDES, 2009)<sup>3</sup>

Críticas como essa são encontradas por toda parte:

---

<sup>3</sup>Supremo Tribunal Federal. Notas taquigráficas [Internet]. Brasília; 2009 [acesso 1º jun. 2013]. Disponível: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma> Acessado em 19 jan. de 2017.

[...] os posicionamentos hoje reinantes no Judiciário apostam no jogo de "tudo ou nada", como marcos decisórios dessa matéria, mostrando-se desastrosos na prática, pois, se por um lado estão nossas cortes superiores a asseverar que o direito à saúde tem "primazia sobretudo o mais, inclusive sobre questões financeiras do Estado", por outro, é incrível como ganhou assentimento nos tribunais a tese da "reserva do possível". Assim, tais posições variam entre a irracionalidade do tudo, contra a possibilidade de planejamento financeiro e orçamentário procedido de acordo com os recursos públicos, ou do nada, como mera negação dos direitos fundamentais sociais. (CIARLINI, 2013, p. 15)

O reconhecimento universal dos direitos econômicos, sociais e culturais como direitos plenos não será alcançado sem a adequada possibilidade de ser judicialmente exigido, ainda alcancem apenas algumas das obrigações que derivam destes direitos. O que caracteriza um direito social como pleno não é simplesmente a conduta estatal em garanti-lo, mas a garantia do seu titular reclamar em juízo quando do inadimplemento (ABRAMOVICH, 2004, p. 37).

Recentemente, no segundo semestre de 2016, o tema voltou a ser discutido pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em razão do início do julgamento dos Recursos Extraordinários n. 566.471 e 657.718<sup>4</sup>, que tiveram, em ambos os casos, repercussão geral reconhecida.

O presente artigo se propõe a analisar e correlacionar os fundamentos do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes na presidência do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, com os fundamentos das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará e pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região no ano de 2016 envolvendo judicialização do direito à saúde e, finalmente, apontar, à luz dos votos já proferidos nos REs 566.471 e 657.718, se o entendimento jurisprudencial sobre o tema deve passar por mudanças.

## **2. DA METODOLOGIA**

Com o objetivo de melhor se compreender e analisar o estado atual da judicialização da saúde, foi realizada uma pesquisa nos sítios do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE), do Tribunal Regional da 5ª Região (TRF5) e do Supremo

---

<sup>4</sup>Os Recursos Extraordinários (566.471 e 657.718) tiveram repercussão geral reconhecida, os recursos tratam, respectivamente, do fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) e de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). O julgamento foi suspenso em 28 de setembro de 2016 com o pedido de vista pelo Min. Teori Zavascki, conforme informações extraídas do sítio do Supremo Tribunal Federal na *Internet*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275&caixaBusca=N> Acessado em 23 dez de 2016

Tribunal Federal na *Internet* buscando categorizar pedido principal e os principais argumentos do autor e do réu.

Para tanto, utilizou-se nos referidos *sites*, simultaneamente, os seguintes parâmetros de busca: “saúde”, “medicamento” e “ente”; para fins do presente trabalho, a consulta foi realizada em janeiro de 2017 e, para respeitar a adequação do tempo da pesquisa, limitou-se, dada a quantidade de acórdãos encontrados, a analisar as ementas registradas a partir de janeiro de 2016 até janeiro de 2017.

Após a seleção das ementas, buscou-se identificar o principal pedido das ações, bem como os principais argumentos assentados pelos autores, pelos entes demandados e pelo Poder Judiciário, inclusive o STF. Também se buscou identificar o resultado, ou seja, a procedência ou improcedência dos pedidos e, finalmente, em que medida as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal têm influenciado as decisões proferidas tanto pelo TJCE como pelo TRF5.

Inicialmente, foi estudado o voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, analisando os fundamentos da decisão, uma vez que o voto foi ratificado pelo Pleno.

