

## A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E DIRIGENTE FACE À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

**Wolney Nascimento de Oliveira**

### **Resumo**

Este estudo tem como objetivo desenvolver uma análise crítica sobre a condução das questões de saúde pelo Poder Judiciário como forma de assegurar esse direito a todas as pessoas. Parte-se do texto da Constituição Federal de 1988, a qual classifica a saúde como direito fundamental de natureza social e dever do Estado, devendo ser garantida por meio do acesso pleno e equânime a medidas e serviços de saúde, independentemente da condição social de cada indivíduo. Entretanto, observa-se que, diante da influência de concepções neoliberais, o direito à saúde tem sido, na prática, negligenciado, resultando no aumento expressivo de ações judiciais para a obtenção de recursos ou tratamentos básicos. Assim, têm se tornado frequentes as intervenções do Poder Judiciário em temas que, em condições normais de funcionamento institucional, deveriam ser tratados pelos Poderes Executivo e Legislativo, responsáveis primários pela garantia desses direitos. Nesse contexto, a judicialização da saúde configura-se como critério relevante para avaliar a efetividade da proteção desse direito, questionando se a via judicial é suficiente para assegurar as garantias previstas no texto constitucional. A discussão torna-se essencial para refletir os rumos das políticas públicas de saúde no Brasil contemporâneo, considerando os limites e possibilidades impostos pelo regime democrático. A metodologia adotada é de natureza bibliográfica e documental com objetivo descritivo, sendo a abordagem qualitativa e a natureza pura. Constatou-se, ainda, a necessidade de adequar medidas e parâmetros administrativos e judiciais que permitam, ao Estado, a implementação de ações capazes de otimizar o uso dos recursos públicos e de ampliar a efetividade do direito à saúde.

### **Palavras-chave**

Constituição; direito à saúde; judicialização; política pública.

**Abstract**

This paper develops a critical analysis of how the Judiciary addresses health-related issues as a means of ensuring this right for all individuals. It takes as its starting point the text of the 1988 Federal Constitution, which classifies health as a fundamental social right and a duty of the State, to be guaranteed through full and equitable access to health measures and services, regardless of each individual's social condition. However, it is observed that, under the influence of neoliberal conceptions, the right to health has, in practice, been neglected, leading to a significant increase in lawsuits seeking access to basic resources or treatments. As a result, judicial interventions in matters that, under normal institutional functioning, should be addressed by the Executive and Legislative branches, primarily responsible for ensuring these rights, have become increasingly frequent. In this context, the judicialization of health emerges as a relevant criterion for assessing the effectiveness of the protection of this right, raising the question of whether judicial means alone are sufficient to guarantee the provisions set forth in the constitutional text. This discussion is essential to reflect on the direction of public health policies in contemporary Brazil, considering the limits and possibilities imposed by the democratic regime. The methodology adopted is bibliographic and documentary in nature, with a descriptive purpose, employing a qualitative approach and a pure research design. It was also found that there is a need to adapt administrative and judicial measures and parameters that would enable the State to implement actions capable of optimizing the use of public resources and enhancing the effectiveness of the right to health.

**Keywords**

Constitution; right to health; judicialization; public policy.

**INTRODUÇÃO**

Tem sido cada vez mais comum o uso de recursos judiciais fundamentados no art. 6º, caput, da Constituição Federal de 1988 – CF/88 (Brasil, 1988), a qual trata da saúde como direito fundamental em sua concepção mais abstrata. Nesses casos, a parte autora pleiteia amparo jurisdicional para compelir o Poder Público a executar medidas ou ações não disponibilizadas de forma rotineira pelo Sistema Único de Saúde – SUS.

A ocorrência do fenômeno denominado “judicialização da saúde” é amplamente utilizada para caracterizar ações que refletem a ampliação do alcance intelectual e psicológico do ato de julgar, observado no Direito Constitucional brasileiro nos últimos anos. Os processos denominados “judicialização das políticas públicas de saúde” refletem uma dinâmica voltada à adoção de medidas que envolvem um número crescente de atos administrativos ou a criação de leis, resultantes de algum tipo de controle judicial das ações do Estado, por meio das quais a coletividade busca satisfazer necessidades e exercer direitos previstos no texto constitucional vigente. Essas práticas intensificaram-se, sobretudo, a partir da

CF/88, que, de forma abrangente, enumerou direitos sociais de caráter prestacional, integrando-os ao conjunto dos direitos fundamentais.

Assim, iniciou-se uma nova etapa em que os cidadãos brasileiros, por meio dos direitos fundamentais, conquistaram o direito à saúde, consolidado na CF/88. Com a definição de políticas econômicas e sociais voltadas à redução de doenças e agravos, a saúde passou a ser reconhecida como direito de todos e dever do Estado, garantindo acesso universal e igualitário a serviços e ações voltados à promoção, à recuperação e à assistência, independentemente da condição social de cada indivíduo (Brasil, 1988). Com a consolidação do SUS, decorrente da Lei Orgânica da Saúde nº 8.080, de 1990 (Brasil, 1990), houve um avanço significativo na garantia do direito à saúde no País, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana e vinculando a saúde aos seus condicionantes e determinantes sociais.

No decorrer da década de 1990, observou-se o avanço da política neoliberal, vinculada a um projeto de mercado privatista que promoveu o afastamento entre as diretrizes da CF/88 e do SUS no tocante à responsabilidade pelo direito à saúde e pelas demais políticas sociais, as quais passaram a sofrer cortes significativos em razão de um financiamento regressivo, tornando-se seletivas, fragmentadas e focalizadas, o que resultou na escassez da oferta de serviços, no aumento da demanda reprimida e na limitação do acesso da população. Nesse contexto, diante do direcionamento estatal orientado pelos interesses do capital e em desacordo com os direitos conquistados na Constituição, a população usuária das políticas sociais, especialmente no campo da saúde, passou a recorrer ao Poder Judiciário para suprir demandas não atendidas, fenômeno que se convencionou chamar de “judicialização da saúde”.

Nessa conjuntura, manifesta-se a importância do Poder Judiciário e das instituições jurídicas como conciliadores das relações sociais, econômicas e políticas, no intuito de garantir a salvaguarda da democracia e dos direitos fundamentais, com atuação conhecida como judicialização da política (Machado, 2010). Inúmeras ações judiciais impetradas por cidadãos se dão em processos de judicialização da saúde, as quais cobram o direito à proteção social pelo Estado, exigindo o acesso a tratamentos, a medicamentos e a tecnologias que não são disponibilizadas pelo SUS (Gontijo, 2010).

Ante o exposto, o tema “judicialização da saúde” fundamenta-se na garantia do direito à saúde, partindo do entendimento de que esse fenômeno pode assegurar o direito previsto na CF/88, tornando-se relevante ao debate dos rumos de uma política pública de saúde democrática na atualidade. Em consequência, este estudo parte da premissa de que o direito à saúde, por sua relevância essencial à vida, merece e exige eficácia plena. Ressalta-se, ainda, que o Poder Judiciário, quando provocado, legitima sua intervenção diante do descumprimento ou da omissão do Estado, como será melhor discutido mais adiante.

