

**A CORTE EM CIMA DO MURO:  
DIREITO INDIVIDUAL  
À SAÚDE VERSUS INTERESSE COLETIVO<sup>1</sup>**

**THE COURT ON THE WALL: THE DISSIDERATION  
OF THE COLLECTIVE INTEREST BY THE STF AND  
ITS INFLUENCE ON HEALTH JUDICIALIZATION**

*Alessandra Brustolin\**  
*Edinilson Donizete Machado\*\**

**RESUMO**

A judicialização da saúde é uma complexa controvérsia político-institucional, que têm atingido os múltiplos níveis de governo. Apesar da ampla produção acadêmica sobre o tema, a judicialização da saúde ainda é um problema ainda sem solução no Brasil. Pesquisas recentes apontam que o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) pode estar contribuindo com o agravamento dessa situação. Diante disso, surge o problema de pesquisa: em que medida a postura do STF contribui para a judicialização da saúde? A hipótese de que a Corte pode estar contribuindo para o agravamento da situação foi confirmada. Foi possível concluir que ao longo dos anos a postura indecisa adotada pelo STF, que desconsidera o interesse coletivo frente ao direito fundamental individual e isso pode comprometer a realização do direito à saúde.

- 
- <sup>1</sup> Artigo baseado na dissertação em processo de elaboração, intitulada “Justiciabilidade de medicamentos experimentais: o posicionamento das Cortes da Colômbia e África do Sul e as contribuições para o Brasil”, a ser apresentada para obtenção do título de Mestra em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Jacarezinho/PR
- \* Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Jacarezinho/PR. Especialista. Professora do curso de Direito do Centro Universitário Univel, Cascavel/PR, e da Rede Gonzaga de Ensino Superior, Realeza/PR. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7897449138181057>. Endereço postal: Rua Terezina, 2093, apto. 4, Recanto Tropical, Cascavel/PR. Endereço eletrônico: [alessandrabr.adv@outlook.com](mailto:alessandrabr.adv@outlook.com).
- \*\* Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP. Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho. Especialista. Coordenador do curso de graduação em Direito e Coordenador dos Programas *lato sensu* em Direito. Professor titular do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília/SP e da Universidade Estadual Norte do Paraná – UENP, Jacarezinho/PR. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5801377676380146>. Endereço postal: Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Av. Manoel Ribas, 215, Jacarezinho/PR, CEP: 86400-000.

**Palavras-chave:** Direitos sociais. Interesse coletivo. Direito à saúde. Supremo Tribunal Federal. RE 657.718/MG.

#### ABSTRACT

The judicialization of health is a complex political-institutional controversy, which has reached multiple levels of government. Despite the wide academic production on the subject, the judicialization of health still an unsolved problem in Brazil. Recent studies indicates that the Federal Supreme Court (STF) itself may be contributing to the worsening of this situation. Therefore, the research problem arises: to what extent does the STF posture contribute to the judicialization of health? The hypothesis that the Court may have contributed to the worsening of the situation has been confirmed. The article concludes that, over the years, the indecisive stance adopted by the STF, which disregards the collective interest in face of the individual fundamental right, and this can compromise the realization of the right to health.

**Keywords:** Social rights. Collective interest. Right to health. Supreme Federal Court. RE 657.718/MG.

#### INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) é, em parte, responsável pelo crescente papel institucional do Poder Judiciário no espaço público do país, diante das promessas constitucionais não efetivadas. Com o direito à saúde, isso não foi diferente.

O Judiciário brasileiro que, logo após a promulgação da CF/88, ainda tinha uma atuação tímida, diante das dificuldades de efetivação deste direito pelas demais esferas de governo, foi convertido em uma nova arena de reivindicação de direitos sociais. Desde então, inúmeras foram as críticas lançadas à atuação judiciária, especificamente ao Supremo Tribunal Federal (STF), que com o passar dos anos passou a adotar posturas questionáveis e, muitas vezes, interferindo nas escolhas políticas, governamentais e técnicas que integram as políticas de saúde.

De um lado, essas intervenções nem sempre são pautadas por critérios minimamente objetivos e racionais, provocando insegurança jurídica no tratamento dado ao tema, além de faltar aos magistrados capacidade institucional para enfrentar questões técnicas e complexas sobre saúde pública. Por outro lado, os atores políticos não podem simplesmente ignorar os riscos da judicialização no planejamento e execução das políticas públicas, o que, ao final, aumenta as tensões institucionais entre os poderes do Estado.

Gradativamente, isso culminou uma complexa controvérsia político-institucional, atingindo os múltiplos níveis de governo. Em primeiro lugar, porque questões orçamentárias e de eficiência administrativa na execução de políticas públicas de saúde passaram a ter sua legitimidade contestada na esfera judicial,

deslocando para este *locus* o conflito entre o indivíduo e o Poder Público. Em segundo lugar, a ausência de critérios claros e razoavelmente objetivos que embasem as decisões judiciais provoca consequências negativas na organização e planejamento dos serviços públicos de saúde.

Muitos são os enfoques direcionados ao problema, principalmente, aqueles que questionam a legitimidade do Poder Judiciário para decidir sobre questões que envolvem a criação de políticas públicas ou aqueles que vislumbram no âmbito do Poder Executivo uma possível solução.

Este artigo, por outro lado, objetiva uma nova proposta de discussão e, dessa forma, indicar caminhos que possam levar a uma possível solução para o problema. Na contramão do caminho que vinha sendo trilhado pela produção acadêmica, estudos recentes (2019/2020) apontam indícios de que tanto o problema quanto a solução da judicialização da saúde concentram-se no próprio STF.

As conclusões do estudo realizado por um grupo de pesquisadores ao serviço do CNJ (2019) e da pesquisa de Natalia Pires de Vasconcelos (2020), referenciados ao longo do estudo, apresentam indicativos de que o próprio STF pode ser o responsável pela experiência da busca em larga escala do Judiciário para solucionar questões que envolvem a saúde em âmbito nacional. Diante disso, questiona-se: em que medida a postura do STF contribui para a judicialização da saúde? A hipótese é a de que o STF, com o seu posicionamento, tem contribuído para o agravamento da judicialização.

