



A SUSPENSÃO NACIONAL DOS RECURSOS EM MATÉRIA DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS: UM PROBLEMA ESTRUTURAL?¹

THE NATIONAL SUSPENSION OF JUDICIAL APPEAL REGARDING THE SUPPLY OF MEDICINES: A STRUCTURAL PROBLEM?

Maria Valentina de Moraes²

Faena Gall Gófas Meneghetti³

Resumo: Debates envolvendo a judicialização de medicamentos no Brasil não são recentes, contudo, diante da decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em abril de 2023 no Recurso Extraordinário nº 1.366.243, determinando a suspensão dos recursos especiais e extraordinários em que se discutia a competência da União acerca do fornecimento de medicamentos que não integram a lista do SUS, um novo argumento passou a compor o cenário da judicialização da saúde: o caráter estruturante da problemática. Assim, a partir da análise dos argumentos utilizados na decisão de suspensão, proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, questiona-se: Há uma violação do direito à saúde de caráter estrutural que justifique a medida? Para responder o problema de pesquisa proposto utiliza-se o método de abordagem dedutivo e de procedimento analítico, partindo-se, em um primeiro momento, da apresentação de aspectos teóricos envolvendo as violações, processos e sentenças estruturantes para, então, discutir os principais pontos suscitados na decisão referida. É possível afirmar, assim, que, embora a decisão não aprofunde a discussões sobre a natureza estruturante das violações e o necessário processo

¹ Este artigo foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001, e é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Fórmulas” de aferição da “margem de apreciação do legislador” (Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

² Doutora e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa PROSUC/CAPES e bolsa CAPES no Processo nº. 88887.156773/2017-00, Edital PGCi nº 02/2015, Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil) e Universidad de Talca - Centro de Estudios Constitucionales de Chile - CECOCH (Chile). Membro do Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta", vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Dr.^a Mônia Clarissa Hennig Leal. Pesquisadora do Projeto Integrador vinculado ao Direito Internacional sem Fronteiras. Professora do Centro de Ensino Integrado Santa Cruz – CEISC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2400734786644430>. E-mail: <mariavalentina.23@hotmail.com>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8298-5645>

³ Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Mestre em Direitos Emergentes na Sociedade Global pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Especialista em Direito Público pela Universidade de Caxias do Sul - UCS e em Gestão Pública Municipal pela UFSM. Professora do Curso de Graduação em Direito da Universidade Luterana do Brasil - ULBRA Cachoeira do Sul. Advogada inscrita na OAB/RS sob o nº 93.344. E-mail: faena_gall@yahoo.com.br.



estruturante, abre espaço para uma série de elementos que permitirão que a judicialização da saúde seja considerada a partir de toda a complexidade envolvida e da necessária modificação e aperfeiçoamento de políticas públicas já existentes.

Palavras-chaves: Direito à saúde; Judicialização; medicamentos; Processos estruturantes; Supremo Tribunal Federal.

Abstract: Debates involving the judicialization of medicines in Brazil are not recent, however, in view of the decision of the Brazilian Federal Supreme Court, issued in April 2023 in the Extraordinary Appeal n.º 1.366.243, which determined the suspension of special and extraordinary appeals in which the competence of the Union was discussed regarding the supply of medicines that are not part of the SUS list, a new argument began to compose the scenario of the judicialization of health: the structuring nature of the problem. Thus, based on the analysis of the arguments used in the suspension decision, issued by Minister Gilmar Mendes, the following question arises: Is there a violation of the right to health of a structural nature that justifies the measure? In order to answer the proposed research problem, the method of deductive approach and analytical procedure is used, starting, at first, with the presentation of theoretical aspects involving violations, processes and structuring sentences, to then discuss the main points raised in the said decision. It is possible to state, therefore, that, although the decision does not deepen the discussions on the structuring nature of the violations and the necessary structuring process, it opens space for a series of elements that will allow the judicialization of health to be considered from all the complexity involved and the necessary modification and improvement of existing public policies.

Key words: Right to health; Judicialization; medicines; structural process; Brazilian Federal Supreme Court.

INTRODUÇÃO

A judicialização da saúde, ante a inefetividade das políticas públicas para a garantia desse direito constitucional, é uma temática recorrente no cotidiano jurídico. Porém, essa realidade traz à tona diversas questões e desafios para o sistema de saúde e para o próprio Poder Judiciário, perpassando por temáticas como repartição de competências, responsabilidade solidária, conflitos jurisdicionais de competência, escassez de recursos e a própria necessidade de acionar o Poder Judiciário para obter o medicamento ou o tratamento desejado através de demanda que na maioria das vezes é provida, evidenciando a omissão reiterada do Poder Público em termos de efetivação do direito à saúde.