Assim, na segunda fase da pesquisa, no sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE) na *Internet*, o resultado alcançou 815 (oitocentos e quinze) acórdãos, cujos registros datam a partir de maio de 2009. Desses acórdãos, foram analisadas, individualmente, as ementas registradas a partir de janeiro de 2016 até janeiro de 2017. Desse período de 1 ano, 48 ementas não correspondiam ao objeto de pesquisa, considerando que não envolviam diretamente a prestação de saúde por parte de um ente federado. Assim, os 229 acórdãos que tiveram suas ementas analisadas tinham por objeto a entrega, por parte do Estado (Estado do Ceará ou um dos municípios do Estado do Ceará), de medicamentos, mas também se verificou nos processos analisados que os pedidos envolviam internação em unidade de terapia intensiva (UTI), o fornecimento de fraldas, realização de cirurgias, fornecimento de alimentação especial, aplicação de próteses, cumulados ou não com o pedido de fornecimento de medicamentos.

Numa terceira fase, foi realizada pesquisa no sítio do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5) na *Internet*, utilizando-se, para a busca, simultaneamente, os mesmos parâmetros, quais sejam: “saúde”, “medicamento”, “ente”. A presente pesquisa resultou em 1099 (um mil e noventa e nove) acórdãos, cujos registros datam a

partir de março de 2005. Desses acórdãos, foram analisadas, individualmente, as ementas registradas a partir de janeiro de 2016 até janeiro de 2017, sendo um total de 30 (trinta) ementas. Apesar dos parâmetros utilizados na busca, 4 (quatro) das ementas disponibilizadas não envolviam diretamente a prestação de saúde por parte de um ente federado. Assim, os 26 (vinte e seis) acórdãos que tiveram suas ementas analisadas tinham por objeto a entrega, por parte do Estado (União figurando sozinha ou solidariamente com um Estado e/ou Município), de medicamentos ou tratamentos de alto custo, mas se verificou nos processos analisados que os pedidos também envolviam transporte em unidade de terapia intensiva (UTI) aérea, realização de cirurgias, cumulados ou não com o pedido de medicamentos em si.

E, finalmente, foram analisados os votos já proferidos no julgamento dos Recursos Extraordinários n. 566.471 e 657.718. O Min. Relator Marco Aurélio proferiu seu voto na primeira sessão (15 set. 2016) de julgamento pelo Plenário do STF e na segunda sessão (28 set. 2016) o relator manteve seu voto, mas apresentou um aditamento, e foram proferidos os votos dos Min. Luís Roberto Barroso e do Min. Edson Fachin, quando o julgamento foi suspenso pelo pedido de vista do falecido Min. Teori Zavascki.

### **3. A INFLUÊNCIA DOS FUNDAMENTOS DO AGRAVO REGIMENTAL NO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA N. 175 NOS JULGAMENTOS PROFERIDOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ E PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO NO ANO DE 2016 E AS PERSPECTIVAS DECORRENTES DOS VOTOS PROFERIDOS NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS N. 566.471 E 657.718.**

O julgamento do agravo regimental na suspensão de tutela antecipada n. 175 ocorreu em 2009. O indicado agravo foi interposto pela União contra decisão da Presidência do STF na qual foi indeferido o pedido de suspensão de tutela antecipada n. 175, formulado pela União contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. O caso concreto tratava-se de um pedido de medicamento sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA e não constante dos Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS, sendo medicamento de alto custo não contemplado pela Política Farmacêutica da rede pública.

Nesse julgamento, em seu voto, o Min. Relator Gilmar Mendes assentou como premissas da decisão que o direito à saúde é um direito de todos e que tratar a norma do art. 196 da Constituição Federal como meramente programática seria negar a força

normativa da Constituição. Reconheceu, portanto, o direito à saúde como um direito público subjetivo, ponderando não ser absoluto e ser assegurado, em regra, mediante políticas sociais. Assim, segundo o voto, a garantia judicial da prestação individual do direito à saúde não pode comprometer o funcionamento do SUS e isso deve estar plenamente demonstrado na decisão.