O artigo se divide em duas seções, tendo como objetivo geral analisar de forma crítica o posicionamento da Corte e apresentar a sua percepção a partir do direito constitucionalmente tutelado. O primeiro capítulo busca verificar o posicionamento adotado pelo STF a partir da promulgação da CF/88 com relação ao direito à saúde com base na produção acadêmica e jurisprudência da Corte sobre a temática. O segundo, tem como objeto de análise especificamente o posicionamento da Corte no julgamento do RE 657718/MG. Os métodos utilizados foram o dedutivo e análise de caso.

## **DIREITO À SAÚDE, POSICIONAMENTO DO STF E REPERCUSSÕES**

O exercício da função jurisdicional tem como objetivo assegurar a vontade do Poder Constituinte, uma vez que como guardião da Constituição, espera-se que controle o exercício do poder pelas demais instâncias do Estado.

Hesse<sup>1</sup> concluiu seu estudo sobre a força normativa da Constituição sob a afirmação de que não se deveria esperar que as tensões entre a ordenação cons-

---

<sup>1</sup> HESSE, Konrad. *Elementos do direito constitucional da República da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

titucional e a realidade política e social deflagrassem um sério conflito, mas admitiu não ser possível a previsão sobre o desfecho de tal embate, diante da confirmação de que os pressupostos asseguradores da força normativa da Constituição não foram plenamente satisfeitos. Bonavides<sup>2</sup> faz a mesma advertência ao advertir que “a obediência aos comandos normativos da Constituição evita o comportamento autoritário dos poderes governantes, que comodamente se distanciam da rigidez de seus cânones”.

Por mais contemporâneas que sejam essas teorias, entre elas a do pós-positivismo de Dworkin<sup>3</sup>, seus fundamentos partem de dogmas já consolidados na doutrina, como é o caso dos postulados da unidade, coerência ou outros, para a formulação de críticas ou adesão a determinada linha de argumentação.

Alexy<sup>4</sup> demonstra que o campo de incidência da sua teoria compreende a estruturação do ordenamento a partir do Estado Constitucional Democrático e, portanto, de um sistema normativo que veicule princípios e regras do ordenamento. De acordo com Canotilho<sup>5</sup> a articulação de princípios e regras iluminará a compreensão da Constituição como um sistema interno “[...] assente em princípios estruturantes fundamentais que, por sua vez, se assentam em subprincípios e regras constitucionais concretizadores desses mesmos princípios”<sup>6</sup>.

Assim, a probabilidade de uma decisão ser correta será sempre maior, quando observado o ponto de vista interno do ordenamento, por meio da Constituição e, por consequência, o próprio ordenamento por ela estabelecido<sup>7</sup>.

A grande dificuldade que se apresenta atualmente, mesmo diante de tais considerações, reside justamente sobre a prestação efetiva e adequada da tutela jurisdicional e a discussão que ganhou espaço no debate jurídico tem como tema o ativismo judicial, defendido por alguns e rechaçado por outros.

Ao longo dos anos, o Poder Judiciário passou a ser demandado a decidir sobre a compatibilidade dos atos comissivos e omissivos das formas de expressão do poder estatal<sup>8</sup>. E, assim, a desempenhar um importante papel político no desenho institucional. Esta se tornou uma das problemáticas a serem enfrentadas

---

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 484.

<sup>3</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>4</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

<sup>5</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

<sup>6</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes., *op. cit.*, p. 1.099.

<sup>7</sup> MACHADO, Edinilson Donizete. *Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

<sup>8</sup> MACHADO, Edinilson Donizete. *Ibid.*

pelo constitucionalismo contemporâneo, especialmente, por seu impacto na formação de políticas públicas.

O posicionamento do STF nas demandas que envolvem a saúde já há alguns anos vem sendo questionado por defensores<sup>9</sup> e aqueles que atacam o ativismo judicial. Na maioria das vezes, o debate insiste na análise dos *limites* de atuação do Tribunal nas questões que envolvem políticas públicas com base na teoria da separação dos poderes. Este, todavia, não é o enfoque que se pretende realizar.

A parte das discussões que envolvem questões como o conceito, origem e aplicação (ou não) do ativismo judicial, o que por si só já suscitaria uma produção científica autônoma – que não é o objetivo deste artigo – a discussão sobre o ativismo judicial, também envolve e está relacionada à problemática existente entre o ativismo judicial e a judicialização da política.

Esse tema é igualmente objeto de controvérsias jurídicas. Isso porque a doutrina chamada de judicialização da política<sup>10</sup> propõe que as questões políticas se afastem da decisão judicial em seu contexto de escolha, ficando restrito ao controle do exercício da política por meio do ordenamento.

O ativismo judicial, apesar de ter se tornado um importante meio de acesso a direitos também reflete uma complexa (e problemática) solução para a tutela dos mesmos direitos. Aqui também não se pretende discutir a (i)legitimidade do Judiciário na criação de políticas públicas, mas avaliar se a atuação judicial ainda que para complementação de políticas públicas desenvolvidas pelo Poder Executivo tem sido ou não positiva, na medida em que a realização de direitos sociais implica em custos, ou seja, gastos públicos<sup>11</sup>.

Nos casos de omissão ou deficiência no agir do Estado que comprometa a eficácia de direito fundamental, o artigo 5º, §1º, da CF/88 ao conferir aplicabilidade imediata a estes direitos possibilita eles sejam reclamados perante o Judiciário. Essa tutela jurisdicional consensualmente designada nos trabalhos produzidos sobre o assunto como positiva, mas isso não a afasta dos problemas decorrentes.

O texto constitucional ao garantir o direito à saúde em seu *grau máximo* e lhe conferir aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, da CF/88) possibilita a *plena justiciabilidade* deste direito incluindo, inclusive, os medicamentos experimentais. Assim, com base na constituição brasileira, não é possível evitar que demandas sobre essa matéria cheguem aos tribunais.

---

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

<sup>10</sup> LOEWNSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Espanha: Ariel Derecho, 1986.

<sup>11</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e o obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. S. *Direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599.