Nesse contexto, a presente pesquisa centra a análise em recente decisão do STF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, proferida nos autos do Recurso Extraordinário nº 1.366.243, interposto pelo Estado de Santa Catarina, em face de acórdão da Primeira Turma Recursal de Florianópolis, no qual foi reconhecida a repercussão geral da controvérsia (Tema 1234) relativa à legitimidade passiva da União e competência da Justiça Federal, nas ações inerentes ao fornecimento de medicamentos com registro na ANVISA, mas não padronizados no SUS, sendo determinada a suspensão dos Recursos Especiais e Extraordinários que tramitam sobre o tema, bem como a suspensão das demandas em que se discute a aplicabilidade do Tema 793, no qual o STF reafirmou o entendimento de que os entes federados são solidariamente responsáveis por ações prestacionais no âmbito da saúde pública.

A decisão em comento perpassa por temas como a responsabilidade solidária dos entes federados em relação à saúde pública, fazendo alusão às políticas públicas de saúde que precisam ser aperfeiçoadas, a par de um processo verdadeiramente estruturante. Assim, considerando os argumentos apresentados na decisão do STF e o cenário em que se tutela pela efetivação do direito à saúde, pretende-se responder ao seguinte problema de pesquisa: Há uma violação do direito à saúde de caráter estrutural que justifique a medida?

Visando encontrar respostas ao problema apresentado, utilizou-se o método dedutivo, e o trabalho dividiu-se em dois tópicos. Em um primeiro momento disserta-se sobre os aspectos teóricos e conceituais concernentes à temática, com a finalidade de compreender conceitos como sentenças estruturantes e processo estrutural. Na sequência passa-se a abordar acerca da inefetividade das políticas públicas de saúde e da conseqüente judicialização da saúde, centrando o debate sobre as questões levantadas na referida decisão do STF, com enfoque nas conseqüências jurídicas oriundas do Tema 793 e nos aspectos que evidenciam as violações de caráter estrutural concernentes ao direito à saúde. Inicia-se, assim, com as conceituações necessárias para compreender o tema.

2 VIOLAÇÕES ESTRUTURAIS, PROCESSO E SENTENÇAS ESTRUTURANTES: BREVES CONSIDERAÇÕES

Diversos foram os elementos apresentados pelo Ministro Gilmar Mendes ao proferir a decisão que determinou a suspensão dos recursos especiais e extraordinários que versavam sobre as competências da União em figurar no polo passivo das demandas envolvendo o



fornecimento de medicamentos – como será analisado na sequência. Contudo, destaca-se que, dentre os já conhecidos no cenário da judicialização da saúde no Brasil, um novo argumento passou a ocupar a cena junto aos demais: o caráter estruturante que cerca uma decisão de tamanha magnitude.

A natureza estruturante do caso é sinalizada em diferentes momentos da decisão, afirmando o Ministro a necessidade de construção de um diálogo institucional que oportunize medidas que contemplem a participação de diferentes atores e também as deficiências estruturais presentes no Poder Executivo e no Sistema de Justiça como um todo (STF, RE 1366243/SC, 2023). Em mesmo sentido, citou o Ministro a existência de dilemas estruturais e, mais diretamente, indicou que não se tratava de uma mera interpretação normativa, mas sim do fato de que “há uma política pública a ser aperfeiçoada, em processo que se mostre verdadeiramente estruturante” (STF, RE 1366243/SC, 2023, p. 16).

Embora as discussões sobre sentenças estruturantes e violações massivas de direitos humanos, revestidas de tal caráter estrutural, ainda não sejam recorrentes na jurisdição nacional, vasta é a literatura sobre o tema em âmbito internacional e a utilização de sentenças com medidas voltadas à violações dessa natureza por outras cortes – como é o caso da Corte Constitucional da Colômbia, especialmente após 2004. A origem das sentenças estruturantes remonta à utilização das “structural injunctions”⁴ e ao caso *Brown vs. Board of Education*, que tratou da segregação racial existente nas escolas estadunidenses, relacionando-se com as noções de “Estado de Coisas Inconstitucional” (ECI), processo estruturante e violações massivas de direitos humanos e fundamentais.

A fim de diferenciá-los, é importante destacar que o reconhecimento de uma violação de caráter estrutural não exige, necessariamente, o reconhecimento de um Estado de Coisas Inconstitucional – como ocorreu, inclusive, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347, conhecida como ADPF dos presídios – sendo este definido por Cruz Rodríguez (2019, p. 172) como a “identificación de un contexto jurídica y socialmente problemático que no se puede resolver bajo la lógica binaria de la adjudicación y que requiere el concurso de varias entidades para resolverse, como escenario para adoptar decisiones estructurales”. O ECI configura-se, assim, como uma técnica jurídica pela qual se declara que

⁴ Como destaca Steffen (2021), tais determinações diferenciam-se das *civil right injunctions* classificadas por Owen Fiss como aquelas ordens judiciais que contêm obrigações de fazer ou não fazer visando a concretização de direitos fundamentais, uma vez que as *structural injunctions* são utilizadas quando há a necessidade de reformas institucionais para garantir a tutela um direito fundamental.



há uma violação massiva de direitos decorrente de uma série de fatores que viola, de forma aberta, a Constituição (MIRANDA BONILLA, 2018).