A metodologia é bibliográfica e documental quanto ao tipo, com o intuito de comprovar e debater o tema proposto. A pesquisa bibliográfica se deu com a utilização de livros, artigos e demais textos científicos; enquanto a pesquisa documental se valeu da análise de normas constitucionais e infraconstitucionais, bem como de decisões judiciais. Trata-se de pesquisa com objetivo descritivo, realizado por meio de abordagem qualitativa. A pesquisa é pura quanto à natureza, buscando ampliar os conhecimentos sobre o tema.

## CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E DIRIGENTE

Na década de 1990, a América Latina adotou políticas influenciadas pelo Consenso de Washington, o que, no caso do Brasil, limitou a efetivação dos direitos sociais previstos na CF/88. O Consenso de Washington foi um conjunto de políticas econômicas neoliberais formuladas em 1989 por instituições como o Fundo Monetário Internacional – FMI, o Banco Mundial e o Departamento do Tesouro dos EUA sediados em Washington. Direcionado a países em desenvolvimento na América Latina, o documento continha diversas recomendações, com destaque, em face ao estudo aqui proposto, ao reordenamento do gasto público, principalmente em saúde. Esse documento moldou o cenário econômico no Brasil com influência nas políticas fiscais e monetárias, com ênfase na redução do papel do Estado e na eficiência do mercado.

Já entre os anos 2000 e meados da década de 2010, embora alguns desses mecanismos ainda estivessem em vigor, o País vivenciou um período de crescimento econômico, redução das desigualdades e melhoria geral no acesso aos direitos sociais (Oliveira *et al.*, 2020).

A partir de 2016, o Brasil passou por profundas reformas constitucionais e infraconstitucionais que alteraram rapidamente a organização do País. Essas reformas, dentre as quais estão as reformas previdenciária, trabalhista e fiscal, reduziram o gasto público e a proteção social, alinhando o País aos paradigmas da austeridade fiscal (Tavares; Silva, 2020).

## A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA DE 1988

Os conceitos ganham vida própria e seguem novos rumos quando seus criadores os tornam públicos. A Constituição Econômica é um exemplo desse fenômeno (Nörr, 1994-1995). Moreira (2006, p. 38), em síntese do entendimento predominante na contemporaneidade, define Constituição Econômica como “o conjunto das normas e dos princípios constitucionais relativos à economia, isto é, que configuram a ordem constitucional da economia”.

A CF/88, assim como a Constituição brasileira de 1934 (Brasil, 1934), historicamente atende aos pressupostos de uma Constituição Dirigente, também denominada Constituição Econômica. No entanto, a mudança oferecida pela CF/88 não foi consensual, tanto que “foi no capítulo da ordem econômica que se travaram os grandes embates políticos e ideológicos da Assembleia Geral Constituinte” (Bercovici, 2022, p. 38).

Bonavides (2012, p. 371) faz a mesma leitura ao chamar atenção ao fato de que

Poderosas forças coligadas numa conspiração política contra o regime constitucional de 1988 intentam apoderar-se do aparelho estatal para introduzir retrocessos na lei maior e revogar importantes avanços sociais, fazendo assim inevitável um antagonismo fatal entre o Estado e a Sociedade.

Não resta dúvida que em determinados círculos das elites vinculadas a lideranças reacionárias está sendo programada a destruição do Estado social brasileiro.

Se isso acontecer será a perda de mais de cinquenta anos de esforços constitucionais para mitigar o quadro de injustiça provocado por uma desigualdade social que assombra o mundo e humilha a consciência desta Nação. Mas não acontecerá, se o Estado social for a própria Sociedade brasileira concentrada num pensamento de união e apoio a valores igualitários e humanistas que legitimam a presente Constituição do Brasil.

Ao refletir sobre os avanços sociais proporcionados pela Constituição Econômica de 1988, evidentemente de terceira dimensão, observa-se que o Estado, além de conceder direitos, busca garantir sua efetividade. Nesse contexto, surgem questionamentos quanto à funcionalidade dessas garantias no aspecto material, considerando a precariedade dos recursos estatais frente à amplitude dos direitos e às necessidades sociais da população brasileira em uma economia emergente. Assim, a crise constitucional configuraria, em essência, a própria crise constituinte da sociedade brasileira e do Estado (Bonavides, 2012).

Nessa perspectiva, é imperativo o papel do Estado na economia, pois, considerando que o desenvolvimento é elemento essencial ao bem-estar social, é por meio do planejamento que se torna possível superar as desigualdades. A CF/88 apresenta programas alinhados à realidade do povo brasileiro, visando solucionar crises políticas, sociais e econômicas recorrentes. Contudo, resta a reflexão: trata-se de um ordenamento efetivamente comprometido com todas as forças de composição social ou de um engano de pacificação social que, na teoria, aponta ao sol nascente, mas, na prática, se direciona ao sol poente dos detentores do poder.

## A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 COMO CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

Em 1982, Canotilho (2001) apresentou a tese da Constituição Dirigente, que se tornou referência no estudo do constitucionalismo moderno. Seu objetivo era construir uma teoria constitucional capaz de responder as demandas sociais pela efetivação de direitos, orientando a atuação do Estado de acordo com o que estabelece a lei constitucional.

A partir dessa formulação, pode-se entender uma constituição dirigente como um conjunto de normas constitucionais que dispõem sobre os fins e as tarefas do Estado, determinando diretrizes e deveres para alcançá-los. Dessa forma, a constituição se torna um programa para o futuro, concedendo linhas de atuação governamental e procurando a transformação social, a direção pública do processo econômico e a distribuição de renda.

Nesse sentido, a Constituição deixa de ser apenas proteção do existente para também projetar o futuro, em consonância com a ideia de “Constituição-garantia”, cujo propósito é definir as competências dos Poderes e regulamentar os procedimentos estatais. Em contrapartida, quando se toma o texto constitucional como “mero instrumento de governo”, aflora a matriz liberal, que sustenta a separação absoluta entre Estado e sociedade e defende um Estado mínimo, cuja competência se limitaria à organização dos procedimentos de tomada de decisões políticas (Bercovici, 1999, p. 37).

Para Canotilho (2001, p. 458), a Constituição Dirigente tem por objetivo transformar o *status quo* por meio das promessas constitucionais. Ela pressupõe “uma filosofia da ação,

ou seja, um accionalismo que se dirige à produção, reprodução e alteração da sociedade”. Streck (2018, p. 103) aduz que a constituição dirigente relaciona, dessa maneira, o Estado, em todas as categorias, aos “ditames materiais da constituição, pela exata razão de que, nesse contexto, o Direito continua a ser um instrumento de implementação de políticas públicas”. Tal concepção caracteriza-se por um projeto histórico que limita o espaço de conformação do legislador, vinculando-o aos fins que compõem o programa constitucional. Desse modo, quando o Estado atua em desconformidade com os programas constitucionais previstos, incorre em vício de inconstitucionalidade

A CF/88 apresenta perfil dirigente, pois o constituinte estabeleceu um conjunto de normas programáticas que orientam a construção de uma sociedade justa, solidária e livre, em consonância com um novo período democrático na história do País, após longo período de regime ditatorial. Instituiu-se, assim, um novo modelo de Estado, o Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1º da CF/88 (Brasil, 1988), voltado a conduzir as demandas sociais e a promover mudanças, incorporando, no texto constitucional, um amplo rol de garantias, direitos sociais e políticas públicas (Gonçalves, 2015). Assim, a CF/88 é marco de uma importante mudança no constitucionalismo brasileiro. Até meados do século XX, prevalecia a ideia de que as constituições não eram normas jurídicas, mas proclamações políticas, destinadas a influenciar a atuação do legislador, sem impacto direto sobre as relações sociais (Souza Neto; Sarmiento, 2014).