O que se parece maleável é a *interpretação judicial*. Da análise da tese desenvolvida por Silva<sup>12</sup>, é possível concluir que a aplicação de uma teoria interna dos direitos fundamentais e a busca pela vontade do legislador, ou seja, daquilo que o legislador pretendia proteger e o tratamento dos direitos sociais como se tivessem a mesma estrutura dos chamados direitos individuais, não conduzem para a resolução do problema da judicialização. Por outro lado, incluir no processo de ponderação e da aplicação da proporcionalidade, interesses coletivos não protegidos diretamente por direitos, permite uma aproximação da solução.

Diante disso, sem considerar fatores externos que serão levantados de forma crítica ao longo desta seção, tem-se como objetivo específico mapear o comportamento do STF nos últimos anos, verificando se a postura adotada considera interesses coletivos não protegidos diretamente por direitos e as repercussões deste posicionamento, com ênfase na análise do julgamento do RE 657.718 (Minas Gerais).

Com o passar dos anos, em detrimento da postura “autocontensiva” que vinha sendo adotada, o Judiciário passa a atuar de forma “ativista”<sup>13</sup>. Essa não é e aqui nem se pretende retratar como sendo uma questão simples, mas que decorre da análise e compreensão de uma série de noções e fatores. É justamente em razão da complexidade que envolve esses conceitos, que eles não serão abordados no trabalho, visto que não consistem a centralidade do artigo, mas não poderiam deixar de ser mencionados.

No que refere ao direito à saúde, a primeira decisão no âmbito do STF relevante para a análise realizada nesse estudo e que também reflete essa mudança de postura é a decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello em sede de Medida Cautelar na Pet 1246 MC/SC – SANTA CATARINA, que reconhece de forma irrestrita; de aplicabilidade imediata; e em dimensão estritamente subjetiva o direito à saúde na sua interconexão com o direito à vida ao paciente (menor impúbere portador de “Distrofia Muscular de Duchene” que segundo consta na decisão não dispunha de condições para custear o tratamento) em detrimento do “interesse financeiro e secundário” do Estado de Santa Catarina<sup>14</sup>.

A decisão proferida no RE 271.286 no ano de 2000, tendo novamente como Relator o Ministro Celso de Mello que condenou solidariamente o Município de Porto Alegre e o estado do Rio Grande do Sul a fornecerem gratuitamente me-

---

<sup>12</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Ibid.*, p. 593.

<sup>13</sup> LIMA, Flávia Danielle Santiago. Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate. 300 f. *Tese* (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2013. p. 208.

<sup>14</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Pet 1246 MC SC – SANTA CATARINA*. Ministro Celso de Mello, 1997.

dicamentos necessários ao tratamento da AIDS, nos casos que envolvessem pacientes portadores do vírus HIV e destituídos de recursos, destacando-se a decisão do STF no AGRG n. 271.286-8.

Alguns pontos seguem o entendimento adotado em 1997: a relação “indisociável” com o direito à vida; a consideração única do direito à saúde em seu aspecto subjetivo; que o Poder Público deve garantir o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar aos cidadãos, “inclusive àqueles portadores de HIV”; impostergabilidade da efetivação do dever constitucional; a prevalência do respeito indeclinável à vida e à saúde humana sobre um “interesse financeiro e secundário do Estado”; que a posição adota pelo Tribunal confere “efetividade” ao texto constitucional; a legitimidade jurídico-constitucional do Judiciário, diante do dever que se impõe ao Poder Público “qualquer que seja a dimensão institucional” em que este atue no plano de nossa organização<sup>15</sup>.

Foi assim que os tribunais se tornaram uma rota alternativa (e rápida) para o acesso aos serviços de saúde, a partir de então compreendido como o acesso a medicamentos que estão nas listas governamentais ou só são disponibilizados no mercado<sup>16</sup>.

Essa pode parecer, à primeira vista, uma “história de sucesso” na justiciabilidade de direitos sociais, mas a consequência que decorre dessa decisão é apontada como motivo de preocupação em alguns estudos, principalmente “[...] por promover o alargamento das hipóteses de tutela a direito individual”<sup>17</sup>.

Houve o crescimento das demandas individuais em saúde com o êxito para os autores em 85% dos casos entre janeiro de 1997 e junho de 2004 em pesquisa empírica realizada no ano de 2004, envolvendo todas as decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Em 93% das decisões sobre concessão de medicamentos, constatou-se que o direito à saúde foi individualmente considerado e não houve preocupação com eventual existência de política pública ou não, implantada pelo governo<sup>18</sup>. Esse cenário se deu no mesmo período em que “[...] a política de combate à AIDS do governo brasileiro – que inclui a distribuição gratuita de medicamentos, entre outras medidas – é considerada pela Organização Mundial da Saúde como uma das mais eficazes do mundo”<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> STF. *Ibid.*, p. 1421.

<sup>16</sup> BIEHL, João; PETRYNA, Adriana. Tratamentos jurídicos: os mercados terapêuticos e a judicialização do direito à saúde. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz. v. 23, n. 1, p. 173-192, jan./mar 2016.

<sup>17</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 135.

<sup>18</sup> SILVA, Virgílio Afonso da., *op. cit.*, p. 594 *apud* FERREIRA, Duran et al., 2004.

<sup>19</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Ibid.*, p. 595.

No ano de 1996, quando respostas globais ao HIV/AIDS eram mais baseadas em prevenção, o Brasil tornou-se o primeiro país do sul global a assinar uma lei e aprovar uma política de distribuição livre e universal de medicamentos antir-retrovirais (ARVs). Nos anos seguintes, o Brasil assistiu à formação de alianças sem precedentes entre ativistas, reformadores governamentais, órgãos multilaterais e a indústria farmacêutica. E foi assim que o país consolidou-se como líder no esforço global para universalizar o acesso ao tratamento da AIDS<sup>20</sup>.

Mesmo diante de uma política efetiva e de reconhecimento mundial, confirma-se diante desse desenho, que o Judiciário foi convertido em uma estrada de via rápida para o acesso a medicamentos, tanto aqueles constantes nas listas de medicamentos oficiais, quanto os medicamentos de alto custo e de caráter experimental e que o Judiciário tanto não percebia esse fenômeno de forma racional quanto ignorava suas consequências.