Verifica-se, no voto proferido pelo relator, que o julgamento foi realizado de forma ampla, não se restringindo ao julgamento do objeto do recurso, para tratar, assim, da judicialização da saúde como um todo (fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses, criação de vagas em UTI e leitos hospitalares, realização de cirurgias e exames e outros), com o estabelecimento de parâmetros gerais para concretização judicial do direito à saúde e não apenas do pedido inicial, que tratava do fornecimento de um medicamento específico (Zavesca) que não era, ao tempo do protocolo inicial, registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Do voto analisado, retiram-se os parâmetros que, em decorrência da repercussão geral reconhecida, deveriam nortear as decisões posteriormente proferidas por juízes de primeiro grau e tribunais.

Assim, o ministro fixou alguns dados a serem inicialmente considerados pelo julgador. A primeira hipótese a ser determinada pelo julgador é a existência (ou não) de política pública que abranja a prestação de saúde buscada pela parte. No caso de existência, não se trata de criação de política pública pelo Judiciário, mas este estaria apenas determinando o seu cumprimento. Aqui o direito subjetivo público à prestação pleiteada parece evidente.

E, nesse ponto, cumpre transcrever uma das inferências que resultaram da audiência pública realizada em 2009 e constou expressamente no voto do ministro relator:

[...] na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas (p. 91/92)<sup>5</sup>.

Nas pesquisas realizadas na confecção do presente artigo se chegou à mesma conclusão, especialmente quanto ao pedido judicial de medicamentos sem registro na

---

<sup>5</sup>STF. AG. REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 175 CEARÁ. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>

ANVISA, que tanto no TJCE como no TRF5 não ultrapassam 1% dos processos analisados por ambos os tribunais.

No julgamento do agravo regimental na STA n. 175, em caso de inexistência de política pública que estabeleça a prestação de saúde pleiteada, ficou estabelecido como parâmetro que o julgador deve diferenciar algumas situações.

A primeira é o caso da “não prestação” pelo Executivo decorrer de uma omissão legislativa ou administrativa e nessa hipótese se enquadra o pedido de fármacos sem o devido registro na ANVISA; nessa situação, a regra deve ser pelo indeferimento. A premissa é de que o registro na ANVISA atesta a segurança e efetividade do medicamento, mas a decisão deixa claro não se tratar de regra absoluta. A exceção apresentada é aquela contida na Lei n. 9.782/99, em que a própria ANVISA pode autorizar a importação de medicamento não registrado, dispensando-o de registro.

E, nesse ponto, cabe destacar que a exceção estabelecida no agravo regimental na STA n. 175 é bastante restrita, mas essa restrição foi bastante relativizada, tanto em decisões posteriores do próprio Supremo Tribunal Federal, como pelo Superior Tribunal de Justiça e pelos Tribunais de Justiça Estaduais e Tribunais Regionais Federais. Nos julgamentos dos agravos regimentais na suspensão de liminar n. 815/SP e na suspensão de tutela antecipada n. 761/DF, ambos da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, verifica-se que foi reconhecido direito de receber fármacos sem o registro na ANVISA, exigindo-se comprovação da ineficácia do tratamento ofertado pelo sistema público e que o medicamento, em caso de importados, tenha registro em órgãos análogos.

A segunda é o caso de haver decisão do Poder Público de não fornecimento (ou não prestação) da política pública pleiteada. Nesse caso, deve-se ainda considerar se existe tratamento fornecido pelo SUS; em caso de existência, deve-se dar primazia ao tratamento que faça parte do “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, portanto, para que o Judiciário acolha o pedido, a parte pleiteante deve demonstrar a impropriedade ou ineficácia da política de saúde já existente.