Durante o processo constituinte, os movimentos sociais organizados defendiam a garantia constitucional dos direitos fundamentais, incluindo os de natureza social; a participação popular mais efetiva na gestão pública; a democratização do conhecimento; e a possibilidade de defesa direta da Constituição pelos cidadãos. Nesse sentido, a CF/88 contribuiu para a consolidação da democracia, incorporando um amplo rol de garantias e direitos fundamentais, dentre eles o direito à saúde (Gonçalves, 2015). A CF/88, por meio de suas normas de caráter programático, estabelece mecanismos para garantir e tornar efetivos esses direitos, como, por exemplo, os remédios constitucionais: mandado de segurança coletivo, ação direta de inconstitucionalidade e mandado de injunção (Bonavides, 2012).

A efetivação dos direitos constitucionais é constantemente ameaçada por reformas constitucionais. Entre os direitos afetados, destaca-se o direito à saúde, que merece análise minuciosa, especialmente por representar uma das grandes conquistas da cidadania brasileira ao longo dos anos e que, atualmente, se encontra em risco. De forma que, adiante, passa-se à análise do direito à saúde, abordando-o pela perspectiva das possibilidades do Estado brasileiro, considerados os princípios constitucionais da Administração Pública e a análise econômica do Direito, o que se dá a partir de uma visão histórica da concretização dos direitos sociais no Brasil.

## **O DIREITO À SAÚDE E A RESERVA DO POSSÍVEL**

O direito à saúde é tão fundamental quanto o direito à vida e deve ser efetivado pelo Poder Público, não bastando reconhecê-lo como direito fundamental do cidadão, pois é necessário

que o Estado estabeleça parâmetros e adote medidas concretas para a sua realização. De acordo com Sarlet (2019), os direitos sociais, dos quais o direito à saúde é parte integrante, têm como princípio a igualdade entre as pessoas. Segundo a CF/88 (Brasil, 1988), a saúde é um direito assegurado a todos, pois, sem ela, não é possível ter uma vida digna. Trata-se, portanto, de um dever do Estado, custeado pelos impostos pagos e arrecadados junto à população.

Em comparação com outras Constituições brasileiras, no que se refere ao direito à saúde, observa-se que estas não asseguraram plenamente esse direito fundamental. A Constituição de 1891, promulgada logo após a Proclamação da República, não abordou expressamente a saúde. A Constituição de 1934 previu a assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, amparados pelo Seguro Social. Já a Constituição de 1937 contemplou os riscos sociais e previu assistência médica à gestante, à velhice, ao trabalhador, à invalidez e aos acidentes de trabalho (Martins, 2014).

Na Constituição de 1946, a saúde estava vinculada principalmente ao trabalhador. Contudo, com a criação do Ministério da Saúde, em 1950, ampliou-se a proteção à saúde. Já na Constituição de 1967, o tema passou a integrar as competências da União, incluindo, entre outras atribuições, a definição de normas gerais de proteção e defesa da saúde, bem como a garantia, aos trabalhadores, de direitos como assistência hospitalar, sanitária e médica preventiva, além de outros já previstos (Martins, 2014).

Como expressão do direito à vida, inserido no princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à saúde configura-se como direito individual fundamental, conforme dispõe o art. 5º da CF/88. Sua efetivação integra a essência dos próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, nos termos do art. 1º, III, da mesma Constituição (Fortes; Paulsen, 2005).

Entende-se que o Estado tem a obrigação de assegurar a atenção à saúde, contudo, é impossível garantir a todos plena saúde apenas a partir da efetividade legal. Para que o direito à saúde se concretize, é necessário que o Estado proporcione condições adequadas de atendimento, incluindo postos de saúde, programas de prevenção, hospitais, fornecimento de medicamentos, entre outros. Além disso, esse atendimento deve ser universal, alcançando todos que dele necessitem, e integral, garantindo todos os recursos e cuidados de que o indivíduo precise (Pivetta; Barcellar Filho, 2022).

Cumprir destacar, entretanto, que a concessão de medicamentos e tratamentos médicos por meio de decisões judiciais pode comprometer a harmonia do sistema ao permitir a ingerência do Poder Judiciário em esfera substancial das demais funções do Estado.

Conforme disposto no art. 196 da CF/88, o direito à saúde deve ser garantido por meio de políticas econômicas e sociais, o que revela que sua efetivação exige muito mais do que o simples acesso aos serviços de saúde. É necessário implementar políticas que assegurem moradia adequada, emprego, renda, saneamento básico, educação e lazer. Embora a limitação de recursos seja incontestável, não se pode prescindir dessas políticas quando o objetivo é garantir a observância dos princípios da universalidade, da igualdade, da integralidade e da equidade no acesso aos serviços de saúde (Brandão, 2021).

Os direitos fundamentais sociais demandam prestações positivas do Estado, o que evidencia sua dimensão econômica. Sua efetivação exige não apenas a análise da oportunidade e da conveniência da medida, mas, principalmente, a avaliação de sua viabilidade. Em última instância, a plena realização dessas prestações depende de circunstâncias financeiras e econômicas, sendo inviável sem o afastamento de soluções meramente artificiais (Sarlet; Figueiredo, 2007).

Os tribunais entendem que a intervenção judicial deve restringir-se a casos que envolvam o princípio da dignidade da pessoa humana em sua expressão mais elementar: o mínimo vital, que representa uma dimensão reduzida desse princípio. Tal entendimento harmoniza-se com a realidade de um país de dimensões continentais marcado por desigualdades regionais e sociais e por recursos limitados, exigindo uma estrutura compatível com as necessidades. Por essa razão, a efetivação do direito à saúde, apesar de seu conteúdo programático, deve ocorrer por meio de atos eminentemente políticos, concretizados por legislação específica e por atos administrativos que o implementem segundo critérios de conveniência, possibilidade e oportunidade.

## **A JUDICIALIZAÇÃO E O COMPLEXO OLHAR SOBRE O SUS**

O SUS enfrenta um dos momentos mais desafiadores de sua existência diante do aumento de ações judiciais, muitas vezes baseadas em princípios constitucionais que asseguram o direito à saúde e à assistência farmacêutica. A União é a principal gestora e financiadora do SUS, porém, não executa diretamente a maior parte de suas atividades, de responsabilidade dos Estados e Municípios, além da participação complementar prevista em lei. Conforme os artigos 15, 16, 17, 18, 24 e seguintes da Lei nº 8.080/90 (Brasil, 1990), a gestão do SUS é estruturada em três níveis (federal, estadual e municipal), cada qual com competências próprias estabelecidas pela legislação.

