UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS

EDSON DA SILVA JÚNIOR

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE COMO UM INSTRUMENTO DE
EFETIVAÇÃO DE UMA GARANTIA FUNDAMENTAL

MACEIÓ-AL
2024

EDSON DA SILVA JÚNIOR

**A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE COMO UM INSTRUMENTO DE
EFETIVAÇÃO DE UMA GARANTIA FUNDAMENTAL**

Monografia de conclusão de curso, apresentada à Faculdade de Direito de Alagoas (FDA/UFAL) como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. George Sarmiento Lins Júnior

MACEIÓ-AL
2024

Catálogo na Fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto – CRB-4 – 1767

S586j Silva Júnior, Edson da.
A judicialização do direito à saúde como um instrumento de efetivação de uma
garantia fundamental / Edson da Silva Júnior. – 2024.
64 f.

Orientador: George Sarmento Lins Júnior.
Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade
Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2024.

Bibliografia: f. 59-64.

1. Brasil. Constituição (1988). 2. Sistema Único de Saúde Saúde (Brasil). 3.
Direito à saúde. 4. Judicialização do direito à saúde. 5. Ação judicial. 6. Demanda
judicial. 7. Critério. 8. Precaução (Direito). I. Título.

CDU: 34:61(81)

AGRADECIMENTOS

Gostaria de expressar minha profunda gratidão a todas as pessoas que, durante a graduação, contribuíram para que eu chegasse neste momento. Este é o resultado de um esforço conjunto e do apoio de muitas pessoas que merecem meu reconhecimento.

Em primeiro lugar, aos meus pais, Edson e Zulene, meus maiores exemplos de força e dedicação. O apoio incansável e toda a dedicação que eles proporcionaram, não só ao longo de minha jornada acadêmica, como também durante toda minha vida foram verdadeiramente inestimáveis. Desde o início, eles foram minha constante fonte de incentivo, paciência e amor. Suas palavras encorajadoras, sacrifícios e a presença constante foram os alicerces que sustentaram cada desafio que enfrentei. A eles, dedico não apenas este trabalho, mas também cada conquista que alcancei e alcançarei. Muito obrigado, meus queridos pais, por serem minha inspiração constante e por tornarem possível este capítulo importante da minha vida.

Aos amigos Beatriz e Cláudio, cuja presença foi mais do que crucial durante minha jornada acadêmica. A amizade que compartilhamos não apenas iluminou os corredores da faculdade, como também foi uma bússola que nos guiou ao longo dos cinco anos de nossa graduação. O apoio inabalável, o companheirismo constante e a generosidade de ambos não apenas aliviaram as tensões do estudo, dos estágios e afins, mas também transformaram todos os desafios enfrentados em momentos de aprendizado e superação. Juntos, enfrentamos cada etapa com determinação, celebramos as vitórias e apoiámo-nos nos momentos mais desafiadores. Obrigado por serem não apenas colegas, mas verdadeiros companheiros de jornada, tornando cada passo dado mais significativo e memorável.

Ao amigo Marcos, companheiro de tantos anos, cuja amizade tem sido uma constante bênção em minha vida e é com imensa gratidão que escrevo estas palavras. Do “terceirão para vida” ultrapassou o ‘meme’ e se tornou uma máxima em nossas vidas. Você é um verdadeiro companheiro de todas as horas, compartilhando risadas, apoio incondicional e inúmeras experiências que enriqueceram meu caminho. Além disso, as noites de Call of Duty se tornaram um refúgio, não apenas para animar nossos espíritos, mas também para desestressar dos desafios cotidianos. Que possamos continuar construindo memórias e enfrentando os altos e baixos da vida lado a lado. Agradeço do fundo do coração, Marcos, por ser mais do que um amigo, um verdadeiro irmão.

Aos amigos Anna Carolina, Chrystopher, Hanna, Maria Eduarda, Kalina, Yuri e Vinícius, meu muitíssimo obrigado. A graduação tornou-se bem mais leve com vocês ao meu lado.

Ao meu orientador, o Prof. Dr. George Sarmiento, pela sua orientação, dedicação e paciência ao longo de todo o processo. Sua expertise e comprometimento foram fundamentais para o desenvolvimento deste trabalho.

E, por fim, a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

RESUMO

O presente trabalho de Conclusão de Curso visa explorar e aprofundar o debate e compreensão acerca da relevância da intervenção jurisdicional como um verdadeiro e eficaz instrumento na garantia e efetivação do direito à saúde, notoriamente identificado como um direito fundamental de natureza social. No contexto brasileiro, em meio aos conhecidos obstáculos que obstam a plena aplicabilidade e efetividade do direito à saúde, a atuação do Poder Judiciário emerge como um recurso indispensável na promoção, proteção e concretização desta garantia fundamental. Ao longo desta pesquisa, portanto, serão abordados todos os desafios que interferem na efetivação do direito à saúde e culminam em provocar ineficiências no Sistema Único de Saúde, à medida em que também destaca as principais críticas à recorrente prática da judicialização do direito à saúde. Por fim, serão abordados critérios relevantes que podem e devem ser utilizados no bojo de um processo judicial em que se busca dirimir conflito acerca do direito fundamental à saúde, visando a salvaguarda do direito individual, como também da coletividade.

Palavras-chave: Saúde; direito à saúde; judicialização do direito à saúde; sistema único de saúde; constituição; ações judiciais; demandas judiciais; critérios; precauções; desafios;

ABSTRACT

The research aims to explore and deepen the debate and understanding about the relevance of judicial intervention as a true and effective instrument in ensuring and enforcing the right to health, notably identified as a fundamental social right. In the Brazilian context, amid the well-known obstacles that hinder the full applicability and effectiveness of the right to health, the role of the Judiciary Branch emerges as an indispensable resource in the promotion, protection and realization of this fundamental guarantee. Throughout this research, therefore, all the challenges that interfere with the enforcement of the right to health will be addressed, leading to inefficiencies in the Unified Health System, while also highlighting the main criticisms of the recurring practice of judicialization of the right to health. Finally, relevant criteria that can and should be used in the context of a judicial process seeking to resolve conflicts regarding the fundamental right to health will be discussed, aiming at safeguarding both individual and collective rights.