Já no que se refere às sentenças estruturantes, diferentes são os conceitos e classificações existentes, como o de Gutiérrez Beltrán (2016, p. 9) que as relaciona com políticas públicas e define que estas “son decisiones judiciales que procuran remediar violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos de los ciudadanos ordenando a las autoridades el diseño y la implementación de políticas públicas”. As violações generalizadas e massivas de direitos, que são elementos marcantes das sentenças estruturantes, podem ser identificadas quando o Estado permite ou, ainda, facilita tais violações que envolvem, em regra, certos grupos vulneráveis como mulheres, indígenas, migrantes e crianças (NASH ROJAS, 2009)

Têm-se, na presente pesquisa, a definição das sentenças estruturantes como aquelas, propostas individual ou coletivamente, em que as determinações possuem, em regra, um caráter preventivo, envolvem mais de um ator institucional e visam à modificação de um contexto de violações sistemáticas de direitos, já institucionalizado, que demanda a atuação de diferentes Poderes para sua total execução. Como resume Osuna (2015) configuram-se como pontos comuns destas sentenças a constatação de uma violação massiva de diferentes direitos, com a afetação de um significativo número de pessoas, decorrente de uma omissão prolongada das autoridades responsáveis, da adoção de práticas inconstitucionais e a não expedição de medidas legislativas e administrativas que se mostravam necessárias para a não violação dos direitos tutelados. Também são elementos comuns as constatações de que há um problema social que demanda a atuação conjunta de muitos atores e a adoção de medidas multissetoriais e de que, caso todos aqueles que tivessem seus direitos violados recorressem ao poder Judiciário, se produziria um congestionamento judicial de demandas. (OSUNA, 2015).

Ainda, para além de uma definição das sentenças estruturantes, interessante a classificação de Rodríguez-Garavito ao identificar características que marcam o que chama de “casos estruturais”, os quais são a origem e a razão das sentenças estruturantes e relacionam-se, mais diretamente, com os argumentos trazidos na decisão ora analisada. Tais casos caracterizam-se por:

- a) afectar a un gran número de personas que denuncian la violación de sus derechos, por sí mismas o mediante organizaciones que presentan demandas judiciales en su nombre;
- b) involucrar a varios organismos y departamentos del Estado, que se consideran responsables de las persistentes fallas de política pública que contribuyen a la violación de esos derechos,
- y c) llevar aparejadas medidas estructurales, por



ejemplo, órdenes de cumplimiento inmediato en las que se instruye a diversos organismos administrativos para que tomen acciones coordinadas a fin de proteger a toda la población afectada y no sólo a los denunciantes específicos del caso (RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2014, não paginado).

Há, assim, um bloqueio institucional responsável por gerar violações institucionalizadas, o qual produz a anulação do poder de resposta estatal diante de um contexto social crítico (SANCHEZ GOMÉZ, 2020) – como é possível perceber em relação a prestação do direito à saúde no Brasil, no tocante, especialmente, as questões envolvendo o fornecimento de medicamentos. Para definir uma violação como sendo estrutural, invariavelmente, é necessária uma obrigação de agir do Estado frente à qual este se omite ou, ainda, uma ineficiência de sua atuação quando este age (NASH ROJAS, 2015), noções que se aproximam do dever de proteção estatal e proibição de proteção insuficiente⁵.

Desse modo, conectam-se os casos estruturais, que envolvem violações massivas e institucionalizadas de direitos, nas quais o Estado permite ou contribui para sua ocorrência, gerando, em muitos desses casos, sentenças com caráter estruturante, nas quais são determinadas medidas voltadas à diversos atores e buscando a superação do problema institucional que origina tais violações, bem como a não repetição dos fatos. Por tal complexidade, em muitos casos – como percebe-se na decisão analisada – as violações estruturais relacionam-se também com políticas públicas, podendo refletirem desajustes dentro de tais políticas ou mesmo a inexistência de uma política pública adequada.

Dentro deste contexto, mais recentemente, a doutrina tem discutido os processos estruturais, os quais, como define Steffens (2021) valendo-se de diferentes conceitos já construídos sobre o tema, envolvem litígios estruturais e uma atuação jurisdicional que não representa apenas o processo civil nos moldes em que conhecido até então, visando estes à modificação, à reorganização, à alteração de estruturas que geram violações de direitos e o ajuste de um estado de desconformidade. Não visam os processos estruturais romper com regras existentes em matéria processual, mas sim reconhecer as complexidades envolvidas em casos

⁵ Ao proferir a segunda decisão sobre o aborto o Tribunal Federal Constitucional Alemão trouxe o conceito de “proibição de proteção de insuficiência” (Untermaßverbot), no sentido de que, quando da atuação do Estado, esse deve tomar medidas suficientes e efetivas no sentido de proteção do direito em questão (BVerfGE 88, 1993, p. 203 e seg.)”, sendo que “na concepção de direitos de defesa, tem-se a noção de “proibição de excesso”, da qual decorre a “proibição de proteção insuficiente” advinda com a ideia de direitos prestacionais, positivos, concebidos então no Estado Social” (LEAL; MAAS, 2020, p. 77 e 95).



de natureza estrutural que demandam, muitas vezes, abordagens diferenciadas que vão além da mera definição de indenizações ou obrigações simples.