Nesse contexto, desde a divisão de competências estabelecida pela Lei nº 8.080/1990, observa-se que a União, por meio do Ministério da Saúde na condição de gestora federal do sistema, promove as condições necessárias e incentiva os demais entes federativos, com base na definição de prioridades de intervenção alinhadas às necessidades de saúde da população, garantindo o acesso dos cidadãos a todos os níveis de atenção. Contudo, não lhe compete a execução direta dos serviços de saúde pública, função atribuída aos Estados e Municípios, conforme dispõe a Lei nº 8.080/1990 (Fortes; Paulsen, 2005).

A “Reorientação da Assistência Farmacêutica” é uma das diretrizes fundamentais da Política Nacional de Medicamentos, cujo novo modelo está sendo redefinido para ir além da simples aquisição e distribuição de medicamentos (Brasil [Negri], 2002).

As ações no campo da assistência têm como finalidade, no âmbito das três esferas do SUS, garantir o acesso da população aos medicamentos essenciais. Essa reorientação do modelo baseia-se, especialmente, na “descentralização da gestão e na otimização e na eficácia do sistema de distribuição no setor público” (Brasil, 2000).

O Ministério da Saúde, nessa ótica, aprovou a Portaria GM n.º 176/99, de 1999, “iniciando o processo de descentralização da Assistência Farmacêutica Básica, transferindo recursos federais”, ao tempo que “Estados e Municípios brasileiros participam com outros recursos, que possam garantir um financiamento adequado, e, conseqüentemente, garantir o acesso, pela população brasileira, aos medicamentos essenciais, onde se destacam aqueles de uso contínuo” (APM, 2002, não paginado).

Conforme o disposto no art. 198 da CF/88, “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo [...]” (Brasil, 1988).

São inúmeros os processos relacionados a medicamentos, insumos, tecnologias, produtos e serviços no âmbito do SUS. A judicialização, em muitas ocasiões, incide sobre o sistema de forma inadequada e distorcida, sem considerar determinadas normas, os pactos interferativos e a limitação de recursos, esta uma das principais causas das inconsistências nos serviços de saúde que acabam sendo objeto de demandas judiciais (Barros; Lopes, 2018).

A assistência plena encontra limites na própria lei, como a exigência de parecer da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias – CONITEC para a inclusão de medicamentos, produtos e tecnologias no SUS, bem como restrições orçamentárias e observância das relações oficiais de medicamentos. Dessa forma, no âmbito da advocacia, é necessário estabelecer parâmetros e limites à interpretação do alcance do princípio da integralidade da atenção à saúde, conforme previsto no art. 7º, II, da Lei nº 8.080/1990. Tal necessidade decorre do fato de tratar-se de uma definição jurídico-administrativa e sanitária indefinida, em razão da amplitude e da fluidez do próprio conceito de “saúde”, conforme estabelecido pela Organização Mundial da Saúde – OMS (Brasil, 1990; Santos; Carvalho, 2018).

Essa indefinição quanto ao conceito de integralidade exige do administrador e do aplicador da norma a adoção de parâmetros e balizas que o articulem, conferindo-lhe clareza e operacionalidade. Tais parâmetros devem observar os princípios e diretrizes do SUS, de modo a possibilitar a gestão de um sistema público que atenda a todos de forma racional, equilibrada, com qualidade e solidariedade, sem comprometer sua sustentabilidade nem incorrer em excessos no exercício do Direito (Matta, 2007).

Com esse propósito, as verdadeiras causas da insuficiência de serviços precisam ser enfrentadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, sendo a principal delas o subfinanciamento da saúde, fato público e notório. A Emenda Constitucional – EC nº 95, de 2016, conhecida como Teto dos Gastos Públicos, foi substituída pelo Novo Arcabouço Fiscal (Lei Complementar nº 200/2023) (Brasil, 2023), razão da continuação do prejuízo do direito à saúde, e um dos fatores do aumento da judicialização, com conseqüências prejudiciais à garantia desse direito. Sem a atuação sobre as causas estruturais, o debate da judicialização da saúde continuará ocorrendo sem a real intenção de solucioná-la.

Importa destacar que o federalismo cooperativo no Brasil tem se caracterizado por um desequilíbrio que afeta, sobretudo, os entes federativos prestadores diretos de serviços (Estados

e Municípios), os quais estão na linha de frente do atendimento à população. A eles cabe assegurar serviços suficientes, de qualidade e prestados no tempo adequado, o que reforça sua responsabilidade quanto à garantia constitucional do direito à saúde, incluindo o dever de cofinanciar o sistema de forma equilibrada. Contudo, o “pêndulo da balança” não tem alcançado o equilíbrio necessário, resultando na sobrecarga dos entes subnacionais.

Compete à União a responsabilidade pela inclusão de medicamentos no SUS em âmbito nacional após as análises técnicas, econômicas e científicas realizadas pela CONITEC, o que recompõe, ainda que minimamente, o procedimento que deveria ser observado nesse tema. Sempre foi atribuição da União a incorporação, em nível nacional, dos medicamentos constantes da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME e de outras listas oficiais, cabendo aos Estados e aos Municípios a possibilidade de incluir, às suas próprias custas, medicamentos em listas complementares. A competência principal é, portanto, sempre da União para a incorporação de qualquer medicamento, não apenas dos medicamentos de alto custo.

De outra forma, apenas os medicamentos de alto custo não incorporados pelo SUS podem ser fornecidos ao paciente por meio de decisão judicial nos casos em que este não tenha condições de arcar com o pagamento, conforme voto do Ministro Marco Aurélio Mello no RE 566471 (Brasil, 2020). Dessa forma, impõe-se ao Estado o dever de fornecer medicamento de alto custo, não incorporado pelo SUS, a portadores de doença grave que não possuam condições financeiras para adquiri-lo.

O RE 566471, julgado em março de 2020, tratou de caso em que o Estado não foi obrigado judicialmente a fornecer medicamento não incorporado às listas oficiais do SUS. Essa proposição foi apresentada pelo Ministro Relator, que expressou seu entendimento em voto com novo texto (Brasil, 2020, p. 19-20):

O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação de caráter Excepcional, constante de rol dos aprovados, depende de demonstração da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil.

A questão é complexa, pois transgride a regra da gratuidade de ações e serviços de saúde. Caso prevaleça a resolução mencionada nas restrições a serem elaboradas na tese de não permissão de fornecimento de medicamentos não garantidos pelo SUS, esta será, como já tem sido, uma das decisões mais polêmicas do STF, por afrontar os princípios constitucionais da universalidade de acesso e da igualdade no atendimento.