Key-words: Right to health; health; judicialization of the right to health; unified health system; constitution; judicial actions; legal demands; criteria; precautions; challenges.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. O AVANÇO DA COMPREENSÃO DA SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL DE NATUREZA SOCIAL NO BRASIL	12
2.1. A Saúde antes da Constituição Federal de 1988.....	13
2.2. A Saúde como Direito Fundamental após a Constituição Federal de 1988	16
2.3. A Materialização do Direito à Saúde no SUS e a Lei 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde)	22
3. OS DESAFIOS À EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL.....	25
3.1. A exigibilidade dos direitos sociais: entre a programaticidade e a aplicabilidade imediata dos direitos prestacionais.....	27
3.2. O Subfinanciamento do SUS: entre a escassez de recursos e o princípio da reserva do possível	32
4. A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: UM INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	38
4.1. Contexto histórico e definições	39
4.2. A legitimidade da atuação do Poder Judiciário na defesa do Direito à Saúde	42
4.3. A abrangência da intervenção judicial no âmbito do direito à saúde	45
4.4. Aspectos a considerar na atuação do Poder Judiciário em questões relacionadas ao Direito à Saúde.....	48
4.5. Análise jurisprudencial da atuação do Poder Judiciário brasileiro nos processos acerca do direito à saúde.....	51
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	57
REFERÊNCIAS	59

1. INTRODUÇÃO

Ao longo da história da humanidade, o conceito de saúde passou por diversas transformações, uma vez que a forma como o indivíduo relaciona-se com o seu bem-estar e maneja as enfermidades reflete a conjuntura social, econômica, política e cultural de uma determinada sociedade, variando, dessa forma, conforme a época e o local analisados. Sob este viés, tendo o século XXI como marco, é cediço que a saúde se tornou um dos pilares fundamentais dos direitos sociais, conforme consagrado no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹.

No tocante a sua definição, o ponto crucial de transformação ocorreu em 1946, quando a Organização Mundial da Saúde, no preâmbulo de sua Constituição, estabeleceu de maneira definitiva que a Saúde não deve ser simplesmente entendida como a ausência de doenças, mas sim como um “estado de completo bem-estar físico e mental”². Isto destaca, portanto, que a Saúde está intrinsecamente associada à garantia de uma boa qualidade de vida aos indivíduos.

Nesse ínterim, em terras brasileiras, a relação entre direito e saúde ganhou novos contornos, até então não vislumbrados, mas que foram responsáveis por aumentar paulatinamente os debates jurídicos e políticos acerca desta temática de importância ímpar à sociedade. Depois de muitas Constituições, a Saúde ganhou lugar de destaque no ordenamento jurídico brasileiro, sendo elevada ao patamar de Direito Fundamental de Natureza Social, em que passou a ser considerada um “direito de todos e dever do Estado”, consoante o que apregoa o art. 196, *caput*³, e art. 6, *caput*⁴, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁵.

É, sob essa perspectiva, que a presente pesquisa irá explorar a saúde como um direito fundamental que deve ser concretizada e assegurada a todos os cidadãos brasileiros de maneira

¹ ONU, Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dez. de 2024. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>> Acesso em: 15 de jan. 2024.

² OMS, Organização Mundial da Saúde. Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS, WHO), de 22 de julho de 1946. Disponível em:

<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5733496/mod_resource/content/0/Constitui%C3%A7%C3%A3o%20da%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20da%20Sa%C3%BAde%20%28WHO%29%20-%201946%20-%20OMS.pdf> Acesso em: 18 de nov. 2023.

³ Vejamos: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

⁴ Leia-se “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)”.

⁵ BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 27 de nov. 2023.

direta pelo Estado, mediante a realização de políticas sociais e econômicas que favoreçam o acesso à saúde de maneira universal, integral e igualitária, nos moldes estabelecidos na Magna Carta. Contudo, tem como objetivo central ressaltar a importância do Poder Judiciário como uma via indireta para a promoção, proteção e efetivação de uma garantia fundamental indispensável à vida e à dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, visando elucidar a relevância adquirida pela Saúde no cenário brasileiro, o trabalho em comento irá destacar, em sua primeira fase, o avanço da compreensão da saúde como um direito fundamental. Dessa forma, serão abordadas as várias interpretações e mudanças ocorridas ao longo da longa trajetória constitucional brasileira, culminando na Lei Maior vigente, na qual se afirma ser a saúde um direito fundamental de natureza social, além de possuir uma ampla estrutura voltada à sua concretização, qual seja a sua materialização no Sistema Único de Saúde.

A título de informação, é mister pontuar que o SUS foi de extrema relevância para a consolidação do Direito à Saúde no Brasil, tendo em vista as políticas públicas aplicadas, sendo, para tanto, considerado um dos “maiores sistemas de saúde pública do mundo e, em toda a sua história, conquistou grandes avanços para a saúde dos brasileiros”⁶.

No entanto, após dissertar acerca dessa temática, a presente pesquisa destaca as barreiras que obstam a devida efetivação do Direito à Saúde, demonstrando, assim, que a mera existência de previsão constitucional deste direito não é o suficiente. Entre os obstáculos enfrentados distinguem-se a programaticidade das normas definidoras dos direitos sociais, razão pela qual elas não seriam aplicadas de imediato. Outrossim, salienta-se ainda a escassez de recursos e o subfinanciamento do SUS, fatores que propiciam deficiências nos protocolos terapêuticos do sistema.

Em meio a essa realidade, a prática de submeter um direito, em especial o direito à saúde, para a apreciação judicial torna-se necessária e um instrumento valiosíssimo na busca pela efetivação de uma garantia fundamental. Assim, o trabalho em questão objetiva destacar o importante papel desempenhado pelo Poder Judiciário na concretização deste direito, denominado de Judicialização do Direito à Saúde, enfatizando a abrangência da intervenção e os possíveis critérios que podem ser utilizados durante a atuação jurisdicional.

⁶ CÉSAR, Míria. **SUS é referência mundial em atendimento público à saúde**. Secretaria do Estado de Saúde de Minas Gerais, 2015. Disponível em: <<https://www.saude.mg.gov.br/component/gmg/story/7181-sus-e-referencia-mundial-em-atendimento-publico-a-saude>> Acesso em: 10 de ago. 2023.

Por fim, insta salientar que o presente estudo é baseado em uma pesquisa no método exploratório dedutivo, corroborado pela revisão da literatura jurídica e complementada por uma análise exauriente e detalhada de documentos e fontes normativas. Portanto, torna-se claro que o objetivo-fim da presente monografia é evidenciar a importância do Direito à Saúde, considerando-o como elemento essencial à vida e à dignidade da pessoa humana, à medida que destaca a legítima intervenção judicial, quando devidamente acionado e em casos de omissão ou atuação estatal injustificadas, à atuar na concretização de uma garantia fundamental.

2. O AVANÇO DA COMPREENSÃO DA SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL DE NATUREZA SOCIAL NO BRASIL

A despeito da relevância em assegurar e proteger os direitos fundamentais de natureza social (classificados como direitos de segunda dimensão), devido à sua função na busca pela igualdade entre os indivíduos, tais direitos não foram imediatamente incorporados nas declarações e constituições, expandindo-se gradualmente ao longo do tempo. Por tal motivo, as Constituições do México (1917), da Alemanha (1919) e da Espanha (1931) são notórias à medida que foram as primeiras a positivizar esta categoria de direitos.