Ao gerarem sentenças de natureza também estruturante, inicia-se o acompanhamento dos casos e suas execuções, existindo, à exemplo da Colômbia, salas de acompanhamento que visam analisar a execução das determinações contidas nas sentenças ao longo dos anos. Assim, não se trata de uma modificação geral em termos de processo e decisão, mas a adequação de mecanismos já existentes às complexidades envolvidas em tais casos, a medida em que perpassam uma relação individual e voltam-se para toda a coletividade e reconhecimento de padrões violatórios instaurados e que precisam ser modificados no seio do Estado.

Compreendidos tais elementos de ordem conceitual, cabe analisar os argumentos apresentados na decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário n.º 1.366.243 e como as noções envolvendo uma violação estrutural foram trazidas, assim como em relação aos demais elementos que cercaram a questão, já amplamente debatida pelo Supremo Tribunal Federal em um quadro de judicialização da saúde. Passa-se à referida análise.

3 SUSPENSÃO DOS RECURSOS ENVOLVENDO MEDICAMENTOS: VELHOS E NOVOS DEBATES SOBRE O TEMA

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) apresenta-se como um marco normativo no que tange à proteção dos direitos sociais, entre os quais evidencia-se o direito à saúde, consagrado no texto constitucional como um direito fundamental social e proclamado como direito de todos e dever do Estado, a ser garantido através de políticas sociais e econômicas (art. 6º, art. 196 a art. 200 da CF/88). A proteção e defesa da saúde trata-se de uma atribuição de competência comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (art. 24, XII da CF/88), observados os critérios de descentralização e responsabilidades nos termos da Lei nº 8.080/90.

Nesse sentido o sistema de saúde, garantido através do Sistema Único de Saúde (SUS), deve abranger três categorias distintas: prevenção, proteção e recuperação. A prevenção e a proteção dizem respeito aos recursos para prevenir doenças, através da redução dos riscos; já a recuperação passa pelos serviços sociais e pela reabilitação profissional, visando reinserir o trabalhador em uma atividade profissional (MARTINS, 2015, p. 544) bem como pelo tratamento das enfermidades apresentadas.



Denota-se que o direito em comento, ante a sua função precípua de direito social prestacional, exige condutas positivas por parte do Estado, consistentes em prestações concretas que constituem o seu objeto, na medida em que almeja a realização de igualdade material, através da distribuição de bens materiais e imateriais à população (SARLET, 2007, p. 299). Trata-se da implementação de políticas públicas que busquem garantir o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde, através do SUS, dentre os quais pode-se citar o fornecimento de medicamentos, consultas médicas, exames, procedimentos cirúrgicos, vacinas, saneamento básico, etc.

Esse direito a prestações voltadas à saúde, consoante consagrou Canotilho (2007, p. 408-409), significa, em sentido estrito, o direito do particular obter algo através do Estado e mais que isso, traduz-se na possibilidade de exigir tais pretensões prestacionais, bem como de exigir e obter a participação igual nas referidas prestações criadas pelo legislador, uma vez que essas individualizam e impõem políticas públicas socialmente ativas, tal como são os serviços de saúde pública.

Em que pese a busca por igualdade material não é possível dizer que os direitos sociais configuram um direito de igualdade, posto que considerados um direito de preferências (SARLET, 2007, p. 299), isso porque as políticas públicas, enquanto instrumentos de práxis utilizados como meio de concretização dos direitos fundamentais, configuram-se como uma escolha política, atreladas à discricionariedade dos Poderes Públicos ao optarem pelos instrumentos para atender aos fins previstos no texto constitucional. Esse espaço de atuação é notório na esfera dos direitos sociais, ante as ações positivas exigíveis do Estado para sua realização (LEAL, 2015, p. 227).

E neste ponto, em termos de efetivação do direito à saúde, atenta-se para a opção de escolha (embora criteriosa) dos Poderes Públicos no que diz respeito aos medicamentos e tratamentos que serão, ou não, fornecidos pelo SUS. Observa-se, primeiramente, a regra geral⁶

⁶ A exceção relativa à obrigatoriedade de registro na ANVISA vem estabelecida no art. 19-T, Parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 8.080/1990, mediante inclusão legislativa pela Lei nº 9.782/2022, sendo inerente ao: I - medicamento e produto em que a indicação de uso seja distinta daquela aprovada no registro na Anvisa, desde que seu uso tenha sido recomendado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), demonstradas as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança, e esteja padronizado em protocolo estabelecido pelo Ministério da Saúde; II - medicamento e produto recomendados pela Conitec e adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso em programas de saúde pública do Ministério da Saúde e suas entidades vinculadas, nos termos do § 5º do art. 8º da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999.



inerente à obrigatoriedade de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)⁷ para que um medicamento possa ser incorporado à lista do SUS (art. 19-T da Lei nº 8.080/1990). Ademais, tem-se que incumbe ao Ministério da Saúde a revisão e a atualização periódica da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) e dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, visando a incorporação de novos medicamentos, a exclusão ou a alteração dos já padronizados, contando, para tanto, com o assessoramento da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), criada pela Lei nº 12.401/2011. A CONITEC é responsável por avaliar a efetividade, eficácia e segurança dos medicamentos, tratamentos e outros produtos para a saúde antes de sua incorporação ao SUS, além da avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às opções já existentes (atr. 19-Q da Lei nº 8.080/1990).