O problema da influência que o marketing realizado pela indústria farmacêutica exerce sobre a prescrição médica, objeto de pesquisa, realizada por Pepe e Veras<sup>21</sup> quando relacionado ao crescimento do mercado farmacêutico no Brasil e ao litígio pelo tratamento que ocorre no contexto de um sistema descentralizado e disfuncional de saúde pública.

Isso foi observado por Bihel e Petryna<sup>22</sup> sob a perspectiva do que os autores chamam de “fator chave”: o fato de que “[...] pacientes de baixa renda não estão simplesmente aguardando que o mercado eventualmente baixe os preços e torne as novas tecnologias médicas acessíveis: eles estão usando a assistência jurídica pública e as alavancas de um Judiciário responsivo para obter acesso agora”.

Além disso, há indícios de que os municípios, em termos orçamentários, são os maiores prejudicados com as decisões judiciais que obrigam o fornecimento de bens e serviços de saúde, especialmente, medicamentos<sup>23</sup>.

O Judiciário, portanto, têm sido um importante ator político e que esse não pode ser um fenômeno isoladamente considerado. Daí que a mudança na cultura de uma atual “sociedade da automedicação”, o crescimento da indústria farmacêutica no Brasil e o aumento da justiciabilidade de medicamentos, especialmente experimentais, enquanto fatores inter-relacionados, como vem sugerindo estudos recentemente publicados, devem ser levados em consideração para

---

<sup>20</sup> BIEHL, João; PETRYNA, Adriana., *op. cit.*, p. 177.

<sup>21</sup> PEPE, Vera. Lucia Edais; VERAS, Claudia Maria Travassos. A prescrição médica. *Instituto de Medicina Social*. Rio de Janeiro: UERJ/MS, 1995. n. 111.

<sup>22</sup> BIHEL, João; PETRYNA, Adriana., *op. cit.*, p. 176.

<sup>23</sup> WANG, Daniel Wei L.; VASCONCELOS, Natália Pires de; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; TERRAZAS, Fernanda Vargas. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, p. 1191-1206, set./out. 2014.



compreender e iluminar possíveis soluções para a judicialização da saúde no Brasil e seus reflexos.

Outras importantes decisões no âmbito do STF que envolvem postulações relativas ao direito à saúde e à demanda de medicamentos poderiam ser mencionadas (ADI 5.592; RE 657.718; ADI 4.066; RE 566.471; RE 855.178). Mas por já terem sido objeto de outras pesquisas empíricas ou não, o estudo desse complexo de decisões não é, contudo, o foco do artigo.

A reiteração do comportamento judicial interventivo estendendo-se a políticas públicas nos mais diversos campos tem evidenciado fragilidades que podem se manifestar em detrimento do objetivo formalmente enunciado, que é aquele do empoderamento dos direitos sociais<sup>24</sup>.

O traçado das próprias políticas públicas em execução é ainda insuficientemente denso ou por vezes sequer existe, a margem de alternativas postas ao controle jurisdicional aumenta, já que ausente o critério de racionalidade formal emanado da lei. Essa a razão para advertir-se quanto aos riscos de regressão decorrentes do favorecimento ao controle judicial de políticas públicas, ao menos no modelo substitutivo desenvolvido ordinariamente na crônica da jurisprudência nacional<sup>25</sup>.

Para além das controvérsias que questionam a legitimidade do Poder Judiciário, cujos membros não são eleitos, nem respondem politicamente sobre o povo, para interferir nas escolhas feitas pelos outros Poderes (Executivo e Legislativo) em face a escassez de recursos, o volume das demandas judiciais que envolvem casos de saúde cresceu significativamente ao longo dos anos e a “judicialização da saúde” é atualmente uma preocupação em todas as esferas de governo, mas que é também essencialmente jurídica.

Alguns importantes “indicadores da judicialização da saúde” com base em pesquisa realizada pelo CNJ<sup>26</sup>: 1) Levando-se em consideração a base de dados utilizada na pesquisa, o litígio por medicamentos corresponde a 91% (noventa e um por cento) das demandas, concluindo-se que “[...] no que se refere à judicialização contra o SUS, os medicamentos são responsáveis por grande maioria das demandas”<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. Controle judicial de políticas públicas: sobre os riscos da vitória da semântica sobre o normativo. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba, v. 14, n. 14, p. 387-408, jul./dez. de 2013.

<sup>25</sup> VALLE Vanice Regina Lírio do., *Ibid.*, p. 396.

<sup>26</sup> INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA (INSPER). Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. In: AZEVEDO, Paulo Furquim de; ABUJAMRA, Fernando Mussa (coord.). *Conselho Nacional de Justiça*, 2019.

<sup>27</sup> INSPER. *Ibid.*, p. 128.

Outro fator que se destaca na pesquisa realizada pelo CNJ<sup>28</sup> é o forte indício que a atual demanda de saúde perante os tribunais é individual. Isso porque o estudo concluiu que apenas 2,35% das demandas são intituladas “coletivas” e que mesmo estas promovem interesses individuais<sup>29</sup>.

Um problema que é frequentemente levantado na academia refere-se ao questionamento seguinte: até que ponto as intervenções do Judiciário favorecem os mais excluídos? Nesse ponto residem algumas das críticas que vem sendo realizadas à atuação do judiciária no sentido de que este seria um espaço “privilegiado” e que as demandas não refletem as mazelas da sociedade, especialmente as que chegam até o STF.

Daí resulta um delicado paradoxo, uma vez que quando não pautado por certos parâmetros, o ativismo judicial em matéria de direitos sociais – que deveriam ser voltados à promoção da igualdade material – pode contribuir para a concentração da riqueza, com canalização de recursos públicos escassos para os setores da população mais bem aquinhoados<sup>30</sup>.

Há quem afirme que não é “[...] sustentável ou, pelo menos, não será universalizável – a crítica de que os tribunais sejam necessariamente porta-vozes das elites [...]”<sup>31</sup>, porque a arena do Judiciário tem sido palco na sindicabilidade de diversas pautas importantes e tem avançado na tutela de direitos fundamentais e sociais.