A consideração da situação econômica do usuário como critério no SUS para definir se terá ou não direito ao tratamento cria um grave precedente, pois afeta as regras de incorporação de ações e serviços de saúde ao sistema, bem como os princípios da igualdade e da gratuidade. Soma-se a isso o impacto sobre o princípio da integralidade, que deve alcançar a todos

sem exceção, e sobre a universalidade de acesso, que, nesse conceito, ficaria restrita apenas àqueles que não têm condições de pagar. Há ainda outros elementos conflituosos, como os medicamentos que não possuem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e que não são incorporados ao SUS. A partir de agora, se o medicamento tiver custo muito elevado e não for incorporado, poderá ser fornecido por meio de decisão judicial.

De toda forma, a deliberação que torna obrigatório o fornecimento de medicamentos de alto custo não incorporados ao SUS para aqueles que não puderem arcar com seus custos pode gerar uma contradição: a União poderia preferir não os incorporar, pois, assim, somente teria de fornecê-los obrigatoriamente a quem não pudesse comprá-los e ingressasse com ação judicial. Tal situação configura um questionável rompimento do princípio da igualdade no atendimento prestado pelo SUS.

## **A GARANTIA DA EFETIVAÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL PARA A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**

É importante destacar que a saúde consiste em um direito fundamental social e em um dever do Estado. Assim, deve ser assegurada por meio de políticas públicas e sociais que garantam ações e serviços voltados à sua proteção, promoção e recuperação, de maneira igualitária e justa. Streck (2018, p. 310) aduz a relevância da interpretação constitucional dos direitos sociais:

Do mesmo modo, percebemos a Constituição “como” Constituição quando a confrontamos com a sociedade para a qual é dirigida; percebemos a Constituição “como” Constituição quando examinamos os dispositivos que determinam o resgate das promessas da modernidade e quando, através de nossa consciência histórica, nos damos conta da falta (ausência) de justiça social; percebemos a Constituição “como” Constituição quando constatamos, por exemplo, que os direitos sociais somente foram integrados ao texto da Constituição exatamente porque a imensa maioria da população não os tem [...].

No que se refere à efetivação do direito social à saúde, Paranhos (2007, p. 171) evidencia que,

Diante da deficiência do Estado em disponibilizar à sociedade um serviço público de saúde pleno, deve o interessado buscar no processo constitucionalizado a elaboração de provimentos judiciais, de forma a obrigar a Administração Pública a cumprir o dever que lhe foi imposto pela norma constitucional, visando alcançar o mesmo resultado prático que decorreria do adimplemento, se eficientes as políticas públicas voltadas para esse fim.

Para Barroso (2012, p. 25), “a Judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado da vontade política”. O autor ainda destaca que

*Judicialização* significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políti-

cas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. (Barroso, 2012, p. 24, grifo do original)

A inconsistência do fornecimento de medicamentos gratuitos pelo Poder Público deu início ao fenômeno da judicialização da saúde (Araújo et al., 2021).

O ordenamento constitucional, por meio dos Poderes Constituídos, atribuiu prerrogativas específicas, de modo que o Executivo e o Legislativo, como representantes do interesse popular, seriam os únicos legitimados a concretizar, dentro de suas competências, as ações necessárias, condicionando sua efetivação à confirmação popular.

Tal crítica é comentada por Lima, M. (2006, p. 188) em estudo sobre ativismo judicial:

A renovação do pacto constituinte terá sempre diretiva de progresso, no sentido de oferecer à sociedade respectiva aperfeiçoamentos e melhorias no sentido de não torná-la escrava de si mesma ou de atores exteriores a si. Por isso é que a renovação do poder político terá sempre que se submeter ao crivo de quem o institucionalizou, isto é, o povo. Vistas as coisas sob este ângulo, outra não poderia ser a conclusão de que o Poder Legislativo é bem melhor tradutor das tensões sociais concretas, o que o habilita à categoria de potencial renovador do pacto constituinte, com a devida autorização popular, já que seus integrantes disputam regularmente a legitimidade por meio das eleições periódicas e regulares.

Lima, M. (2006) comenta que, embora a literatura especializada contrária sustente a existência de legitimidade constitucional para uma atuação ativista do Judiciário, tal legitimidade não se renova, pois os membros desse Poder não estão sujeitos a qualquer forma de controle popular.

Franco (2013, p. 3) manifesta a importância atribuída ao direito à saúde, a qual comprova que os Poderes Executivo e Legislativo têm se mostrado negligentes quanto aos seus deveres:

Por esse motivo, dada a essencialidade do direito à saúde, que não tolera sonegação impunemente, e tendo em vista o fortalecimento do Poder Judiciário jungido à sedimentação dos atributos inerentes à cidadania, tem sido crescente o número de ações judiciais que têm por finalidade obrigar o Poder Público a conceder medicamentos ou tratamentos médicos, o que se denomina de Judicialização do direito à saúde.

Parte da literatura especializada entende que o fenômeno da judicialização da saúde configura, curiosamente, violação ao princípio da separação dos Poderes, à previsão orçamentária e ao princípio da reserva do possível. Em consonância a esse entendimento, destaca-se o trecho, com exceção do relatório pronunciado pelo Ministro Gilmar Mendes do STF, na Suspensão da Tutela Antecipada (STA) 175-CE (2010, p. 8 *apud* Mendes, 2012, p. 542-543):

A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos as-

sumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos Poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível. A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos Poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível.

As ações judiciais aumentam gradativamente, resultando na sobreposição de defesas e esforços, envolvendo diferentes entes federativos e mobilizando muitos agentes públicos, incluindo procuradores e servidores administrativos (Barroso, 2012).

Diante do relevante caráter social da judicialização da saúde, em 2013 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) propôs a criação de varas especializadas para analisar processos relacionados ao direito à saúde. Costa (2012, p. 13, grifo no original), ex-presidente do Instituto Brasileiro de Turismo (EMBRATUR) exigiu, em abril de 2012, providências sobre o tema:

A especialização do Judiciário para cuidar das demandas advindas das relações jurídicas formadas a partir do exercício do direito à saúde é, certamente, o modo mais viável para sua efetivação e fruição. Com essa medida, o Judiciário – além de aproximar-se ainda mais dos dramas diários de milhares de pessoas – irá contribuir para humanizar o sistema de saúde, trazendo sentimento e vida para reinos da morte (como bem revelou infeliz frase proferida pelo representante do Conselho Federal de Medicina, Sr. Emmanuel Fortes Silveira Cavalcanti, em Audiência Pública realizada na Câmara dos Deputados no dia 24 de abril de 2012).

Com o objetivo de atender à crescente demanda de ações judiciais relacionadas ao direito à saúde, o CNJ propôs aos tribunais a criação de varas especializadas. Costa (2012, p. 2, grifo no original) aduz que: **“Tais dramas não podem ser banalizados. Não se cuida de uma narrativa ‘fria e objetiva’, mas sim de lágrimas, dores e funerais”**.

Dessa forma, justifica-se o fenômeno da judicialização da saúde, pois o Judiciário não pode permanecer inerte quando é acionado para proteger um direito fundamental assegurado pela Constituição.