Logo, pauta-se o comando constitucional para a efetivação do direito à saúde, da forma mais abrangente possível, em contraponto ao avanço das enfermidades e dos tratamentos farmacológicos cada vez mais efetivos, em especial aqueles que não estão disponíveis na lista de medicamentos e tratamentos oferecidos pelo SUS e que, em muitos casos, são demasiadamente caros, bem como em razão do tramite necessário até que ocorra a padronização destes. É como se o SUS estivesse um passo atrás em relação ao progresso das soluções para as doenças e os medicamentos que as combatem. Essa circunstância não é novidade, assim como a busca pelo Poder Judiciário para efetivação do direito à saúde também não é.

Como bem referiu o Ministro Gilmar Mendes, há longa data “o Poder Judiciário se debruça sobre o problema da efetividade desse direito fundamental, que como todo direito de cunho prestacional envolve dilemas complexos relativamente sobretudo aos custos de implementação” (STF, RE 1366243/SC, 2023). Nesse contexto, denota-se que, não diferente do que ocorre com os demais direitos sociais e com inúmeras problemáticas inerentes ao direito à saúde, a população busca socorro no Poder Judiciário, conduzindo-se ao fenômeno que se costuma chamar de judicialização.

⁷ Acerca do fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA, o STF, por ocasião do julgamento do Tema 1161, firmou a seguinte tese: Cabe ao Estado fornecer, em termos excepcionais, medicamento que, embora não possua registro na ANVISA, tem a sua importação autorizada pela agência de vigilância sanitária, desde que comprovada a incapacidade econômica do paciente, a imprescindibilidade clínica do tratamento, e a impossibilidade de substituição por outro similar constante das listas oficiais de dispensação de medicamentos e os protocolos de intervenção terapêutica do SUS.



A judicialização decorre de diversos fatores, incluindo a constitucionalização de direitos, o sistema de controle de constitucionalidade e, especialmente, em um Estado com limitações na promoção e efetivação dos direitos sociais como o Brasil, da ineficiência dos Poderes Públicos em atender as necessidades do cidadão, que através dos meios processuais democraticamente conferidos busca resposta e provimento/ efetivação de direitos perante o Poder Judiciário, o qual não pode abster-se de responder (ALVES; LEAL, 2015, p.65).

Percebe-se como principal característica do aludido fenômeno o protagonismo do Judiciário, devido aos fatores que levam à transferência de decisões estratégicas sobre questões fundamentais - tradicionalmente reservadas ao âmbito político e deliberativo - a este Poder, demonstrando que o direito está se tornando cada vez mais um direito judicial, construído pelos juízes no caso concreto e especialmente pelos Tribunais Constitucionais (LEAL, 2014, p. 128-129), a exemplo do STF, no Brasil.

Nesse viés, centra-se a análise em recente decisão do STF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, nos autos do Recurso Extraordinário nº 1.366.243, interposto pelo Estado de Santa Catarina, em face de acórdão da Primeira Turma Recursal de Florianópolis, no qual foi reconhecida a repercussão geral da controvérsia - Tema 1234 - relativa à legitimidade passiva da União e competência da Justiça Federal, nas ações inerentes ao fornecimento de medicamentos com registro na ANVISA, mas não padronizados no SUS, sendo determinada a suspensão dos Recursos Especiais e Extraordinários que tramitam sobre o tema. A medida de suspensão também atinge as demandas em que se discute a aplicabilidade do Tema 793, no qual o STF reafirmou o entendimento de que os entes federados são solidariamente responsáveis por ações prestacionais no âmbito da saúde pública (STF, RE 1366243/SC, 2023).

Liminarmente, estabeleceu-se que, até o julgamento definitivo do Tema 1234 da Repercussão Geral, a atuação do Poder Judiciário guie-se com base nas seguintes medidas (STF, RE 1366243/SC, 2023):

- (i) nas demandas judiciais envolvendo medicamentos ou tratamentos padronizados: a composição do polo passivo deve observar a repartição de responsabilidades estruturada no Sistema Único de Saúde, ainda que isso implique deslocamento de competência, cabendo ao magistrado verificar a correta formação da relação processual, sem prejuízo da concessão de provimento de natureza cautelar ainda que antes do deslocamento de competência, se o caso assim exigir; (ii) nas demandas judiciais relativas a medicamentos não incorporados: devem ser processadas e julgadas pelo Juízo, estadual ou federal, ao qual foram direcionadas pelo cidadão, sendo vedada, até o julgamento definitivo do Tema 1234 da Repercussão Geral, a declinação da competência ou determinação de inclusão da União no polo passivo;



(iii) diante da necessidade de evitar cenário de insegurança jurídica, esses parâmetros devem ser observados pelos processos sem sentença prolatada; diferentemente, os processos com sentença prolatada até a data desta decisão (17 de abril de 2023) devem permanecer no ramo da Justiça do magistrado sentenciante até o trânsito em julgado e respectiva execução (adotei essa regra de julgamento em: RE 960429 ED-segundos Tema 992, de minha relatoria, DJe de 5.2.2021); (iv) ficam mantidas as demais determinações contidas na decisão de suspensão nacional de processos na fase de recursos especial e extraordinário" [...].