A “tese da judicialização pelas elites”<sup>32</sup> foi trabalhada em estudo realizado por Medeiros, Diniz e Schwartz<sup>33</sup>, concluindo que essa tese não pode ser confirmada e nem refutada: “[...] Não há como dizer que a judicialização é uma questão de classe. O que se coloca é se essa conclusão pode ser extrapolada para a judicialização de outros medicamentos ou mesmo outros tipos de judicialização da saúde”.

A pesquisa realizada pelo INSPER<sup>34</sup> também sugere que o perfil dos demandantes é um dado importante com relação ao fenômeno da judicialização da saúde, especialmente em sua dimensão a acesso a medicamentos. Aponta-se a existência de indicadores diversos sobre hipossuficiência econômica, sendo que isso é uma variante de acordo com cada estado da federação considerado.

O estudo indica a variação nos indicadores de hipossuficiência econômica, sugerindo que um quinto das demandas são oriundas de pessoas em situação de

---

<sup>28</sup> INSPER. *Ibid.*, p. 128.

<sup>29</sup> INSPER. *Ibid.*, p. 134.

<sup>30</sup> SARMENTO, Daniel. *A proteção dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*. 2009.

<sup>31</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 145-146.

<sup>32</sup> MEDEIROS, Marcel; DINIZ, Débora; SCHWARTZ, Ida Vanessa Doederlein. A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. *Ciência & Saúde Coletiva* [online]. v. 18, n. 4, p. 1079-1088, 2013.

<sup>33</sup> MEDEIROS, Marcel; DINIZ, Débora; SCHWARTZ, Ida Vanessa Doederlein. *Ibid.*, p. 1096.

<sup>34</sup> INSPER., *op. cit.*, p. 72-73.

vulnerabilidade econômica. Esse é um dado importante e, apesar da pesquisa assim não concluir, sugere um índice de baixa justiciabilidade pela parcela menos abastada da sociedade e, sobretudo, daquela que possui acesso à via processual.

Essa não é uma questão que se pretende aprofundar, mas já foi considerado que se existe um problema distributivo que deve ser discutido no âmbito da judicialização da saúde, ele não parece estar na origem de classe daqueles que recorrem aos tribunais, mas reside em outros fatores<sup>35</sup>.

A demanda por medicamentos tem ocupado posto de maior de relevância no índice de judicialização da saúde pública. Verificou-se que até os anos de 1998 esse tipo de demanda envolvia quase que exclusivamente medicamentos para o tratamento do HIV/AIDS, mas com a implantação da política universal para tratamento da doença (1999), atrelado ao surgimento de novas patologias e consequentemente a modernização dos serviços de saúde e de medicamentos com cada vez menos efeitos colaterais, a demanda de medicamentos pela via judicial sofreu um aumento significativo<sup>36</sup>.

Embora um “direito a medicamentos” esteja se consolidando no Brasil (consolidando, de uma forma mais ampla, a farmacêuticalização da saúde), os vários braços do governo ainda precisam desenvolver avaliações sólidas da tecnologia em saúde<sup>37</sup>.

A crescente judicialização da saúde no Brasil é normalmente percebida como um reflexo de políticas públicas ruins ou de investimentos insuficientes. Essa percepção tem como principal consequência a assumida tendência de grande parte dos juízes de pressupor que todas as demandas de saúde resultam de falhas do Estado. No entanto, os dados coletados em pesquisa realizada pelo CNJ no ano de 2019, apontam que os obstáculos para solução dos problemas relacionados à judicialização da saúde estão sob o controle do próprio Judiciário e são fruto da discricionariedade que gozam os vários tribunais.

A ausência de um padrão comum seguido, restringe o uso dessas informações como fonte de pesquisa e, sobretudo de gestão da política judiciária<sup>38</sup>, pendente ainda de uma solução eficaz. Isso faz com que o Poder Judiciário se torne um dos principais atores da judicialização da saúde no que se refere às suas causas e consequências. Ressalte-se ainda o papel político e de impacto das políticas públicas.

É questionável o “[...] o posicionamento sistematicamente favorável do STF às demandas individuais coexiste com uma atuação mais estrutural da Corte,

---

<sup>35</sup> MEDEIROS, Marcel; DINIZ, Débora; SCHWARTZ, Ida Vanessa Doederlein., *op. cit.*, p. 1096.

<sup>36</sup> BIEHL, João; PETRYNA, Adriana., *op. cit.*, p. 183.

<sup>37</sup> BIEHL, João; PETRYNA, Adriana, *Ibid.*

<sup>38</sup> INSPER., *op. cit.*

que procura gerir a judicialização por meio do Conselho Nacional de Justiça<sup>39</sup>. Este é um dos fatores determinantes para compreender o contexto das demandas de saúde no Brasil e a aparente contradição que envolve a sua atuação enquanto “parte do problema” e “gestora” da solução de um impasse que ajuda a criar<sup>40</sup>.

A grande dificuldade têm sido o modo como a Corte concebe o problema. No ano de 2009 já se tinha conhecimento do panorama de judicialização e das complexidades que decorriam deste fenômeno. Tanto que foram buscadas estratégias para a solução. Nesse mesmo ano, após quatro audiências públicas que haviam sido realizadas, o STF convocou uma audiência pública com a finalidade de ouvir opiniões de autoridades no âmbito do SUS, que envolvem desde informações jurídicas até científicas e políticas<sup>41</sup>.

O que chama atenção é que “[...] a maior parte dos expositores selecionados [pelo Ministro Gilmar Mendes] pertencia ou a gestão da saúde federal ou eram operadores do direito, o que explica certa prevalência de posições críticas em relação à judicialização<sup>42</sup>. Após a realização da audiência pública, a STA-175 no âmbito do Supremo Tribunal Federal foi a primeira decisão importante na busca de respostas para a judicialização da saúde. Todavia, “[...] foi utilizada poucas vezes contra a pretensão de demandantes. Das vinte decisões monocráticas em ações de saúde em que é citada, apenas 4 decisões são favoráveis a administração pública<sup>43</sup>.