Contudo, foi somente após o término da Segunda Guerra Mundial, em decorrência das barbáries e atrocidades ocorridas durante esse sombrio período da história humana, que os direitos fundamentais, especialmente aqueles de natureza social, passaram a ser amplamente incorporados nas Constituições e Tratados internacionais, conforme destacado por Christian Courtis (2010, p. 487), *apud* por Carlos Luiz Strapazzon e Francielly Glovacky⁷.

No tocante à realidade brasileira, o ilustre jurista Paulo Vargas Groff⁸ destaca que sempre houve espaço, nas constituições brasileiras, para que os direitos e garantias fundamentais pudessem se desenvolver, refletindo as transformações sociais e as demandas da sociedade. Nesse trilhar, é fundamental ressaltar a importância da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ao inserir o Direito à Saúde no rol de direitos e garantias fundamentais. A relevância da Carta Magna brasileira é tamanha que servirá como um marco responsável por dividir o presente capítulo, nos quais será analisado o avanço da compreensão da Saúde no Brasil.

Sob este cenário, tornar-se-á evidente que a evolução e compressão do direito à saúde, no Brasil, foi um processo árduo e desafiador. Este processo teve início de maneira vagarosa, sendo inserido paulatinamente ao longo das Cartas brasileiras, tendo em vista que a saúde partiu de uma completa ausência de previsão constitucional para um espaço de proteção e identificação como um direito fundamental de natureza social. Ademais, conforme restará demonstrado, desenvolveu a capacidade de ser exigível tanto na seara administrativa quanto na

⁷ COURTIS, Christian *apud* STRAPAZZON, Carlos Luiz; GLOVACKY, Francielly de Quadros. **A exigibilidade dos direitos sociais: uma primeira análise da teoria de Christian Courtis**. PublicaDireito, 2012. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=1fed4d0ad75c6f5c>> Acesso em: 21 de out. 2023.

⁸ GROFF, Paulo Vargas. **Direitos Fundamentais nas Constituições brasileiras**. Revista Legislativa Brasileira, volume 45, n.º 178, p. 105-129, 1 de abril de 2008. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176526>> Acesso em: 17 de nov. 2023.

esfera judicial e, de maneira análoga, pode ser considerado, ressalvada as proporções, como uma como uma “jornada do herói”.

Portanto, ao longo deste capítulo, iremos dissertar acerca das constituintes brasileiras, pontuando suas contribuições no avanço do Direito à Saúde no país, alcançando seu ápice na Constituição Federal de 1988 e desaguando em sua materialização no Sistema Único de Saúde, o qual foi regulamentado infraconstitucionalmente pela Lei Orgânica da Saúde (Lei Federal de n.º 8.080/90).

2.1. A Saúde antes da Constituição Federal de 1988

A jornada constitucional brasileira iniciou-se dois anos após a independência do Brasil, mediante a outorga imperial da Constituição Política do Império. Esta constituinte, apesar de ter sido fortemente influenciada por ideais liberais, assim como pelo constitucionalismo europeu, teve a manutenção do Estado Absolutista Monárquico como símbolo principal, identificada, na época, como a única maneira de manter a unidade nacional⁹. Dessa forma, não houve, em seu âmago, uma preocupação em resguardar direitos e garantias no tocante à Saúde, posto que o Estado, conforme assevera Santi e Argerich¹⁰, não estava voltado para esta esfera.

Sob este cenário, no contexto imperial brasileiro, é indiscutível que o desenvolvimento do Direito à Saúde restou prejudicada, tendo em vista o árduo desafio e o contexto pouco propício. A Constituição de 1824, nesse viés, não tratou diretamente acerca da matéria de saúde pública e sanitária, contudo, consoante enfatiza a doutrina, assegurou a salvaguarda aos socorros públicos, nos moldes do art. 179, XXXI¹¹. Tal nomeação refere-se às conhecidas prestações de saúde que aconteciam exclusivamente nas Casas de Misericórdia associadas às instituições de caridade¹².

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

(...)

⁹ GROFF, Paulo Vargas, *op., cit.*, p. 106.

¹⁰ SANTI, Eduardo José, ARGERICH, Eloisa Nair de Andrade. **As Constituições Brasileiras e o Direito à Saúde como um Direito Social: Análise de Casos Concretos e Jurisprudência em Face do Direito à Saúde pela Defensoria Pública**. Salão do Conhecimento, UNIJUÍ, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaconhecimento/article/view/5350>> Acesso em: 17 de nov. 2023.

¹¹ BRASIL, Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em: 14 de nov. 2023.

¹² SANTI, Eduardo José; ARGERICH, Eloisa Nair de Andrade, *loc. cit.*

XXXI. A Constituição também garante os socorros públicos

Noutro norte, a Constituição brasileira de 1891 é amplamente marcante para a história nacional e para o constitucionalismo brasileiro, tendo em vista a introdução do modelo republicano de governo. Todavia, não obstante as inovações implantadas, a Saúde continuou ausente na Magna Carta republicana, sem nenhuma menção expressa em seus dispositivos, havendo tão somente uma leve e indireta inclinação à proteção sanitária, ao estabelecer a inviolabilidade dos direitos concernentes à “segurança individual”, conforme se extrai da dicção constitucional do art. 72, *caput*¹³.

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)

Sob este ponto de vista, a despeito das inovações no modelo de governo inseridas no ordenamento jurídico brasileiro, torna-se evidente que, até então, a Saúde da população não era uma preocupação formal do Estado brasileiro¹⁴, haja vista a ausência expressa de qualquer determinação neste sentido. A mudança de direção, no entanto, manifestou-se por meio da Constituição de 1934, profundamente influenciada pela Constituição Alemã de Weimar (1919), em virtude da forte conotação social e econômica – responsável pela introdução de matérias referentes à ordem econômica e social¹⁵.

No tocante ao Direito à Saúde, a Magna Carta de 1934 inovou à medida que inseriu pela primeira vez na dicção constitucional a proteção à assistência médica e sanitária aos trabalhadores e às gestantes (art. 121, §1º, alínea “h”), assim como atribuiu competência concorrente à União e aos Estados para legislar em matéria referente à saúde e a assistência pública (art. 10, II)¹⁶, concedendo, dessa forma, uma relevância há muito esperada à saúde e à assistência pública, senão vejamos:

*Art 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados:
II - cuidar da saúde e assistência públicas;*

¹³ BRASIL, Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> Acesso em: 17 de nov. 2023.

¹⁴ SANTI, Eduardo José; ARGERICH, Eloisa Nair de Andrade, *loc. cit.*

¹⁵ GROFF, Paulo Vargas, *op. cit.*, 114.

¹⁶ BRASIL, Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> Acesso em: 14 de nov. 2023.

[...]

Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a este descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, não obstante as inovações introduzidas pela Lei Maior de 1934, representou um retrocesso social, visto as rupturas ideológicas e sociais veiculadas na nova Carta, a qual, nas palavras do nobre jurista José Afonso da Silva (2000, p. 169), *apud* Groff¹⁷, foi “ditatória na forma, no conteúdo e na aplicação, com integral desrespeito aos direitos do homem, especialmente os concernentes às relações políticas”, isto é, simbolizando uma perda significativa à nação brasileira, ante à introdução do regime ditatorial do Estado Novo.

Nessa toada, no que tange ao Direito à Saúde, a Norma Fundamental do Estado Novo restringiu a competência legislativa em matéria de Saúde Pública, tornando-a exclusiva da União (art. 16, XXVII), sinalizando, assim, uma maior concentração do Poder nas mãos do chefe de Estado – prática comum em ditaduras. Contudo, deixou claro a importância de assegurar a proteção e a defesa da Saúde, em especial da saúde da criança. Ademais, não se pode olvidar que manteve a obrigação da lei trabalhista garantir a proteção à assistência médica e sanitária dos trabalhadores e gestantes (art. 137, alínea “1º”)¹⁸. Confira-se, *in verbis*:

Art 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias:

XXVII - normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança.

Art. 137 - A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos:

l) assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto

¹⁷ SILVA, José Afonso da, *apud* GROFF, Paulo Vargas, *op. cit.*, p. 116.

¹⁸ BRASIL, Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.

Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> Acesso em 17 de nov. 2023.

À semelhança da Constituição anterior, as Cartas Magnas de 1946¹⁹ e 1967²⁰ não trouxeram grandes inovações ao ordenamento jurídico brasileiro no que concerne ao Direito à Saúde, uma vez que ambas mantiveram a competência exclusiva da União para legislar em matéria de proteção à saúde e assistência médica (art. 5, XV, b, CF/46 e art. 8, XIV, da CF/67). Outrossim, a Magna Carta de 1967 assegurou aos trabalhadores e suas famílias proteção e assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva (art. 158, XV). Isto é, o acesso à saúde era restrito aos trabalhadores que eram vinculados à previdência social e seus familiares. Senão, vejamos:

Art 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social:

XV - assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva;

Torna-se evidente, assim, que, ao longo de seis constituições e em pouco mais de 143 (cento e quarenta e três) anos, o avanço da compreensão da Saúde no ordenamento jurídico brasileiro é palpável e bastante considerável, haja vista que parte de sua completa ausência constitucional para, gradativamente, sua introdução nas dicções constitucionais e no ordenamento jurídico, assegurando a proteção e assistência médica dos trabalhadores brasileiros. Ademais, cumpre ressaltar que tal percurso foi essencial para desaguar na Constituição Federal de 1988, esta que é, em nosso contexto, o apogeu da Saúde como um direito fundamental de natureza social, capaz de ser exigível administrativamente e judicialmente.

2.2. A Saúde como Direito Fundamental após a Constituição Federal de 1988

Após um longo período ditatorial em que os direitos fundamentais não tiveram espaço para se desenvolver, emergiu a crescente e iminente necessidade de proporcionar a transição política e, conseqüentemente, a redemocratização do Estado brasileiro. Este processo foi progressivamente impulsionado por uma forte e ampla participação popular durante os anos da Assembleia Nacional Constituinte, mediante o envio de cartas com sugestões, que possuíam o

¹⁹ BRASIL, Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em 17 de nov. 2023.

²⁰ BRASIL, Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil, de 15 de março de 1967. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em: 17 de nov. 2023.

objetivo de auxiliar os constituintes a definirem os objetivos principais da nova Constituição brasileira (Senado Federal, 2013)²¹.

Sob este novo contexto de ampla participação popular, em 05 de outubro de 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, a qual, em comparação às constituições anteriores, representou um marco significativo ao avanço democrático nacional²², assim como foi responsável por dar, enfim, a devida importância ao Direito à Saúde.

Nesse diapasão, ao estabelecer as bases para a implementação de um Estado Democrático de Direito ciente e responsável por seus cidadãos, a Magna Carta de 1988 – historicamente conhecida como a Constituição Cidadã – foi responsável por inserir um robusto rol de direitos e garantias fundamentais aos seus cidadãos, ambiente propício para que o Direito à Saúde pudesse se desenvolver. Isto se deve, em grande parte, ao tratamento privilegiado que a Saúde obteve no novo texto constitucional.

Dessa forma, neste novo cenário de promoção, proteção e garantia dos direitos fundamentais, a atenção e o cuidado dedicados ao Direito à Saúde no ordenamento jurídico brasileiro foi responsável não somente por ampliar o seu catálogo de uma maneira inédita em comparação às constituições predecessoras²³, como também por consolidar a Saúde como um direito fundamental de natureza social, para o qual criou-se uma estrutura capaz de proporcionar um acesso gratuito e integral para todos os cidadãos – ao menos é o que encontra-se positivado no texto constitucional.

Sob este viés, os pesquisadores Irineu Francisco Barreto Junior e Miriam Pavani²⁴ sustentam a importância da constitucionalização do direito à saúde mediante à promulgação da Magna Carta vigente, destacando suas consequências para o ordenamento jurídico brasileiro, senão vejamos

²¹ BRASIL, Senado Federal (2013). A Participação Popular nos 25 anos da Constituição Cidadã. Brasília, 2013. Disponível em: <<https://www.senado.leg.br/noticias/especiais/constituicao25anos/exposicao-senado-galeria/participacao-popular.htm>> Acesso em: 20 de nov. 2023.

²² CARVALHO, Mariana Siqueira. **A Saúde como Direito Social Fundamental na Constituição Federal de 1988**. Revista de Direito Sanitário, vol. 4, n. 2, julho de 2003. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjHmome4dKCAxW5rJUCHWu8A4kQFnoECA0QAw&url=https%3A%2F%2Fwww.revistas.usp.br%2Frdisan%2Farticle%2Fdownload%2F81181%2F84812%2F112531&usg=AOvVaw06mmzceatdjNUd3h_IbQA&opi=89978449> Acesso em 05 de nov. 2023.

²³ *Ibidem*

²⁴ BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco, PAVANI, Miriam. **O Direito à Saúde na Ordem Constitucional brasileira**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, v. 14, n. 2, p. 71-100, jul/dez. 2013. Disponível em: <<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/263/182>> Acesso em: 18 de nov. 2023.

“A constitucionalização do direito à saúde acarretou um aumento formal e material de sua força normativa com inúmeras consequências práticas, sobretudo quanto à sua efetividade, considerada como a materialização da norma no mundo dos fatos, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social”

Torna-se evidente, portanto, conforme asseveram Barreto Júnior e Pavani, que a Constituição de 1988 atuou efetivamente no aumento gradual de fontes formais e materiais que edificam a importância do direito à saúde no Brasil. Isto porque, além de promover e idealizar uma estrutura capaz de proporcionar o acesso a este direito, assegura a construção de um sistema de freios e contrapesos, assim como recursos hábeis a propiciar a fiscalização e a exigibilidade deste direito.