A decisão em comento, dentre outros pontos, faz ressalva a duas situações cuja abordagem é fundamental. A primeira delas diz respeito à responsabilidade solidária dos entes federados em relação à saúde pública, nos termos do Tema 793 do STF; já a segunda refere-se às políticas públicas de saúde que precisam ser aperfeiçoadas, a par de um processo verdadeiramente estruturante, visto que o caso *sub judice* na Suprema Corte vai além da mera interpretação de normas ou de um conflito de competências, mas perpassa por todo o processo de prestação de ações e serviços de saúde pelo Estado brasileiro, desde o custeio até a compensação financeira entre os entes federativos.

Sobre a responsabilidade solidária dos entes federados para a composição do polo passivo das ações envolvendo medicamentos e tratamentos, padronizados ou não pelo SUS, o STF, em momento anterior, por ocasião do julgamento do Tema 793, firmou tese no sentido de que os entes federados, em razão da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais de saúde, mas considerando os critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento da sentença conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro (STF, Tema 793).

Assim, em atenção ao comando decisório, observa-se que a ação judicial visando a concessão de tratamento ou medicamento poderia ser ajuizada em face da União, do Estado/Distrito Federal, ou do Município, isoladamente ou conjuntamente, haja vista a responsabilidade solidária decorrente da competência comum; logo poderia ser de competência da Justiça Estadual, se ajuizada em face do Estado e/ou Município, ou da Justiça Federal, ante a inclusão da União no polo passivo da demanda. Contudo, a título exemplificativo, ainda que a demanda fosse interposta em face do Município e/ou Estado na Justiça Estadual, o cumprimento da decisão interlocutória ou da sentença poderia vir a ocorrer na Justiça Federal, mediante o deslocamento da competência para este órgão, caso o fornecimento do medicamento



ou tratamento demandado fosse de responsabilidade da União Federal, ante as regras de repartição de competências oriundas da descentralização do SUS.

Em termos práticos, o exemplo em comento envolveria a atividade da Justiça Estadual no processamento, julgamento e para remeter o processo à Justiça Federal, bem como a atuação da Justiça Federal para dar ensejo ao cumprimento de sentença, ainda que o cumprimento já estivesse ocorrendo mediante os comandos do Juízo estadual. E nesse interregno de tempo, decorrente do deslocamento do processo e da nova ordem de cumprimento de sentença, a pessoa humana (que a lei visa beneficiar com as políticas públicas de saúde) poderia ficar desassistida, aguardando os comandos do Juízo federal aos envolvidos no fornecimento do medicamento ou tratamento de saúde, até mesmo durante meses, considerando a conhecida morosidade que assola o Poder Judiciário. E o inverso também poderia ocorrer, caso a demanda fosse inicialmente ajuizada na Justiça Federal, mas pela regra de repartição de competências fosse o Estado ou o Município o responsável pelo medicamento ou tratamento almejado com a ação judicial.

Denota-se que a resolução do Tema 793 do STF apresentou-se no mínimo burocrática, inclusive na esfera judicial, e na contramão da almejada solução para a problemática que há tempo se discute, qual seja, a eficiência, agilidade e efetividade das políticas públicas de saúde relacionadas aos serviços prestados pelo SUS. Não foi por menos que o STF, ao decidir pela repercussão geral relativa ao Tema 1234, referiu que a operacionalização da tese consubstanciada no Tema 793 não foi exitosa, eis que as decorrentes interpretações acerca de seus parâmetros acarretaram em inúmeros conflitos de competência entre a Justiça Federal e Estadual, razão pela qual passou a estabelecer que “os processos com sentença prolatada até a data desta decisão (17 de abril de 2023) devem permanecer no ramo da Justiça do magistrado sentenciante até o trânsito em julgado e respectiva execução”, como forma de evitar o deslocamento de competência e permitir a execução perante o mesmo Juízo em que se deu o processamento e julgamento do feito.

O volumoso número de conflitos de competências, versando sobre a possibilidade de escolha do ente federado para integrar o polo passivo da demanda, bem como sobre a obrigatoriedade, ou não, de inclusão da União no polo passivo das ações em que se pleiteia medicamento não incluído nas políticas públicas, mas devidamente registrado na Anvisa, também levou a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao deliberar sobre o recebimento do Incidente de Assunção de Competência (IAC) n.º 14, a decidir que “até o



juízo de julgamento definitivo do incidente de assunção de competência (IAC), o Juiz estadual deverá abster-se de praticar qualquer ato judicial de declinação de competência” nas ações que versem sobre a referida temática, devendo o processo prosseguir na jurisdição estadual” (STF, RE 1366243/SC, 2023).