O STF teve papel determinante na experiência de justiciabilidade do Brasil, diante da atuação contraditória da Corte, que ora sustenta posição favorável a demandas individuais de medicamentos e tratamentos hospitalares e ora promove ações para reduzir a judicialização da saúde, destacando-se a atuação ativa e fiscalizatória do CNJ visando a redução dos indicadores.

Sem ignorar os acontecimentos que sucederam esse período até o ano de 2019, o Recurso Extraordinário 657.718/MG, julgado pela Corte em 2019 teve como tema central analisado a possibilidade de concessão de medicamento sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA<sup>44</sup>.

### **A CORTE EM CIMA DO MURO: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RE 657.718/MG E A DESCONSIDERAÇÃO DO INTERESSE COLETIVO**

O processo principal originário discutia o fornecimento do medicamento não registrado na ANVISA (Mimpara 30 mg) para o tratamento de hiperparati-

<sup>39</sup> VASCONCELOS, Natalia Pires de. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. *Revista Estudos Institucionais*. v. 6, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2020.

<sup>40</sup> VASCONCELOS, Natalia Pires de., *Ibid.*, p. 87

<sup>41</sup> VASCONCELOS, Natalia Pires de., *Ibid.*, p. 87.

<sup>42</sup> VASCONCELOS, Natalia Pires de., *Ibid.*, p. 90.

<sup>43</sup> VASCONCELOS, Natalia Pires de., *Ibid.*, p. 90.

<sup>44</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). RE 657718 MG. Relator: Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. DJ: 03/06/2019. Supremo Tribunal Federal, Brasil, 2019.

reoidismo secundário, sendo a autora da ação portadora de insuficiência renal em diálise. O caso foi objeto do RE 657.718 interposto em face do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

O juízo de primeiro grau condenou o Estado ao fornecimento do medicamento pleiteado e o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais reformou a decisão a fim de dar procedência ao pedido do Estado.

A temática, em razão da sua relevância sócio jurídico e econômico-política, por tratar sobre o fornecimento ou não de medicamento, com restrições pela normativa brasileira, para tratamento indispensável de um indivíduo, culminou no reconhecimento da repercussão geral, sendo, portanto, admitido o Recurso Extraordinário, que ficou sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio.

O Ministro Relator destacou a insegurança quanto ao uso de um medicamento que não possui registro na ANVISA, precisamente por ser condição essencial para fins do art. 12 da Lei n. 6.360/1976, ou seja, necessários à industrialização, comercialização e importação do produto, sendo que a inobservância do dispositivo configura uma conduta ilegal.

Segundo o Ministro, o registro na ANVISA pressupõe a eficácia do produto, isso porque, a submissão ao crivo técnico do controle de qualidade, visa permitir ou não sua circulação no território nacional. Desse modo, o Ministro Marco Aurélio em seu voto entende que cancelar experiências laboratoriais, terapêuticas, de benefícios clínicos e custos de tratamento incontornáveis pelas autoridades públicas, é permitir o experimentalismo farmacêutico a expensas da sociedade, que financia a saúde pública por meio de impostos e contribuições<sup>45</sup>.

O STF no julgamento do recurso não retira da ANVISA a autoridade técnico-legal se certo produto ou substância possui um nível de qualidade de forma a não provocar prejuízos ao corpo humano, medindo aqueles que comprovadamente não oferecem riscos à saúde humana e, via de consequência, registrando-os.

Nos termos da decisão, o Poder Judiciário não poderia colocar em risco a vida de um indivíduo em particular, diante da arguição de garantir o direito à saúde, ao coagir o Estado a fornecer um medicamento, o qual não possui segurança técnica quanto aos seus efeitos, segundo atestado pela ANVISA.

O Ministro *não levanta o problema escassez de recursos, mas abre precedente para a judicialização de medicamento de alto custo*, registrado pela ANVISA, mesmo que não integre as listas do SUS, nos casos de hipossuficiência do paciente, deixando abertos os critérios para estabelecer em que casos o medicamento poderá ser concedido.

---

<sup>45</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), *Ibid.*

Em conclusão, votou pelo desprovimento do recurso e propôs a fixação da seguinte tese: “[...] o registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa é condição inafastável, visando concluir pela obrigação do Estado ao fornecimento”<sup>46</sup>.

No entanto, em seguida, fez um acréscimo ao seu voto, modificando o seu entendimento, decidindo pelo provimento parcial, de forma a assegurar que poderia haver o fornecimento de medicamentos não registrados na Anvisa pelo Poder Público quando estes fossem certificados em outros países e desde que, perante prova de que o adquirente do remédio é hipossuficiente.

Dado o posicionamento adotado em decisões anteriores, a decisão não gera maiores surpresas. Entretanto, simplesmente ignora o problema orçamentário e considera o direito à saúde como um direito que guarda estrutura de um direito individual e imediatamente realizável. Também desconsidera importante aspecto que se ressalta da teoria de Silva, os *interesses da coletividade*.

Foi reformulada a presunção da tese no sentido de que o Estado está obrigado a fornecer medicamento registrado na ANVISA, como também o passível de importação, sem similar nacional, desde que *comprovada à indispensabilidade para a manutenção da saúde da pessoa, mediante laudo médico, e possua registro no país de origem*.

O posicionamento não foi seguido pela maioria do plenário, predominando posicionamento do Ministro Luís Roberto Barroso. Argumenta que a Constituição Federal prediz a saúde como um direito fundamental social de todos, como sendo um dever do Estado, garantido por meio de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (CF/1988, arts. 6º e 196)<sup>47</sup>.

Do voto de Barroso extrai-se em reiteração que a Corte concebe o direito à saúde como um *direito individual e imediatamente realizável*, adotando, deste modo, uma posição baseada na teoria interna dos direitos fundamentais, eis que desconsidera qualquer restrição externa a este direito, isto é, que decorre de circunstâncias fáticas ou jurídicas. Deste posicionamento, segundo Silva, não é possível extrair a solução para a inflação judiciária no número de ações<sup>48</sup>.