Situação diferente ocorre quando no SUS não existe tratamento alternativo ao pleiteado judicialmente, devendo-se diferenciar os tratamentos experimentais, os quais se regulam por pesquisas médicas e o Estado não pode ser condenado a fornece-los, dos tratamentos existentes, ainda não incorporados pelo SUS, mas eficazmente prestado pela iniciativa privada. Aqui a inexistência de protocolo pelo SUS não pode justificar a

diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e aos da rede privada, pelo que, demonstrada a necessidade, deve ser judicialmente concedido.

Finalmente, verifica-se que os argumentos levantados pela União naquele agravo são: a) grave lesão à ordem, à economia e à saúde pública; b) violação ao princípio da separação dos poderes; c) ofensa às normas e regulamentos do SUS; d) a ilegitimidade passiva da União, inexistência de responsabilidade solidária entre os integrantes do SUS por falta de previsão normativa e d) ofensa ao sistema de repartição de competência. Nenhum dos argumentos acima elencados foram acolhidos, resultando na negativa de provimento ao agravo.

Em que pese o caso concreto ser restrito ao fornecimento de fármaco sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, como já se disse em outra oportunidade, findou que aquele julgamento estabeleceu parâmetros nas mais diversas hipóteses de judicialização da saúde, ante o reconhecimento de repercussão geral, o tema foi tratado abstratamente e com maior amplitude que o pedido do próprio processo inicial.

Com a pesquisa realizada na Justiça Estadual do Estado do Ceará, inicialmente se chegou à conclusão de que quase a integralidade dos processos analisados teve como resultado final a condenação do ente público ao fornecimento de medicamentos de alto custo, inclusive aqueles sem registro na ANVISA, embora em número quase insignificante<sup>6</sup>, à realização de cirurgias, com ou sem aplicação de próteses, ou ao fornecimento de fraldas e de alimentação especial.

Das ementas analisadas, verifica-se que os argumentos da Fazenda Pública em Juízo limitam-se à reserva do possível, violação ao princípio da isonomia e da legalidade, ilegitimidade passiva e violação ao princípio da Separação dos Poderes, que se identificam com os mesmos argumentos arguidos pela União no agravo regimental na STA n. 175.

Já os argumentos utilizados, tanto por quem pleiteia, como aqueles declinados na fundamentação das decisões judiciais pela procedência do pedido são: a) o direito à vida e à saúde; b) a dignidade da pessoa humana; c) a sobreposição do argumento do mínimo existencial ao argumento da reserva do possível; d) ausência de violação ao princípio da isonomia; e) hipossuficiência do pleiteante comprovada; f)

---

<sup>6</sup>Cumprer registrar que menos de 1% dos processos analisados na Justiça Estadual, mesmo que com filtros mais amplos, trata-se de pedido de fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA.

indispensabilidade do tratamento pleiteado; g) solidariedade entre os entes federados; h) possibilidade de intervenção do judiciário em virtude da omissão estatal, afastando, assim, o argumento de desrespeito ao princípio da separação dos poderes.

Dessa forma, verifica-se que não há profundidade, sejam nos argumentos trazidos pela parte autora e pela defesa ou mesmo aqueles declinados pelos desembargadores na fundamentação das decisões, limitando-se, basicamente, ao argumento generalista do direito à saúde, e à sobreposição do argumento do mínimo existencial o da reserva do possível, obstando a invocação deste último em face da plena efetividade das garantias fundamentais. Dentre as decisões analisadas, em que pese constarem os outros argumentos elencados nos parágrafos anteriores, esses se apresentam como a verdadeira baliza das decisões prolatadas.

Registre-se que, nos fundamentos dos recursos analisados, há, em muitos casos, expressa citação à decisão proferida no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, e, ainda quando não expressa a citação, pelas conclusões acima expostas, pode-se inferir que o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará tem proferido decisões compatíveis com as premissas estabelecidas naquele julgamento, ainda que se verifique uma relativização nos parâmetros para ampliar as hipóteses de procedência.