Além disso, é possível vislumbrar que a Lei Maior brasileira possibilita a análise do Direito à Saúde por três ângulos/perspectivas ou, até mesmo, um trinômio que se complementam. Tais perspectivas andam lado a lado em prol da sustentação deste direito no ordenamento jurídico brasileiro e são, a saber: i) a Saúde como um direito fundamental de todos (art. 196, *caput*, da CRFB/88), ii) um direito de natureza social (art. 6, *caput*, CRFB/88) e iii) sendo parte integrante da seguridade social e por ela financiada (art. 194, *caput*, da CRFB/88²⁵).

Nessa conjuntura, é importante salientar que o Direito à Saúde possui uma estreita relação, quase que de dependência, com o Direito à Vida (art. 5, *caput*, da CRFB/88²⁶) e com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1, III, da CRFB/88) – o qual é um dos princípios fundamentais da nação brasileira. A Saúde, por sua vez, é um elemento crucial na garantia destes, posto que, é inconcebível assegurar a dignidade e a estabilidade necessária à vida humana sem proporcionar condições e níveis de saúde aceitáveis.

Dessa forma, sendo a vida e a dignidade humana direitos e princípios fundamentais, imperioso e justo elevar o Direito à Saúde ao mesmo patamar, o qual, conforme restou apregoadado na redação do art. 196, *caput*, da CRFB/88, é um “direito de todos e dever do Estado”²⁷, senão, vejamos, *in verbis*:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e

²⁵ Leia-se: “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

²⁶ Vejamos: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”

²⁷ BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 27 de nov. 2023.

ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Outrossim, ainda no tocante ao Direito à Saúde e sua elevação ao patamar de direito fundamental, Sarlet e Figueiredo, *apud* Vieira²⁸, asseveram que a Saúde recebeu posição nobre na Constituição de 1988 em virtude de sua forte relação com à Vida, senão vejamos:

[...] assume como um direito fundamental, porque o inscreveu na CF/1988, no título sobre direitos e garantias fundamentais. Está diretamente associado ao direito à vida (art. 5º, capítulo I: dos direitos e deveres individuais e coletivos), e é um direito social (art. 6º, capítulo II: dos direitos sociais), implicando o direito a prestações – direito positivo; e o direito de defesa contra algo ou alguém que provoque prejuízos à saúde – direito negativo (Sarlet e Figueiredo, 2010).

Neste norte, é louvável a perspicácia do constituinte originário, haja vista que, ao estabelecer a Saúde como um Direito Fundamental de todos, promove a universalização do deste direito, o qual – nas constituições anteriores – era limitado tão somente aos brasileiros que contribuía com a previdência social, isto é, apenas aqueles que trabalhassem com carteira assinada e seus familiares, fomentando, assim, a exclusão social. Tal situação, contudo, foi rechaçada na nova realidade constitucional, uma vez que a “cidadania passou a ser o requisito exclusivo para garantir o acesso à saúde e todos aqueles que se encontravam fora do abrigo do direito à saúde passaram a fazer jus a ele”²⁹.

Além disso, vislumbra-se, apesar de ser um direito fundamental de todos, que o constituinte fez questão de deixar claro ser dever do Estado garantir e promover o acesso à Saúde, mediante a realização de políticas sociais e econômicas. Daqui, retira-se, enfim, a natureza social e prestacional do Direito à Saúde, consubstanciado na redação do art. 6, *caput*, da CRFB/88, natureza esta que, nas nobres palavras de José Afonso da Silva³⁰, caracteriza-se em ser

prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. (Silva, 2005, p. 286-287)

²⁸ SARLET e FIGUEIREDO *apud* VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à Saúde no Brasil: Seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça**. Repositório do Conhecimento do Ipea, p. 10-13, Brasília, março de 2020. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9714/1/TD_2547.pdf> Acesso em 07 de nov. 2023.

²⁹ BARRETO JUNIOR e PAVANI, *op. cit.*, p. 85.

³⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª edição, São Paulo, Malheiros Editora, 2005. Disponível em: <<https://estudeidireito.files.wordpress.com/2016/03/josc3a9-afonso-da-silva-curso-de-direito-constitucional-positivo-2005.pdf>> Acesso em: 10 de out. 2023.

Ao contrário dos direitos fundamentais de primeira dimensão que, conforme parte da doutrina enfatiza, exigem somente uma conduta negativa do Estado, isto é, uma abstenção/renúncia, os direitos sociais, por sua vez, demandam a realização de uma conduta positiva. Assim, a fim de garantir a concretização desta classe de direitos, o Estado deve agir ativamente, mediante a realização de uma ação/prestação, à medida que busca diminuir as desigualdades sociais existentes. No tocante à saúde, a referida busca refere-se a garantir o acesso universal a este bem que é “extraordinariamente relevante à vida”³¹.

Ademais, cumpre pontuar que, consoante defendido por Silva Filho, *apud* Rodrigues³², a construção dos direitos sociais avança na direção de serem intrínsecos à essência da pessoa humana, manifestando-se como uma categoria que merece ser reverenciada em benefício da dignificação e valoração da pessoa. Não obstante, o caráter social prestacional do Direito à Saúde, assim como o fato de ser veiculado por meio de normas programáticas, suscita debates acerca da sua aplicabilidade, como também de sua plena eficácia – parte esta que será melhor debatida nos próximos capítulos.

Apesar destes debates, é cediço que, por meio da nova roupagem de direito fundamental obtida, a garantia e a concretização do Direito à Saúde tornaram-se dever do Estado, o qual não pode ser afastado, sob pena de ofensa à Constituição. Nessa esteira, de acordo com o que afirma Dallari³³, ao dispor acerca do Direito à Saúde, a Lei Maior de 1988 não isentou qualquer esfera de Poder Político da obrigação de proteger, defender e cuidar da Saúde, segundo se depreende da leitura dos art. 23, II; art. 24, XII; e art. 30, II, da CRFB/88.

Aprofundando este ponto de vista, Mariana Siqueira Carvalho reitera que a vinculação em questão é

ampla, abrangendo legisladores, governo/administração e tribunais, bem como as demais entidades públicas. Essa visão atrela-se à ideia de que os direitos fundamentais são elementos limitadores do poder público, racionalizando a sua atuação e organização, para, dessa forma, proteger e garantir as liberdades e direitos dos indivíduos. (Carvalho, 2003)³⁴

³¹ *ibidem*

³² SILVA FILHO *apud* RODRIGUES, Solange Rebeca. **Judicialização: um possível caminho à efetivação do direito à saúde no Brasil**. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. v. 2 (2012). Disponível em: <https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/47> Acesso em: 10 de nov. 2023.