Obviamente que a realização e a garantia de qualquer direito pelo Estado têm um custo, mas no caso de direitos sociais e econômicos, esse custo é bem mais

---

<sup>46</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), *Ibid.*

<sup>47</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), *Ibid.*

<sup>48</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 152.

elevado<sup>49</sup>. Ocorre que decisões como essa custam muito mais dinheiro. Implicam, para além dos gastos com a realização dos direitos sociais econômicos no âmbito do Poder Executivo, mas interferem na “conta comum de todos os direitos”<sup>50</sup>.

Apesar de ser possível verificar em outras passagens da decisão a menção a um cenário de “crise econômica e estrutural na esfera da saúde pública brasileira”<sup>51</sup>, a todo o tempo é reforçada a ideia da saúde como um direito de *proteção do indivíduo*.

O entendimento foi firmado no sentido de que o Estado não poderia ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sendo excepcionalmente possível, o fornecimento de medicamentos não submetidos ao crivo do registro sanitário, porém com eficácia e segurança cientificamente comprovados.

No julgamento do (RE) 657718, o STF concluiu pela constitucionalidade do artigo 19-T da Lei 8.080/1990, que veda, em todas as esferas de gestão do SUS, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento experimental ou de uso não autorizado pela ANVISA. Todavia, possibilitou, excepcionalmente a concessão judicial de medicamentos sem registro sanitário, no caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido, desde que presentes três requisitos específicos: “I – a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras; II – a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; III – a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil”<sup>52</sup>.

As regras fixadas, ao invés de oferecerem critérios razoáveis para serem utilizados por magistrados e desembargadores em ações que envolvam a demanda de medicamentos experimentais colocam maior responsabilidade em todos os atores da judicialização da saúde, inclusive, o próprio Judiciário, ao permitir *excepcionalmente*, a concessão judicial de medicamento sanitário, sem enfrentar questões complexas e delicadas que não podem ser ignoradas.

Na ordem jurídico-constitucional brasileira não há, propriamente, uma definição mais precisa do conteúdo e das prestações no âmbito da saúde. Embora um “direito a medicamentos” esteja se consolidando no Brasil, ainda se demonstra a carência no debate público sobre o significado e quanto ao objeto do direito à saúde diante dos novos avanços da medicina<sup>53</sup>.

Deve-se atentar também para os aspectos mais abrangentes do direito à saúde, incluindo intervenções infraestruturais e com respeito aos determinantes sociais da saúde, como educação, água potável, sanea-

<sup>49</sup> SILVA, Virgílio Afonso da., *op. cit.* p. 593.

<sup>50</sup> SILVA, Virgílio Afonso da., *Ibid.*, p. 594.

<sup>51</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), *op. cit.*

<sup>52</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), *Ibid.*

<sup>53</sup> BIHEL João; PETRYNA, Adriana., *op. cit.*, p. 183.

mento, controle de vetores, poluição do ar e prevenção da violência. Enquanto isso, pacientes cidadãos-consumidores, de difícil definição, valem-se da linguagem e da jurisprudência dos direitos humanos, e fazem com que os governos funcionem para eles, enquanto navegam os imprevistos do mercado e da sobrevivência. [...] o sujeito econômico que toma a decisão racional (necessariamente um consumidor de tecnologia) também é o sujeito de direitos jurídicos<sup>54</sup>.

A experiência do Brasil representa uma abordagem dos direitos sociais como garantias quase que imediatamente realizáveis pelo Estado a indivíduos específicos que se não realizados através da política constitucional de saúde, são efetivados por litígios individuais que resultam em decisões *inter-partes* que obrigam o Estado a financiar ou fornecer medicamentos específicos<sup>55</sup>.

A Colômbia, sem ignorar as particularidades de cada ordem constitucional e ressaltados todos os aspectos que diferenciam este país do caso brasileiro, principalmente a situação de influência política direta que não pode ser ignorada, se destaca pela alta justiciabilidade do direito à saúde. Todavia, a repercussão deste posicionamento naquele país não foi positiva.

Prada e Chaves<sup>56</sup> apontam que a interferência do Judiciário no espaço social forçou ajustes regulatórios do poder público. Young e Lemaitre<sup>57</sup>, ao analisarem essa situação, concluem que a experiência de justiciabilidade e privatização da saúde na Colômbia, atrelada à má administração do governo “[...] resultaram em um sistema que incentivava o aumento das despesas governamentais, que nem sempre se refletiam na melhoria da prestação de serviços de saúde. Segundo as autoras, talvez a maior preocupação que decorreu disso é a falta de crescimento nos serviços preventivos de saúde”<sup>58</sup>.

O Brasil e Colômbia parecem estar trilhando o mesmo caminho. O protagonismo de juízes, desembargadores e magistrados tem interferido na alocação dos recursos de saúde, sob uma perspectiva individualista e, muitas vezes, elitista. Isso faz com que se afastem cada vez mais da noção mundialmente estabelecida de saúde enquanto “[...] um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”<sup>59</sup>.

<sup>54</sup> BIHEL, João; PETRYNA, Adriana., *op. cit.*, p. 183-184.

<sup>55</sup> ROSEVEAR, Evan. Social rights interpretation in Brazil and South Africa. *Revista de Investigações Constitucionais*. v. 5, n. 3, set./dez. 2018, tradução nossa.

<sup>56</sup> PRADA, C.; CHAVES, S. Health system structure and transformations in Colombia between 1990 and 2013: a sociohistorical study (tradução livre). *Critical Public Health*, 2018. p. 8.

<sup>57</sup> YOUNG, K.; LEMAITRE R. J. The comparative fortunes of the right to health: two tales of justiciability in Colombia and South Africa (tradução livre). *Harvard Human Rights Journal*. v. 26, p. 182, 2013.

<sup>58</sup> YOUNG, K.; LEMAITRE R. J., *op. cit.*, p. 183, tradução nossa.

<sup>59</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)*. Feita em Nova Iorque, 22 de julho de 1946.



Ao se estabelecer a concessão de medicamentos fora das listas do SUS e de alto custo, as Cortes voltando-se e privilegiando a ascensão de uma saúde curativa, o que ao invés de resolver todos os problemas que decorrem da escassez de recursos ou da má gestão destes recursos, pode polarizar ainda mais os conflitos existentes e estabilidade do acordo constitucional mais amplo.