Interessante anotar que, desde janeiro de 2014, encontra-se publicado Enunciado de Súmula do TJCE número 45, dispondo que “Ao Poder Público compete fornecer a pacientes tratamento ou medicamento registrado no órgão de vigilância sanitária competente, não disponibilizado no sistema de saúde”, evidenciando o entendimento esposado por este Tribunal.

Os processos do Tribunal Regional Federal da 5ª Região analisados foram todos pela concessão da política de saúde pleiteadas, sem qualquer exceção; com os parâmetros utilizados na pesquisa, não houve nenhum recurso que tenha sido julgado para negar a efetivação do tratamento demandado.

Destaca-se da pesquisa que, de todos os processos, apenas 02 (dois) envolviam pedido de medicamento sem registro na ANVISA, 01 (um) deles fundamentado na ausência de tratamento alternativo no SUS, inclusive com expressa citação da STA n. 175; no entanto, o outro julgado deixou de acolher o entendimento esposado naquele julgamento para decidir pela concessão do medicamento sob o

fundamento de que “a falta de registro na ANVISA não impede a dispensação dos medicamentos, quando estudos comprovam sua eficácia para a Patologia”<sup>7</sup>, o que reafirma as conclusões auferidas dos julgamentos do TJCE, qual seja: uma relativização nos parâmetros para ampliar as hipóteses de procedência.

Além disso, dessas ementas do TRF5, infere-se que os argumentos da Fazenda Pública em Juízo, quase em sua totalidade, coincidem com aqueles arguidos nos processos inicialmente analisados, na Justiça Estadual, quais sejam: ilegitimidade passiva; teoria da reserva do possível; intromissão orçamentária; ofensa ao princípio da separação dos poderes; a existência de tratamento disponibilizado pelo SUS menos oneroso que o pleiteado.

Por sua vez, os argumentos utilizados pelos autores e acolhidos no fundamento das decisões, por sua vez, também não se afastam daqueles encontrados na pesquisa realizada no sítio do TJCE na *internet*: responsabilidade solidária dos entes federativos; saúde como direito de todos e dever do Estado; garantia de uma vida digna; o afastamento da aplicação da teoria da reserva do possível sem que haja concreta demonstração pelo ente público de impossibilidade de arcar com as despesas; inexistência de ofensa à separação dos poderes.

Novamente as constatações da presente análise não divergem, em sua essência, daquelas alcançadas com apreciação dos processos do último ano no Tribunal Estadual.

O que se verifica é que, apesar da reprodução dos argumentos e fundamentos assentados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do agravo regimental na STA n. 175, os parâmetros estabelecidos foram sensivelmente relativizados, o que se torna evidente em razão de quase a totalidade dos processos analisados resultarem na condenação do Estado na prestação pleiteada.

O direito à saúde encontra-se concedido, com raríssimas exceções, tal qual consta no pedido inicial, inclusive os tratamentos de alto custo, sem previsão no “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas” do sistema público, sendo o entendimento já sumulado pelo TJCE, conforme já se disse anteriormente.

---

<sup>7</sup>Brasil. TRF 5, APELREEX 0005403422010405840001, Desembargador Federal Alexandre Costa de Luna Freire, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data::10/06/2016 - Página::31.

E, apesar de já haver sido objeto de julgamento pelo Plenário da Suprema Corte, no último ano o fornecimento de medicamentos voltou a ser tema de discussão em dois recursos extraordinários, com repercussão geral reconhecida.

Analisando os votos já proferidos em ambos os recursos extraordinários, que são os votos do relator ministro Marco Aurélio, do ministro Luís Roberto Barroso e do ministro Edson Fachin, novamente, evidencia-se dos votos o intento de julgar para além do objeto dos recursos, alcançando as mais diversas formas de judicialização da saúde.