³³ DALLARI, Sueli Gandolfi. **A construção do direito à saúde no Brasil**. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 9, n. 3. p. 9-34. Nov. 2008. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13128>> Acesso em: 14 de nov. 2023.

³⁴ CARVALHO, *op. cit.*, p. 18.

A Magna Carta de 1988 estabelece, nos termos do art. 194, *caput*, que a Saúde é parte integrante da seguridade social, sendo por ela financiada. Nesse viés, a Seguridade Social compreende, nos termos constitucionais, “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. Assim, a vinculação à seguridade social viabiliza a proteção social, universalizando os direitos sociais e concebendo, em especial a Saúde, como questões públicas relevantes de responsabilidade do Estado³⁵.

Além disso, é crucial enfatizar ainda que, consoante a redação constitucional, observa-se uma ampliação dos agentes responsáveis pelas prestações de assistência à saúde. Nesse cenário, ao analisarmos o art. 199 da Magna Carta brasileira, depreende-se que a assistência à saúde é livre também à iniciativa privada, permitindo-lhes atuar de forma complementar ao Sistema Único de Saúde, desde que estas estejam em conformidade com as diretrizes estabelecidas ao SUS e, por fim, estabeleçam contratos de direito público ou convênios, senão vejamos

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

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

Por conseguinte, torna-se evidente que, por meio da Constituição Cidadã, a Saúde recebeu um tratamento totalmente diferenciado em comparação às constituições anteriores, constitucionalizando-se e atingindo o seu ápice, sendo dever do Estado concretizá-la, assim como a iniciativa privada pode auxiliar em sua efetivação. Além disso, recebeu a roupagem de um direito fundamental de natureza social, integrante da seguridade social, sendo financiado por ela, pela sociedade e pelos orçamentos da União, do Distrito Federal, dos Estados e Municípios, além de possuir cunho de relevância pública (art. 197, *caput*, CRFB/88³⁶), tendo sido materializado por meio de uma rede regionalizada e hierarquizada, a qual denominou-se de Sistema Único de Saúde (SUS).

³⁵ BARRETO JUNIOR e PAVANI, *op. cit.*, p. 78.

³⁶ Vejamos: “Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

2.3. A Materialização do Direito à Saúde no SUS e a Lei 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde)

No vasto cenário de ações afirmativas e políticas públicas voltadas à promoção dos direitos sociais, o Sistema Único de Saúde (SUS), criado e idealizado pela Magna Carta de 1988, representa incontestavelmente uma conquista primordial à materialização do Direito à Saúde, haja vista que tal sistema atua como pilar fundamental na garantia ao acesso universal, igualitário, obrigatório e gratuito deste direito.

Nesse diapasão, o SUS, conforme se extrai dos dispositivos constitucionais, é constituído pelas ações e serviços de saúde organizados em uma rede descentralizada e hierarquizada, possuindo como diretrizes básicas o atendimento integral e a participação da comunidade (art. 198, *caput*)³⁷, senão vejamos

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (Vide ADPF 672)

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

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

III - participação da comunidade.

Sob esta conjuntura, apesar da ampla relevância garantida pela Constituição ao SUS na salvaguarda do Direito à Saúde, é fundamental destacar, também, a importância da Lei Federal de n.º 8.080/90³⁸, denominada como Lei Orgânica da Saúde – sendo este o diploma normativo responsável por regulamentar e gerir a atuação do SUS e a realização das ações e serviços de saúde pública de maneira infraconstitucional. A supramencionada lei federal discorre “acerca das condições para a promoção, proteção e recuperação da Saúde, assim como organizou o funcionamento das ações e serviços de saúde pública em todo o território nacional” (art. 1º da Lei 8.080/90)³⁹.

Não obstante a força constitucional, a Lei n.º 8.080/90 reforçou o entendimento de que a Saúde deve ser qualificada e protegida como um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício, conforme se extrai da

³⁷ BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 27 de nov. 2023.

³⁸ BRASIL, Lei n.º 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. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: < <https://tecnoblog.net/responde/como-citar-leis-nas-normas-abnt/>> Acesso em: 01 de dez. 2023.

³⁹ *Ibidem*.

leitura do art. 2 da Lei 8.080/90. Outrossim, não se pode olvidar que o supramencionado diploma normativo ressaltou ainda a existência de uma relação entre a Saúde e a Sociedade, posto que, nos termos do art. 3 desta lei, os níveis de saúde passam a refletir a organização social e econômica do país.

Ademais, cumpre destacar que o Art. 5 da Lei Orgânica da Saúde ressalta os principais objetivos do SUS, quais sejam:

Art. 5º São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS:

I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;

II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;

III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

Nesse contexto, é inegável que o SUS tem como metas fundamentais a promoção, proteção e a recuperação da saúde, assim como a elaboração de políticas públicas voltadas ao seu fomento, possuindo uma área de atuação ampla que vai desde uma mera vigilância sanitária e epidemiológica até a promoção do desenvolvimento científico e tecnológico no âmbito da saúde, consoante se depreende da leitura do robusto artigo 6º da Lei de n.º 8.080/90.

Assim, com o fito de alcançar o estrito cumprimento dos objetivos do SUS e garantir a sua ampla área de atuação, faz-se necessário ater-se ao estrito cumprimento das diretrizes básicas para o seu pleno funcionamento e organização do sistema, quais sejam, a descentralização do sistema e a integralidade da assistência e a participação da comunidade. Nessa esteira, a Lei Orgânica da Saúde dispõe acerca destas diretrizes de maneira minuciosa, expandindo-as no art. 7 do referido diploma normativo.⁴⁰

No que diz respeito à primeira diretriz do SUS, a descentralização mostra-se de vital importância, posto que permite uma gestão de saúde pública e políticas sanitárias mais próximas das realidades locais. Esta diretriz fomenta uma melhor adequação das políticas públicas às necessidades locais de cada região, o que, nas palavras de Rodrigues (2012)⁴¹, contribui para a efetivação do Direito à Saúde em todos os níveis de governo. Assim, a descentralização do SUS

⁴⁰ A despeito de a Constituição de 1988 estabelecer as diretrizes e os princípios de funcionamento do SUS, a Lei Orgânica da Saúde as explora de maneira exauriente, à medida que também as expande, como por exemplo, a adição da preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral, direito à informação e à divulgação de informações, etc.

⁴¹ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 199.

deve ser motivada, com o fito de chegar até as gestões municipais, isto é, próximo aos cidadãos, respeitando sempre a hierarquia do sistema, senão vejamos o que impõe o parágrafo primeiro do art. 17 da Lei de n.º 8.080/90

Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete:

I - promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde;

Apesar da descentralização ser uma importante diretriz e princípio do SUS, é fundamental pontuar que o dever de promover e concretizar o direito à saúde é de responsabilidade solidária de todos os entes federativos. Tal entendimento é proveniente de decisão proferida em sede de julgamento do Recurso Extraordinário n.º 855.178/SE⁴², o qual teve repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, fomentando a edição do Tema 793 da Suprema Corte.