## **A ATUAÇÃO JUDICIAL NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS**

O Estado precisará considerar a “lei da escassez” e compreender as conhecidas limitações orçamentárias, decidindo entre as diversas ações curativas e preventivas recomendadas, com base nos dados do Sistema Nacional de Saúde (SNS). Deve, assim, priorizar as soluções de maior eficiência e eficácia, visando atender ao maior número possível de cidadãos e reduzir a incidência de novos casos de doenças. Esse cenário impõe, de forma inexorável, a observância do princípio da eficiência e, no campo específico do direito à saúde, dos

princípios da universalidade e do tratamento isonômico (Barroso, 2014). Nessa linha de raciocínio, embora relevantes as situações enfrentadas pelos diversos demandantes, o Poder Judiciário não pode ignorar a igualmente grave condição da saúde pública do País, agravada, em grande parte, pelas dificuldades financeiras que enfrenta.

Deve-se reconhecer que, por imperativo constitucional, somente as ações planejadas e fundamentadas em critérios técnicos, envolvendo conhecimentos multidisciplinares, como as ciências sociais, a medicina e a estatística, poderão, em prazo razoável, efetivar o direito fundamental à saúde, ampliando progressivamente o atendimento a um número maior de pacientes e fortalecendo as ações preventivas (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2020).

Dessa forma, ao julgar procedentes as inúmeras demandas que recorrem à judicialização da proteção do direito à saúde sem considerar a distribuição de competências, as prioridades estabelecidas e o planejamento, haverá um agravamento na dificuldade de atendimento a indivíduos acometidos por outras doenças que também buscam socorro no SUS. Isso poderá comprometer o próprio sistema, cujas ações, articuladas nas três esferas de governo e com a participação da sociedade, acabarão postergadas em razão da insuficiência de receitas (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2020).

Cabe observar, ainda, que, diariamente, nos corredores dos hospitais, ocorrem situações dramáticas com pacientes do SUS que não conseguem leito ou atendimento digno. Assim, não parece razoável, constitucional ou legal oferecer tratamento diferenciado a um paciente em detrimento dos demais. A intervenção deve se limitar aos casos que envolvam, de forma efetiva, o princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere ao respeito à vida, que representa a dimensão mais elementar desse princípio (Sarlet, 2018). As atividades dos entes estatais, em todas as áreas, inclusive na área da saúde, são previamente programadas e obedecem a previsões constantes nos orçamentos. Somente dessa forma é possível atender à comunidade como um todo, e não apenas a grupos restritos.

“O plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual, leis estas de iniciativa do Poder Executivo”, são estabelecidas nos precisos termos do art. 165 da CF/88, e deve-se considerar que “são realizados os procedimentos legais para aquisição dos bens de consumo ou permanentes, necessários a cada atividade administrativa” (Brasil, 1988, não paginado). Denota-se, assim, que toda atividade pública é previamente organizada, com metas definidas, visando alcançar e beneficiar a sociedade em sua totalidade, proporcionando-lhe melhor qualidade de vida.

Se, entretanto, o Judiciário assumir para si a função de administrador, passando a decidir sem observar os planos e previsões orçamentárias, a partir das quais o gestor público deverá aplicar os recursos arrecadados, instaurar-se-á um verdadeiro caos na Administração Pública. Em razão da limitação orçamentária, faltarão verbas para programas previamente criados e aprovados, beneficiando apenas uma pequena minoria que obtiver decisão judicial favorável, em detrimento de toda a comunidade. Ainda assim, conforme o art. 37 da CF/88 (Brasil, 1988, não paginado), a Administração Pública, seja estadual, federal ou municipal, deve seguir os princípios básicos da “legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Por esse motivo, caso sejam julgadas procedentes as ações para fornecimento de medicamentos, o princípio da impessoalidade poderá ser comprometido, uma vez que estabelece que a atividade administrativa deve ser destinada a todos, sem discriminação de qualquer natureza ou direcionamento a pessoa específica. Entretanto, para atender às solicitações de inúmeros requerentes, os programas de saúde previamente estabelecidos deixam de ser observados na medida em que medicamentos passam a ser fornecidos para um indivíduo determinado e específico (Marrara, 2012).

O fornecimento de medicamentos não incluídos no SUS foi objeto de 13.914 processos judiciais nos últimos cinco anos no Brasil, segundo investigação realizada pela *Deep Legal, lawtech* especializada em gestão preditiva e inteligência artificial. Os dados do levantamento indicam que 63% dos casos foram julgados procedentes ou parcialmente procedentes pelo Judiciário, pressionando o SUS a disponibilizar os medicamentos necessários ao tratamento dos pacientes (Medicina S/A, 2023).

Acrescenta-se que as normas irregulares presentes nas petições iniciais das referidas demandas, por serem de natureza objetiva, não possuem efetividade para gerar direitos subjetivos disponíveis contra o Poder Público. Nesse sentido, Silva (2012, p. 73) afirma que “as normas programáticas protegem interesses juridicamente relevantes, porém, nem sempre têm capacidade para tutelar diretamente direitos particulares desde logo exigíveis”.

Os entes federativos, conforme a CF/88 (Brasil, 1988), possuem seus planos de saúde definidos em lei e, de acordo com eles, devem assegurar tratamento idêntico, universal e equânime a todos que necessitam. Para seus defensores, tais disposições configuram normas programáticas, sem força para gerar direitos subjetivos oponíveis ao Estado, o que, por si só, constitui motivo suficiente à improcedência dos pedidos de fornecimento de medicamentos pelo Judiciário.

Barroso (2014, p. 36) aduz que, quando “a Constituição define um direito fundamental ele se torna exigível, inclusive mediante ação judicial”. Pode, entretanto, “ocorrer de um direito fundamental precisar ser ponderado com outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais”, como anteriormente já mencionado, “situação esta que deverá ser aplicado na maior extensão possível, levando-se em conta os limites fáticos e jurídicos, preservado o seu núcleo essencial”.

Assim sendo, “o Judiciário deverá intervir sempre que um direito fundamental – ou infraconstitucional – estiver sendo descumprido, especialmente se vulnerado o mínimo existencial de qualquer pessoa”. Se o legislador introduzir “ponderações e escolhas válidas, à luz das colisões de direitos e de princípios, o Judiciário deverá ser deferente para com elas, em respeito ao princípio democrático” (Barroso, 2014, p. 36).

Ao que parece, o Poder Judiciário não deve assumir a tarefa de realizar uma Justiça de caráter macro, substituindo ou desautorizando as demais formas de formulação e implementação de políticas públicas. Não se trata de negar a possibilidade de ações individuais que busquem garantir o direito à saúde, mas de estabelecer critérios republicanos para que

o excesso de judicialização não comprometa as ações e políticas de saúde de caráter social (Nunes; Scaff, 2011).

O art. 196 da CF/88 (Brasil, 1988, não paginado) “associa a garantia do direito à saúde a políticas sociais e econômicas, até para que seja possível assegurar a universalidade das prestações e preservar a isonomia no atendimento aos cidadãos, independentemente de seu acesso maior ou menor ao Poder Judiciário”.