O RE n. 566.471 trata de pedido de medicamento de alto custo não incorporado ao SUS, mas devidamente registrado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e o RE n. 657.718 trata de pedido de medicamento de alto custo sem registro na ANVISA.

De início, observando os votos do relator, pode-se constatar que a fundamentação não se afasta da essência do que já foi explanado no presente artigo, pois dos votos já proferidos facilmente se colhe a expressão “fundamentalidade do mínimo existencial e a implicação desse reconhecimento com o direito à saúde”, em que pese no segundo recurso extraordinário a fundamentação encontrar-se bastante sucinta. O que se percebe de novidade é a introdução do princípio da solidariedade familiar, de forma facultativa, mas que sequer foi arguido no julgamento do agravo regimental na STA n. 175.

Dos votos proferidos pelo ministro Luís Roberto Barroso, destaca-se a determinação para 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”<sup>8</sup>, assim, caso seja acolhido essa parte do voto, todas as demandas que busquem tratamentos (em sentido amplo) não incorporados à rede pública, obrigatoriamente deverão tramitar na Justiça Federal.

No que toca à fundamentação do voto, não há relevante avanço, denota-se, no entanto, uma tendência de restringir a atuação judicial na concretização do direito à saúde, a linha perfilhada pelo ministro fica evidenciada no seguinte trecho: “Assim, em um contexto de escassez de recursos, o Estado deve adotar políticas públicas para a efetivação de tais direitos e eleger critérios para a alocação dos recursos. Deve realizar escolhas

---

<sup>8</sup>Trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do RE 566471. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-vers%C3%A3o-final.pdf> Acesso em: 28 set. 2016.

trágicas: investir em um determinado medicamento ou tratamento sempre implica deixar de investir em outros. Não é o Judiciário o órgão que tem a legitimação democrática própria para fazer estas escolhas”<sup>9</sup>.

Já nos votos do ministro Fachin, pode-se observar, com maior expectativa, um avanço e aprofundamento no fundamento das decisões. O ministro traz novos enfoques à questão: trata-a, finalmente, como uma questão de Teoria da Justiça. Ainda que a discussão não esteja aprofundada, permite uma certa expectativa quando o julgamento for retomado e os demais ministros tiverem a oportunidade de se manifestarem. Alguns trechos do voto proferido no RE 657.718 merecem destaque:

[...] possível, neste ponto, sustentar que a garantia do direito à saúde dovesse levar em conta um ideal de distribuição que permitisse maximizar as chances de acesso aos bens primários, como se fosse possível, em uma instância deliberativa ideal, cobrir os interlocutores com um “véu de ignorância” acerca da real distribuição dos bens. Mesmo nesse cenário ideal, é preciso reconhecer que as pessoas têm visões diferentes sobre os bens que entendem necessários, pois os bens são necessários para uma finalidade. Noutras palavras, uma meta para a garantia do direito à saúde, construída a partir da teoria de John Rawls, poderia, ao fim, legitimar a ideia de ser lícito ao Estado decidir, autonomamente, sobre o destino das pessoas, invertendo o enfoque dos fins (liberdade) para um problema relativo aos meios (a saúde).

Contrariamente a essa perspectiva, é possível sustentar que o direito à saúde é “uma demanda ética sobre a equidade em saúde” (RUGER, Jennifer. *Toward a Theory of a Right to Health: Capability and Incompletely Theorized Agreements*. *Yale Journal of Law & Humanities*. V. 18. N. 18, p. 278), ou seja, todos têm o direito de reivindicar para si o acesso à melhor proteção à saúde, como se a proteção reivindicada pudesse ser formulada por todos. Se essa proposta tem, de um lado, a vantagem de, com Dworkin, levar o direito à sério, na medida em que permite às pessoas formular suas demandas éticas à luz do Direito; de outro, ela adverte que o papel do Estado não é um simples “sim ou não” à demanda que lhe foi apresentada [...]<sup>10</sup>

Constata-se do julgamento que a principal preocupação é de estabelecer parâmetros ao invés de robustecer o debate sobre a judicialização da saúde. Percebe-se uma objetivação da discussão para deixar assentando em quais casos o Judiciário deve conceder a prestação sanitária pleiteada e em quais casos deve indeferir o pedido.