Por sua vez, no tocante à assistência integral dos serviços de saúde pública – ponto considerado central no que diz respeito à possibilidade da atuação judicial na concretização deste direito –, é cediço que esta envolve todas as ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde dos indivíduos, sejam elas ações curativas ou preventivas, individuais ou coletivas. Outrossim, cumpre destacar que o art. 7, inciso II, da Lei de n.º 8.080/90, completa ao afirmar que tais ações são exigidas para cada caso em todos os níveis de complexidade.

Nesse ponto, os doutrinadores Sueli Dallari e Vidal Serrano, *apud* Emanuelle Konzen Castro⁴³, asseveram que a integralidade dos serviços de saúde pública sinaliza privilegiar a vida em detrimento de interesses orçamentários do Estado, o qual deve ser considerado interesse público secundário.

Não se pode olvidar, porém, que a integralidade em comento também está associada à assistência terapêutica, esta que compele o SUS e o Poder Público de estarem capazes de

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE: 657.718/SE. Recurso extraordinário. Constitucional e administrativo. Direito à saúde. Tratamento médico. Responsabilidade solidária dos entes federados. Reafirmação de jurisprudência. Recurso extraordinário desprovido. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente. Relator: Min. Luiz Fux. Data de Julgamento: 19 de dez. de 2014. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=5452582>> Acesso em: 11 de jan. 2024.

⁴³ DALLARI e SERRANO *apud* CASTRO, Emmanuelle Konzen. **Judicialização da Saúde: em busca da efetivação do mínimo existencial**. 2016. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, Minas Gerais, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-ASJHBU>> Acesso em 02 de jan. 2024.

atender às demandas por procedimentos terapêuticos e a dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a Saúde, sendo necessários que tais prescrições estejam em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas nos protocolos clínicos (art. 19-M, I e II, da Lei 8.080/90).

Por fim, em relação à participação da comunidade na realização do direito à saúde e no funcionamento do SUS, conforme se extrai da dicção legal expressa na lei de n.º 8.142/90⁴⁴, é inegável que esta mostra-se de importância ímpar, sendo, dessa forma, a Saúde responsabilidade coletiva. Nessa mesma esteira, a Constituição Federal incentiva a participação popular e o envolvimento ativo dos cidadãos na formulação, gestão e execução das ações e serviços públicos, a fim de contribuir para a construção de um sistema mais democrático, transparente e sensível às necessidades da população.

Portanto, levando-se em consideração todas as informações abordadas, torna-se inegável concluir que o Sistema Único de Saúde (SUS) não se configura apenas como um simples sistema de saúde, mas também como a expressão concreta do compromisso do Estado brasileiro com a promoção e garantia do Direito Fundamental à Saúde, tendo em vista que, ao articular a descentralização e hierarquização do sistema, o atendimento integral e a participação da comunidade, o SUS se estabelece como um instrumento valioso no acesso gratuito e igualitário à Saúde.

Contudo, não obstante a importância inegável do SUS como um marco bastante significativo na promoção do Direito à Saúde no Brasil, é imperioso reconhecer que ainda há desafios que precisam ser superados e que acabam por prejudicar a efetividade deste direito, assim como a manutenção do próprio SUS, razão pela qual a Judicialização do Direito à Saúde torna-se um remédio aceitável e buscado pelos cidadãos que necessitam dos serviços de saúde pública e/ou de medicamentos e procedimento terapêuticos.

3. OS DESAFIOS À EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Com a promulgação da nova literatura constitucional e a conseqüente elevação da saúde ao patamar de direito fundamental, resta patente que os meios para promover e assegurar a sua efetividade deste direito passaram a desempenhar um papel de extrema relevância no

⁴⁴ BRASIL, Lei n.º 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm> Acesso em: 25 de jan. 2024.

ordenamento jurídico brasileiro. A saúde, dessa maneira, tornou-se um direito de todos, incumbindo-se ao Estado a responsabilidade-dever de concretizá-la nos termos consagrados na Constituição Federal de 1988⁴⁵.

Não se pode olvidar, contudo, que a existência da previsão constitucional e infraconstitucional do Direito à Saúde destoava de sua implementação por parte do Estado, isto é, sua efetivação no ordenamento jurídico brasileiro. Isto ocorre devido à incidência de obstáculos que tendem a obstar a plena concretização deste direito, particularmente no que tange à integralidade da assistência e dos serviços. Neste ponto, L'Abbate, *apud* Brito-Silva, Bezerra e Tanaka⁴⁶, assevera que, apesar da promulgação da Magna Carta ter representado uma conquista para os brasileiros, ela não “assegura a efetividade dos direitos e deveres constituídos”.

Sob esta perspectiva, destaca-se a suposta natureza programática que a categoria dos direitos sociais prestacionais possuíram, motivo pelo qual eles supostamente não podem usufruir do instituto da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e sua exigibilidade restaria prejudicada. Além disso, é válido ressaltar ainda, no que diz respeito aos obstáculos enfrentados e que obstam à plena efetividade do direito à saúde, a escassez de recursos e o subfinanciamento do Sistema Único de Saúde, o qual acaba por fomentar ineficiências nos protocolos clínicos dos serviços e medicamentos ofertados pelo sistema.

Neste capítulo, portanto, tais obstáculos serão analisados de maneira exauriente, uma vez que as deficiências provocadas por eles ao sistema de saúde pública é fator determinante para que os cidadãos recorram ao auxílio do Poder Judiciário como meio de assegurar o acesso a este direito constitucionalmente consagrado – situação esta que será aprofundada no próximo capítulo.

⁴⁵ A CRFB/88 é precisa ao elevar a saúde para a categoria de direito fundamental, universalizando este direito que antes era restrito tão somente à classe trabalhadora brasileira, à medida, é claro, que responsabiliza o Estado pela sua efetivação. Tal consagração, portanto, reflete o compromisso com a dignidade humana e reforça a necessidade de políticas públicas eficazes para assegurar o pleno exercício deste direito essencial.

⁴⁶ L'ABBATE *apud* BRITO-SILVA, Keila; BEZERRA, Adriana Falangola Benjamin; TANAKA, Oswaldo Yoshimi. **Direito à Saúde e integralidade: uma discussão sobre os desafios e caminhos para sua efetivação.** Interface – Comunicação, Saúde, Educação. Volume 16, n. 40, p. 249-259, jan./mar. 2012. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/icse/a/WC7GKD4py6Cq7cLdRvDZx3H/abstract/?lang=pt>> Acesso em 11 de dez. 2021.