## CONCLUSÃO

Comungando a análise do posicionamento do STF percebe-se que o Tribunal, ao utilizar a indefinição constitucional como sustentáculo e para não enfrentar questões que demandam enfrentamento, ainda é orientado pelo viés individual do direito à saúde, na lógica do “quanto mais direitos, melhor”.

Ocorre que tal posicionamento, especialmente com relação à concessão de medicamentos experimentais, não é capaz de colocar uma solução ao problema da judicialização. Pelo contrário, acaba por privilegiar uma minoria que é capaz de acessar a via judicial na busca por tratamentos que tanto não se encontram previstos na política de medicamentos do Sistema Único de Saúde (SUS), quanto não possuem registro perante o órgão de regulação do país ANVISA, em detrimento daqueles que se encontram sem condições mínimas e dignas de existência e desassistidos diante do deslocamento de verbas que seriam empregadas em políticas preventivas.

Esperava-se que o STF por meio da decisão proferida no RE 657718/MG estabelecesse critérios razoáveis para a questão que envolve os medicamentos experimentais. Todavia, a Corte permaneceu em cima do muro. Da análise do acórdão, foi possível concluir que o STF, em sede de repercussão geral, diferenciou medicamentos “experimentais” de “medicamentos sem registro” na ANVISA.

Para o primeiro caso, concluiu pela impossibilidade de concessão pelo Judiciário, mas com relação ao segundo é que se concentram as maiores críticas. O STF permite, excepcionalmente, a concessão de medicamentos sem registro na ANVISA nos casos em que o registro do medicamento já tenha sido solicitado ao órgão e tenha ocorrido demora injustificada para apreciação ou quando cientificamente questionada a decisão da Agência sobre o registro do medicamento. Sobre a concessão do medicamento, o STF dá apenas algumas pistas do que deve ser considerado pelos magistrados das instâncias inferiores, estabelecendo alguns poucos critérios abertos sobre quando o medicamento poderá ser concedido, como por exemplo, no caso de hipossuficiência do paciente, sem sequer esclarecer o que se considera hipossuficiência neste aspecto.

Estas são algumas das críticas apresentadas à decisão, mas a principal delas diz respeito à postura da Corte que ainda ignora a escassez de recursos, privilegia as demandas individuais e investe em uma perspectiva de saúde curativa, o que não tem se mostrado uma experiência de sucesso em países como a Colômbia, por exemplo.

O Brasil e a Colômbia possuem situações muito similares. Da experiência da Colômbia, verificou-se que a atuação da Corte Constitucional Colombiana foi determinante nos rumos que seguiu a judicialização da saúde e, consequentemente, de todos os problemas decorrentes. No caso do Brasil, há também indícios de que o posicionamento do STF é que contribuiu para os rumos da judicialização no âmbito nacional. Há evidências, de que restringir a justiciabilidade de medicamentos experimentais é contribuir para a solução da judicialização da saúde.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- BARROSO, L. R. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BIEHL, J.; PETRYNA, A. Tratamentos jurídicos: os mercados terapêuticos e a judicialização do direito à saúde. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz. v. 23, n. 1, p. 173-192, jan./mar. 2016.
- BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Néelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FIGUEIREDO, M. F. Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito fundamental à saúde no contexto constitucional brasileiro. *BIS, Bol. Inst. Saúde (Impr.)*. São Paulo, v. 12, n. 3, p. 220-226, 2010.
- HESSE, K. *Elementos do direito constitucional da República da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.
- INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA (INSPER). Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. In: AZEVEDO, Paulo Furquim de; ABUJAMRA, Fernando Mussa (coord.). *Conselho Nacional de Justiça*, 2019.
- LIMA, F. D. S. Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate. 300 f. *Tese* (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2013.
- LOEWNSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*. Espanha: Ariel Derecho, 1986.
- MACHADO, E. D. *Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MARQUES, S. B.; DALLARI, S. G. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública* [online]. v. 41, n. 1, p. 101-107, 2007.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)*. Feita em Nova Iorque, 22 de julho de 1946, num único exemplar, em línguas chinesa, espanhola, francesa, inglesa e russa, sendo cada um dos textos igualmente autêntico. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organizacao-Mundial-daSaude/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 07/02/2020.

PEPE, V. L. E.; VERAS, C. M. T. A prescrição médica. *Instituto de Medicina Social*. Rio de Janeiro: UERJ/MS, 1995. n. 111.

PRADA, C.; CHAVES, S. Health system structure and transformations in Colombia between 1990 and 2013: a sociohistorical study (tradução livre). *Critical Public Health*, 2018.

ROSEVEAR, E. Social rights interpretation in Brazil and South Africa. *Revista de Investigações Constitucionais*. v. 5, n. 3, set./dez. 2018.

SARLET, I. W. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora?* Porto Alegre; Belo Horizonte, p. 163-206, 2008.

SARMENTO, D. A proteção dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. 2009. Disponível em: <http://files.camolinaro.net/200000426-33a4135980/A-Protecao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf>. Acesso em: 19/11/2019.

SILVA, V. A. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, V. A. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e o obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. S. *Direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 587-599.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *RE 657718 MG*. Relator: Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. DJ: 03/06/2019. Supremo Tribunal Federal, Brasil, 2019.

VALLE, V. R. L. Controle judicial de políticas públicas: sobre os riscos da vitória da semântica sobre o normativo. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba, v. 14, n. 14, p. 387-408, jul./dez. 2013.

VALLE, V. R. L. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VASCONCELOS, N. P. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. *Revista Estudos Institucionais*. v. 6, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2020.

WANG, D. W.; VASCONCELOS, N. P.; OLIVEIRA, V. E.; TERRAZAS, F. V. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, p. 1191-1206, set./out. 2014.

YOUNG, K.; LEMAITRE R. J. The comparative fortunes of the right to health: two tales of justiciability in Colombia and South Africa (tradução livre). *Harvard Human Rights Journal*. v. 26, 2013. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2920289](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2920289). Acesso em: 10/09/2019.

*Data de recebimento: 14/10/2020*

*Data de aprovação: 11/12/2020*