Assim, percebe-se que os votos levam tempo em delimitar as situações ou hipóteses, como ocorreu no julgamento do agravo regimental na STA n. 175, a exemplo do pedido de medicamento sem registro na ANVISA; ao que tudo indica, o indicado registro será condição inafastável para concessão de qualquer fármaco, com exceções bem mais restritas.

---

<sup>9</sup>Idem.

<sup>10</sup> Trecho do voto do Ministro Edson Fachin no julgamento do RE 657.718. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160929-02.pdf> Acesso em: 28 set. 2016.

Outros exemplos são os mais diversos requisitos que são incluídos para o deferimento do pleito, como prévio pedido administrativo, comprovação da ineficácia do tratamento ofertado pelo SUS, que o tratamento pleiteado haja sido preferencialmente prescrito por médico do sistema público, dentre outros.

A imposição de requisitos ou parâmetros probatórios para concessão do direito judicializado não é inútil; inclusive, é necessária, mas antes se verifica a necessidade de avanço na fundamentação das decisões, num passo anterior a simples limitações, para conferir-lhes maior legitimidade.

A judicialização da saúde, portanto, apresenta-se ainda longe de sair do centro das discussões; sendo tema que preocupa especialmente gestores públicos, que se veem, ano a ano, incrementado os gastos destinados ao cumprimento de decisões judiciais. Conforme informações contidas no sítio do Ministério da Saúde na *Internet*<sup>11</sup>, os recursos previstos na área pública para o ano de 2016 em judicialização nos Estados, Municípios e União foi no valor de 7 (sete) bilhões de reais.

Nesse contexto, ainda em 2016, foi firmado um termo de Cooperação entre o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Saúde para orientar os magistrados no julgamento de demandas. Ação similar ocorreu no Estado do Ceará no final do último ano: o Complexo Hospitalar da Universidade Federal do Ceará, o Governo do Estado, a Prefeitura de Fortaleza e o Tribunal de Justiça do Ceará assinaram termo de criação do Núcleo de Apoio Técnico (NAT) entre essas instituições, objetivando a formação de um grupo da área de saúde, para auxiliar os magistrados no julgamento de processos relativos à matéria.

Ainda no mesmo contexto, mas com finalidade diferente, foi firmado um Termo de Cooperação Técnica entre a Defensoria Pública Geral do Estado do Ceará - DPGE, o Estado do Ceará, através da Procuradoria Geral do Estado - PGE e da Secretária de Saúde do Estado - SESA, o Município de Fortaleza - CE, através da Procuradoria Geral do Município - PGM e da Secretaria Municipal de Saúde - SMS, Instituto de Saúde dos Servidores do Estado do Ceará - ISSEC e Instituto de Previdência do Município de Fortaleza - IPM, que visa estabelecer ampla cooperação entre os partícipes, o intercâmbio de ações e a difusão de informações, inclusive utilizando a mediação como meio de

---

<sup>11</sup> Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/job/webradio/25233-judicializacao-ministerio-da-saude-e-cnj-assinam-termo-de-cooperacao-sobre-orientacoes-para-juizes> Acesso em: 21 dez. 2016.

autocomposição, visando garantir maior efetividade às políticas públicas de saúde no Estado do Ceará, evitar demandas judiciais e assegurar o acesso aos usuários hipossuficientes do SUS, ISSEC ou do IPM a medicamentos, insumos, produtos, cirurgias e procedimentos médicos.

As mais diversas políticas adotadas, sejam aquelas para auxiliar tecnicamente os magistrados no julgamento das demandas que lhes são apresentadas, sejam as políticas que buscam auxiliar o fluxo administrativo para implementar o direito à saúde, devem ser incrementadas e multiplicadas nos meses e anos que se seguem, pois a prestação de serviços de saúde ainda se encontra muito precária.