Pressupõe-se que o Legislativo e o Executivo, ao formularem as listas mencionadas, tenham avaliado, em primeiro lugar, as necessidades prioritárias a serem atendidas e os recursos disponíveis, a partir da visão global que possuem sobre tais questões. Além disso, considera-se que também tenham examinado os aspectos técnico-médicos relacionados à efetividade e ao uso dos medicamentos (Barroso, 2014).

A ex-Ministra Ellen Gracie (Brasil, 2007), nessa linha de entendimento, considerou inadequado fornecer medicamentos que não constavam na lista do Programa de Dispensação em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde. Ressaltou, ainda, que o Governo do Estado do Rio Grande do Norte não estava se opondo à prestação dos serviços de saúde e que decisões minuciosas, ao desconsiderarem as políticas públicas definidas pelo Poder Executivo, tendem a desorganizar a atuação administrativa, agravando ainda mais as já fragilizadas políticas de saúde:

Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constato, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, ‘o medicamento requerido é um plus ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo’. (Brasil, 2007, p. 14).

A inviabilidade de decisões judiciais que autorizem litigantes individuais a obter medicamentos não incluídos nas listas não impede que as próprias listas sejam objeto de debate judicial (Barroso, 2014). As decisões proferidas em ações envolvendo fornecimento de

medicamentos apontam tendências que podem orientar a atuação com base na literatura especializada e na jurisprudência. Lima, R. (2006) determina que o Poder Judiciário não precisa ficar vinculado à observância de um protocolo clínico, mas é bastante recomendável que o magistrado confie nos estudos técnicos desempenhados de forma ética e científica por profissionais de renome, pois evitará que o Estado seja obrigado a custear medicamentos ou tratamentos baseados em prescrições perigosas, duvidosas, não admitidas no País e, até mesmo, antiéticas, pois tendem a beneficiar determinado fabricante em detrimento de outros. Seguindo a avaliação de Lima, R. (2006), a inclusão de um novo medicamento ou de um tratamento médico nas listas vinculadas aos Poderes Públicos deve, sempre que possível, privilegiar medicamentos disponíveis no mercado nacional e em estabelecimentos situados no Brasil, dando preferência àqueles conveniados ao SUS.

Em uma situação de recursos escassos, um medicamento vital à sobrevivência de determinados pacientes terá preferência sobre outro que, embora capaz de proporcionar melhor qualidade de vida, não seja essencial à sobrevivência. Se, por um lado, o direito à saúde deve ser garantido pelo Estado, por outro a ineficiência do sistema de saúde, decorrente da gestão dos entes responsáveis, conduz à necessidade de buscar a efetivação desse direito por meio do Poder Judiciário. Diante dessa realidade incontestável, torna-se imprescindível adotar critérios capazes de conciliar o dever estatal de fornecer medicamentos à população com as dificuldades de universalizar e racionalizar esse direito no âmbito judicial.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O direito à saúde é um tema instigante e merece atenção especial. A análise de seus princípios merece destaque no cenário jurídico contemporâneo, considerando a relação entre o direito individual à saúde e o direito à saúde da coletividade, a organização do sistema de saúde, a avaliação dos critérios de uniformização e racionalização da atuação judicial para o fornecimento de medicamentos, bem como as dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário, que muitas vezes impedem o acesso à efetiva tutela jurisdicional.

A judicialização da saúde tem sido utilizada como instrumento para garantir ao cidadão a concretização desse direito. Ao longo de sua existência, a CF/88 previu, em seu art. 6º, uma gama de direitos sociais, entre os quais se encontra a saúde (Brasil, 1988). No entanto, tais direitos não têm sido plenamente efetivados pelo Estado conforme as expectativas dos cidadãos. Em razão disso, diversas demandas judiciais buscam assegurar a realização desse direito.

Nessa conjuntura, observa-se que a CF/88 representou um marco significativo em relação ao direito à saúde ao estabelecer princípios e normas que evidenciam a relevância do tema. Contudo, apesar da ampla legislação existente sobre a saúde, o problema da falta de efetividade desse direito persiste no contexto brasileiro, tornando, em diversas situações, necessária a intervenção do Poder Judiciário para concretizá-lo.

Em 20 de setembro de 2024, o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.471 (Tema 6 da repercussão geral), fixou a regra de que o Poder Judiciário não pode impor

ao Estado o fornecimento de medicamentos não incorporados às listas oficiais do SUS, independentemente do preço. A decisão considerou que a elevada judicialização compromete a organização e a eficiência das políticas públicas de saúde. Enfatizou-se, ainda, que a inclusão de medicamentos nas listas do SUS é competência da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias – Conitec, órgão técnico responsável por avaliar eficácia, segurança e custo-efetividade no SUS.

Em caráter excepcional, admite-se a determinação judicial para fornecimento de fármacos não padronizados, desde que cumpridos cumulativamente os seguintes requisitos: (a) negativa administrativa expressa pelo órgão público competente, preferencialmente com consulta ao Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário – NATJUS; (b) comprovação, pelo autor, de hipossuficiência econômica; (c) inexistência de substituto terapêutico disponível nas listas do SUS; (d) demonstração de eficácia e segurança baseadas em evidências científicas; e (e) indispensabilidade do uso do medicamento para o tratamento do caso concreto. Atendidos esses requisitos e havendo concessão judicial, assegura-se ao autor o direito individual ao tratamento. Nessa hipótese, cabe ao Judiciário comunicar os órgãos competentes para que estes avaliem a eventual extensão coletiva desse direito, mediante possível inclusão do medicamento nas listas do SUS.

É importante destacar também o Tema 1234 do STF (RE 1366243/SC), de 2024, que estabeleceu que o fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA pelo SUS só pode ser autorizado em situações excepcionais, sendo imprescindível que haja relatórios médicos detalhados demonstrando a relevância do medicamento para o tratamento. Assim, os Temas 1234 e 6 definiram como os pacientes devem acessar medicamentos pelo SUS.

Isso posto, é importante considerar a forte influência que os princípios da progressividade e da proibição do retrocesso social exercem sobre o direito fundamental à saúde, buscando assegurar a estabilidade dos serviços prestados e sua evolução contínua. Dessa forma, garante-se a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial por meio de um ordenamento constitucional comprometido com a efetivação dos direitos fundamentais. Esses princípios funcionam como garantias constitucionais e orientam a atuação do Estado na efetivação dos direitos sociais, especialmente no campo da saúde pública.

Além disso, ficou estabelecido que a efetivação do direito fundamental à saúde depende de suporte específico, garantido por meio de políticas públicas. A análise do texto constitucional revela que a eficácia desses programas deve ocorrer de forma progressiva, implicando, necessariamente, custos financeiros para o Estado.

Nessa perspectiva, submeter a rede pública a financiar toda e qualquer ação ou prestação de saúde específica pode causar grave lesão à ordem administrativa, comprometendo o funcionamento do SUS e prejudicando o atendimento à população. Por outro lado, o direito à saúde, qualificado como direito fundamental e inerente a todas as pessoas, constitui decorrência constitucional do direito à vida e deve ser assegurado a toda a coletividade. É importante frisar que ficou comprovado que o Estado não pode se eximir de seus deveres constitucionalmente previstos alegando a reserva do possível, devendo demonstrar de forma objetiva e clara a inexistência de recursos financeiros para a efetivação desse direito.