Ademais, na referida decisão liminar, o STF reconheceu que as controvérsias levantadas a despeito da judicialização dos serviços de saúde prestados pelo SUS “evidenciaram as deficiências estruturais não apenas do Poder Executivo de cada instância, mas também do próprio Sistema de Justiça” ressaltando que a referida controvérsia “profunda em suas origens e sistêmica em suas consequências, não será resolvida apenas com uma decisão judicial” ao passo que o enredo do Tema 793 demonstrou que “dilemas estruturais dessa natureza dificilmente são solucionados pela atuação jurisdicional, ainda que bem intencionada” (STF, RE 1366243/SC, 2023). Certamente porque a solução apresentada pela Suprema Corte, com o Tema 793, não demonstrou êxito ante os contornos definidos, mas também porque as medidas anteriores a ela igualmente acarretavam em conflito jurisdicional de competência, com base na regra de repartição de competências entre os entes federados, ou acabavam por onerar o ente que em razão da responsabilidade solidária obrigava-se a fornecer o medicamento ou tratamento de saúde cuja responsabilidade legal não lhe seria atribuída, acarretando em ressarcimento por ter suportado o ônus financeiro. Além disso, é claro, da evidente necessidade de acionar o Poder Judiciário para obter o medicamento ou o tratamento desejado através de demanda que na maioria das vezes é provida.

Com a decisão liminar referente ao Tema 1234 essa situação passa a ser estruturada com contornos mais simplificados, sendo estabelecido que “nas demandas judiciais envolvendo medicamentos ou tratamentos padronizados: a composição do polo passivo deve observar a repartição de responsabilidades estruturada no Sistema Único de Saúde”, permitindo que a demanda seja processada e julgada pelo juízo igualmente competente para a execução, evitando também a necessidade de compensação financeira entre os entes federados. E em relação aos medicamentos não padronizados, respeita-se o comando constitucional sobre a competência comum e a consequente responsabilidade solidária, não havendo a obrigatoriedade de inclusão da União no polo passivo da demanda, mormente decidido que o processamento e julgamento dessas ações deve ser realizado “pelo Juízo, estadual ou federal, ao qual foram direcionadas pelo cidadão, sendo vedada, até o julgamento definitivo do Tema 1234, a declinação da competência ou determinação de inclusão da União no polo passivo”, parâmetros que devem



ser observados pelos processos não sentenciados, como forma de evitar insegurança jurídica (STF, RE 1366243/SC, 2023).

O reconhecimento pelo STF das deficiências estruturais para se alcançar um tratamento médico ou um medicamento, bem como de que as políticas públicas de saúde precisam ser aperfeiçoadas, através de um “processo verdadeiramente estruturante” indicam que o sistema de saúde pública no Brasil, não está sendo capaz de efetivar o direito à saúde, a par de representar uma violação de caráter estrutural (STF, RE 1366243/SC, 2023), seja pelo burocrático enredo apresentado ou seja pela até então irremediável necessidade de judicialização da saúde.

De acordo com o Painel de Estatísticas Processuais de Direito da Saúde, ferramenta idealizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Brasil conta hoje com mais de 523 mil ações de saúde em tramitação, envolvendo a saúde Pública e também os planos de saúde, o que representa 2,45 processos a cada grupo de mil habitantes, com uma taxa de atendimento à demanda de 98,05%. O tempo médio de tramitação do início da ação até o primeiro julgamento é de 431 dias, e até a primeira baixa, a média é de 710 dias (CNJ, 2023).

O elevado número de ações de saúde demonstra a violação deste direito, mas também infere a existência de uma “lacuna na prática constitucional brasileira: a jurisprudência pouco dialoga com a doutrina quanto aos parâmetros, possibilidades, critérios e potencialidades da tutela jurisdicional de direitos prestacionais” e o “Executivo não dialoga com a jurisprudência na formulação de políticas públicas”, razão pela qual essas carecem de reestruturação, com a finalidade precípua de concretizar o direito à saúde, o que pode se dar através de provimentos jurisdicionais estruturantes. Os valores constitucionais a serem tutelados através das decisões estruturantes assumem a natureza emancipatória inerente a estes direitos, visto que a ameaça a esses valores decorre não apenas de uma ação estatal, mas frequentemente, de uma omissão reiterada (FACHIN; SCHINEMANN, 2018, p. 213).

Seria possível encontrar sentenças similares em diversos países por meio de um exercício de direito comparado, a exemplo da jurisprudência colombiana que relatou casos em que sentenças foram utilizadas para solucionar problemas endêmicos de direitos humanos. Na Sentença T-760 de 2008 a Corte Constitucional Colombiana abordou a violação do direito à saúde a partir de suas causas estruturais e emitiu ordens para diversas autoridades e indivíduos que prestam serviços de saúde, mas para obter êxito também estabeleceu medidas para o acompanhamento do processo de cumprimento das referidas determinações, constituindo



grupos de acompanhamento com a participação da população civil e setores da sociedade relacionados com a saúde (OSUNA, 2015, p. 93-112).