No entanto, a judicialização da saúde ainda carece de um debate mais aprofundado por parte do Poder Judiciário, com a adoção de teorias constitucionais de justiça, para fundamentar as decisões; a discussão sobre mínimo existencial e reserva do possível não se mantém mais, assim como a preocupação com o orçamento público não é fundamento constitucional que sustente as decisões de uma Corte Suprema. Há de socorrer-se de fundamentos mais substanciosos próprios ao sistema jurídico.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante de todo o estudo realizado, pode-se concluir que a discussão de teses defensivas do direito, tanto por parte do Poder Público como por parte do cidadão, e que fundamentam as decisões – como se verificou, quase em sua totalidade concedem o direito pleiteado – não tem avançado, encontrando-se, de certa forma, estagnada.

Percebe-se que os argumentos são superficiais, como se disse anteriormente, limitam-se, basicamente, em assentar que o argumento do mínimo existencial se sobrepõe sempre ao da reserva do possível, e este não pode ser invocado para obstar a plena efetividade das garantias fundamentais, percebendo-se uma generalização na aplicação do art. 196 da Constituição Federal.

No entanto, apesar de ser relevante que a Corte Constitucional se manifeste sobre alguns assuntos, notadamente vinculados a direito fundamental, o caminho que se apresenta pela leitura dos votos já proferidos no julgamento atualmente suspenso no STF não se figura novo, tampouco profundo; a discussão permanece, em nosso sentir, na mesma página.

Os votos já proferidos repisam as mesmas teses, sem qualquer aprofundamento, continuam a se concentrar nos parâmetros materiais e objetivos,

carecendo de robustez, o que tem feito com que o Poder Judiciário seja algo de diversas críticas.

A discussão precisa avançar: o tema ainda merece ser analisado pelos Tribunais e juízes de primeiro grau à luz de uma Teoria da Justiça, que justifique as decisões prolatadas, especialmente, no atual cenário de cada vez mais escassez de recursos públicos que permitam uma satisfatória prestação de serviços sanitários e um crescimento na demanda por esses mesmos serviços, principalmente, na área da saúde.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechossociales como derechosexigibles**. 2ª. ed. Trotta, 2004.

BRASIL. Lei 6.360, de 23 de setembro de 1976. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6360.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6360.htm). Acesso em: 17 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 566.471. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 657.718. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgRg. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. 17 de março de 2010.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Frabis Editor, 1993, reimpressão, 1999.

CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. **Direito à Saúde**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Análise jurídica dos critérios axiológicos de avaliação de medicamentos pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias ao SUS – CONITEC**. Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2016 jan./mar, 5(1):205-219.

NUNES, Carlos Francisco Oliveira. **Judicialização do direito à saúde no Estado do Ceará, Brasil: cenários e desafios**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Medicina. Programa de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, Fortaleza, 2014. Disponível em <http://www.saudepublica.ufc.br/imagens/uploads/dissertacoes/4f30c8917257ba5fe599e111231633de.pdf> Acesso em 26 dez. 2016.

QUINTAS, Fábio Lima. **Juízes-administradores – a intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais**. Revista de Informação Legislativa, v. 53, n. 209, p. 31-51, jan./mar. 2016. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/519997> Acesso em 30 set. 2016

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em

<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31953-37383-1-pb.pdf> acesso em 30 set. 2016

XIMENES, Julia Maurmann. **Levantamento de dados na pesquisa em direito - a técnica da análise de conteúdo.** In: Vladimir Oliveira da Silveira. (Org.). Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI Tema: "A Ordem Jurídica Justa: um diálogo Euroamericano. 1ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, v. 1, p. 7608-7622.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia. 8ªed. Madrid, Ed. Trotta, 2008.