É fundamental que a Justiça atue com bom senso, evitando determinar o fornecimento de medicamentos em fase experimental ou sem eficácia comprovada. Para garantir o acesso a medicamentos e outros procedimentos à maior parte da população brasileira, deve-se observar o princípio da seletividade e da distributividade na prestação de serviços e benefícios, conforme estabelece o texto constitucional, art. 194, inciso III (Brasil, 1988).

Partindo dessa análise, verifica-se que a efetivação dos direitos fundamentais sociais está subordinada a um sistema econômico que, muitas vezes, impede o exercício pleno das políticas públicas sociais. Limites impostos pela denominada reserva do possível e pela previsão orçamentária têm sido cada vez mais aplicados na concretização dessas políticas, especialmente no campo da saúde. Soma-se a isso a falta de planejamento do orçamento público, que se reflete na insuficiência da prestação desse direito.

As políticas públicas na área da saúde têm se mostrado limitadas e pouco eficazes para atender as necessidades da população, o que gera, conseqüentemente, uma procura cada vez mais frequente pelo Poder Judiciário, na tentativa de ver esses direitos garantidos. Além disso, mais uma vez é importante lembrar que o direito à saúde possui caráter de fundamentalidade, razão pela qual deve ser prioridade nos gastos públicos, assegurando-se condições mínimas de vida, abaixo das quais esse benefício social não pode ser reduzido.

Assim sendo, conclui-se que a intervenção judicial na efetiva aplicação de políticas públicas de saúde pode incutir na Administração Pública a necessidade de enfrentar tais direitos com a seriedade e a urgência que merecem, visando garantir seu alcance a um maior número de pessoas e promovendo, assim, um certo grau de justiça social. E, diante de descaso ou omissão na efetivação do direito fundamental à saúde por parte do Poder Público, é plenamente possível a atuação do Poder Judiciário para assegurar o fornecimento do mínimo existencial, acima de qualquer outra consideração, em razão dos preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde. Incluem-se, também, as questões que vão além do mínimo existencial e que precisam ser concretizadas para impedir a regressão.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Letícia Costa de Araújo et al. Judicialização do acesso a medicamentos no Brasil: revisão integrativa da literatura. *SANARE*, Sobral, v. 20, n. 1, p. 131–141, jun. 2021.

ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE MEDICINA (APM). *SUS: o que você precisa saber sobre o Sistema Único de Saúde*. São Paulo: Atheneu, 2002.

BARROS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Tolêdo (org.). *Coletânea direito à saúde: boas práticas e diálogos institucionais*. Brasília: CONASS, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Juris Plenum*, Caxias do Sul, v. 1, n. 1, p. 25–50, mar. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo social e legitimidade democrática. *[Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23–32, 2012.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informações Legislativas*, Brasília, v. 36, n. 142, p. 35–51, abr./jun. 1999.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2022.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRANDÃO, Mariana Kaires Alves. Judicialização do direito à saúde, mínimo existencial e o princípio da proibição ao retrocesso social. *Revista do Ministério Público do Estado do Piauí*, Teresina, v. 1, n. 2, p. 219–238, jul./dez. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Política federal de assistência farmacêutica: 1990 a 2002*. Brasília: Ministério da Saúde, 2002. Disponível em: [https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/polit\\_fed\\_assist\\_farm.pdf](https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/polit_fed_assist_farm.pdf). Acesso em: 3 ago. 2025.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* (1934). Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 19 dez. 1935. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 10 ago. 2025.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Emenda constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016. Diário Oficial da União, Brasília, 15 dez. 2016. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm). Acesso em: 10 ago. 2025.

BRASIL. Lei complementar nº 200, de 30 de agosto de 2023. Diário Oficial da União, Brasília, 31 ago. 2023. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp200.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp200.htm). Acesso em: 23 out. 2025.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Diário Oficial da União, Brasília, 20 set. 1990. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 3 ago. 2025.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Sistema Único de Saúde (SUS): princípios e conquistas*. Brasília: Ministério da Saúde, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Recurso extraordinário* nº 566471/RN. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Suspensão de Segurança* nº 3.073/RN. Relatora: Min. Ellen Gracie. Diário da Justiça, Brasília, 14 fev. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: [s.n.], 2001.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. *Proposta de criação de varas para julgar ações de saúde*. [S.l.: s.n.], 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fl/flavio-dino-propoe-criacao-varas-julgar.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2025.

FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da seguridade social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FRANCO, Lafaiete Reis. A judicialização do direito constitucional à saúde no Brasil: a busca pela efetivação de um direito fundamental. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3735, set. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25377>. Acesso em: 3 ago. 2025.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Direitos fundamentais sociais: releitura de uma Constituição dirigente*. Curitiba: Juruá, 2015.

GONTIJO, Guilherme Dias. A judicialização do direito à saúde. *Revista Médica de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 20, n. 4, p. 606–611, 2010.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Direito à saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça*. Rio de Janeiro: IPEA, 2020.

LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Judiciário versus Executivo/Legislativo: o dilema da efetivação dos direitos fundamentais numa democracia. *Pensar*, Fortaleza, v. 11, n. 1, p. 185–191, fev. 2006.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. *Direito Público*, v. 3, n. 12, p. 112–132, abr./maio 2006.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza. *A judicialização da saúde no Brasil: cidadanias e assimetrias*. 2010. 187 f. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Wal. *Direito à saúde: compêndio*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MATTA, Gustavo Corrêa. Princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde. In: MATTA, Gustavo Corrêa; MOURA, Ana Lúcia de. *Políticas de saúde: organização e operacionalidade do Sistema Único de Saúde*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 61–80.

MEDICINA S/A. Medicamentos no SUS: 63% dos casos são julgados procedentes ou parcialmente procedentes. *Medicina S/A*, 11 set. 2023. Disponível em: <https://medicinas.com.br/fornecimento-medicamentos-sus/>. Acesso em: 3 ago. 2025.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOREIRA, Vital. A metamorfose da Constituição econômica. *Themis*, Lisboa, v. 2, p. 33–47, 2006.

NÖRR, Knut Wolfgang. Economic constitution: on the roots of a legal concept. *Journal of Law and Religion*, v. 11, n. 1, p. 343–354, 1994–1995.

NUNES, António Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OLIVEIRA, Ana Luiza Matos de et al. *Economia pós-pandemia: dismantling the myths of fiscal austerity and building a new economic paradigm*. São Paulo: Autonomia Literária, 2020.

PARANHOS, Vinícius Lucas. Efetividade dos provimentos judiciais na garantia do direito à saúde. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 2, n. 1, p. 153–176, jan./jun. 2007.

PIVETTA, Saulo Lindorfer; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito fundamental à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

SANTOS, Lenir; CARVALHO, Guido Ivan de. *Comentários à Lei Orgânica da Saúde*. 5. ed. Campinas: Saberes, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 171–213, out./dez. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: RT, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TAVARES, Francisco; SILVA, Gustavo. A ciência política brasileira diante do novo regime fiscal. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 63, n. 2, 2020.