As decisões estruturantes são consideradas uma exceção ao regime tradicional de separação de poderes e devem ser vistas de forma subsidiária, devendo ser buscadas apenas quando os mecanismos políticos ordinários falham repetidamente, como quando a promoção de direitos por meio de políticas públicas do Executivo e do Legislativo não funciona ou quando há falta de vontade política para implementá-las (FACHIN; SCHINEMANN, 2018, p.227). Os referidos aspectos se evidenciam ante as violações oriundas da não efetivação do direito à saúde pelo Poder Público e pelas reiteradas falhas do próprio sistema jurisdicional brasileiro para a garantia desse direito. Nesse sentido, almeja-se que a decisão do Tema 1234 do STF seja capaz de reestruturar as políticas públicas de saúde, adequando-as às demandas e necessidade da população brasileira.

4 CONCLUSÃO

A discussão sobre o caráter solidário envolvendo a prestação de medicamentos no Brasil é antiga, revelando, juntamente com outros fatores, um cenário de intensa judicialização da saúde, já tendo o Supremo Tribunal Federal se manifestado sobre o tema em diversas ocasiões, firmando precedentes importantes nesse sentido. A problemática envolvendo a competência da União para figurar no polo passiva da demanda assume novos contornos a partir da decisão que suspende os recursos extraordinários e especiais em que envolvido tal empasse.

Sob o aspecto das violações, processo e sentenças estruturantes a decisão traz indicações do reconhecimento, por parte do Supremo Tribunal Federal, da existência de uma questão que vai além de uma mera interpretação e envolve o aperfeiçoamento de toda uma política pública e um processo verdadeiramente estrutural, que modifique padrões que tem gerado a violação do direito à saúde. Assim, respondendo ao problema de pesquisa proposto em relação à existência de uma violação do direito à saúde de caráter estrutural que justifique a medida de suspensão é possível afirmar que a decisão não aprofunda as discussões necessárias sobre a natureza das violações estruturais e os atores envolvidos em tal processo, mas avança em grande medida ao definir o caráter complexo que envolve o reconhecimento de padrões estruturais de violação a serem corrigidos.



A decisão abre espaço para uma série de discussões que podem modificar o rumo das futuras decisões envolvendo a judicialização da saúde, em grande escala, ao colocar uma lupa sobre a natureza dos casos que a geram e todos os elementos que o tornam estrutural e exigem modificações “verdadeiramente estruturantes”.

REFERÊNCIAS

ALVES, Felipe Dalenogare; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Judicialização e ativismo judicial: o Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GUTIÉRREZ BELTRÁN, Andrés Mauricio. El amparo estructural de los derechos. Madrid, 2016. 382 f.. *Tese: Doutorado em Direito Público e Filosofia Jurídica*. Faculdade de Direito, Universidade Autónoma de Madrid.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 mai. 2023.

BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 01 mai. 2023.

BRASIL. *Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011*. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112401.htm>. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 1366243/SC*. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Publicado em 19 abr. 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6335939>>. Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 793*. Rel. Ministro Luiz Fux. Publicado em 16 abr. 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>>. Acesso em: 21 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema 1161*. Rel. Ministro Marco Aurélio. Publicado em 22 out. 2022. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6083656&numeroProcesso=1306505&classeProcesso=ARE&numeroTema=1161>>. Acesso em: 21 abr. 2023.



CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça: *Estatísticas Processuais de Direito à Saúde*. Disponível em: <<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,cursel>>. Acesso em: 30 abr. 2023.

CRUZ RODRÍGUEZ, Michael. Decisiones estructurales y seguimiento judicial en Colombia (1997-2017). *Revista Española de Derecho Constitucional*, [s.l.], n. 117, p. 167-202, 2019.

FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. *Decisões Estruturantes na Jurisdição Constitucional Brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais*. In: REI – Revista Estudos Institucionais, v. 4, n. 1, p. 211–246, 2018. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/247>. Acesso em: 1 maio. 2023.

LEAL, M. C. H.; MAAS, R. H. “*Dever de proteção estatal*”, “*proibição de proteção insuficiente*” e controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais?* In: Revista de Investigações Constitucionais, vol. 1, n. 3, 2014. Periodicidade quadrimestral Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/40518/26568>>. Acesso em: 01 mai. 2023.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Princípio da Proporcionalidade e Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: uma análise da utilização da noção de “proibição de proteção insuficiente” pelo Supremo Tribunal Federal. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Orgs). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2015.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. São Paulo: Atlas, 2015.

MIRANDA BONILLA, Heideer. Las sentencias estructurales en la actuación de la sala constitucional de Costa Rica. *Revista IUS Doctrina*, [s.l.], v. 11, n.º 2, p. 1-41, 2018.

NASH ROJAS, Claudio. *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988 - 2007)*. Santiago: Centro de Derechos Humanos, 2009.

NASH ROJAS, Claudio. Tutela judicial y protección de grupos: comentario al texto de Néstor Osuna “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”. In: BAZÁN, Victor. *Justicia constitucional y derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*. Bogotá: Fundação Konrad Adenauer, 2015. p. 125-143.

OSUNA, Néstor. Las sentencias estructurales. Três exemplos de Colômbia. In: BAZÁN, Victor. *Justicia constitucional y derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*. Bogotá: Fundação Konrad Adenauer, 2015. p. 91-116.



SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.