3.1. A exigibilidade dos direitos sociais: entre a programaticidade e a aplicabilidade imediata dos direitos prestacionais

As normas definidoras de direitos sociais, devido à imprescindibilidade da atuação do Poder Legislativo e Executivo para serem concretizadas, possuem supostamente uma maior abertura textual e baixa densidade normativa, razão pela qual são classificadas e rotuladas como normas programáticas. Nesse ínterim, a natureza em questão é considerada um óbice e utilizada, por parte da doutrina, como argumento para justificar a falta de efetividade e aplicabilidade mediata do direito à saúde.

No tocante a esse assunto, em sua monografia de mestrado, Gladston Bethônico Bernardes Rocha Macedo⁴⁷, centraliza parte de sua tese a questionar se tais normas, em virtude da alegada programaticidade, seriam hábeis a regular diretamente a concretude fática e, por conseguinte, capazes de outorgar direitos subjetivos originários à atuação satisfativa estatal, isto é, capazes de serem exigíveis pelos cidadãos ante o Estado. Todavia, é importante frisar que, a despeito de seu questionamento inicial, Macedo defende a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, ponto de vista que será exposto e defendido ao longo do presente capítulo.

Com efeito, em termos de abertura textual e densidade normativa, Ingo Sarlet, citado por Liana Cirne Lins⁴⁸, sustenta que ambas as definições correspondem à ideia de se definir, já em nível constitucional e com certo grau de precisão, o objeto e o conteúdo principal da norma. Sob esta perspectiva, consoante o jurista, seria considerada densificada, a norma que fornece, desde já, os critérios claros e precisos para a sua efetivação, determinando o nível de vinculação, de aplicabilidade e, conseqüentemente, da capacidade de ser judicializada.

Ainda nesse ponto, o notável constitucionalista português José Gomes Canotilho *apud* Macedo⁴⁹ sustenta que as ordens constitucionais contemporâneas, apesar do que se espera, pautam-se, em seu âmago na elaboração de dispositivos com textura aberta, senão vejamos

[...] as ordens constitucionais das contemporâneas democracias pautam-se, em seu mister normatizador, pela elaboração redacional de dispositivos de textura aberta, isto é, cujos efeitos e condições de aplicação não se acham minudenciados no texto, devendo o intérprete integrá-los à luz dos fatos e valores próprios ao contexto de

⁴⁷ MACEDO, Gladston Bethônico Bernardes Rocha. **Da reserva do possível à máxima efetividade: uma reflexão hermenêutica sobre a concretização dos direitos fundamentais sociais**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2017, pags. 257, p. 168-177. Disponível em: <<https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUBD-AZ2M67>> Acesso em: 12 de dez. 2023.

⁴⁸ SARLET, Ingo *apud* LINS, Liana Cirne. **A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva**. Senado Federal, Brasília, a. 46 n. 182 abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194915>> Acesso em: 13 de dez. 2023.

⁴⁹ CANOTILHO, José Gomes *apud* MACEDO, *loc. cit.*

aplicação, exigindo, outrossim, densificação da parte do legislador infraconstitucional.

Por sua vez, constata-se que a abertura textual e a baixa densidade normativa são características comuns as novas ordens constitucionais, não sendo, assim, exclusividade das normas de direitos sociais. Ato contínuo, conforme defende Macedo, a “abertura normativa, disposta através da estatuição de normas-princípio, visaria, a um só tempo, a permitir a constante evolução do arcabouço constitucional e a preservar o pluralismo”⁵⁰, proporcionando, a longo prazo a construção democrática da estrutura constitucional.

Nesse diapasão, de acordo com o que afirma Liana Cirne Lins⁵¹, as normas veiculadoras de direitos sociais, por terem natureza programática, possuem um caráter organizador, planificador, diretivo e dirigente, razão pela qual são consideradas menos densas que o *ius cogens* – normas imperativas do direito internacional –, devido possuírem uma margem de elasticidade maior⁵².

Tal visão também encontra destaque nos estudos do jurista Ingo Sarlet⁵³, o qual argumenta que as normas de caráter programática são puramente programas apregoados pela norma constitucional, estabelecendo finalidades e tarefas a serem implementadas pelo Estado. Dessa forma, elas conteriam imposições de maior ou menor concretude dirigidas ao legislador, regulamentando estas normas de forma infraconstitucional.

Assim, sob tal concepção, as normas de direitos sociais somente poderiam ser aplicáveis, efetivadas e, conseqüentemente, exigíveis quando devidamente densificadas, por meio da atuação do legislador infraconstitucional. Isto porque, a atuação legislativa passa ser considerada, por parte da doutrina, como imprescindível à integral produção dos efeitos destas normas jurídicas, conforme aponta Macedo⁵⁴. Dessa maneira, a *interpositio legislatoris* atua afastando a indeterminabilidade dessas normas.

⁵⁰ MACEDO, *loc. cit.*

⁵¹ LINS, *op. cit.*, p. 55.

⁵² Por tal razão, tais normas estariam pendentes de uma atuação legislativa – a *interpositio legislatoris* –, a fim de delimitar infraconstitucionalmente tais diretrizes estabelecidas pela norma constitucional e, somente assim, sua exigibilidade seria alcançada.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 11ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2012, pgs. 280-306.

⁵⁴ MACEDO, *loc. cit.*

Sob essa linha de pensamento, Ingo Sarlet discorre acerca da atuação legislativa na concretização dos direitos sociais

Os direitos sociais prestacionais, por sua vez, necessitam de concretização legislativa, dependendo, além disso, das circunstâncias de natureza socioeconômica, razão pela qual tendem a ser positivados de forma vaga e aberta, deixando ao legislador a indispensável liberdade de conformação na sua tarefa concretizadora.⁵⁵

A despeito do forte reconhecimento por parte da doutrina, importa destacar que não é factível admitir que a concretização/realização do direito à saúde, por possuir supostamente baixa densidade normativa e, conseqüentemente, ser veiculado por meio de normas de natureza programática, condicione-se, ainda, à atuação legislativa e a edição de atos normativos, conforme enfatiza Rodrigues⁵⁶.

Primeiro, porque os atos normativos necessários a devida fruição das referidas normas constitucionais já se encontra positivadas no ordenamento jurídico brasileiro, como, por exemplo, as leis de n.º 8.080/90⁵⁷ e 8.142/90⁵⁸, as quais constituem a base jurídica do SUS. E, segundo, porque o próprio texto constitucional, ao elevar o direito à saúde à categoria dos direitos fundamentais, confere-lhe a positividade necessária para o tornar uma expectativa imperativa da atuação estatal⁵⁹.

Nesse diapasão, pensar de maneira diversa, ou seja, que as normas definidoras de direito sociais não são exigíveis e nem possuem aplicabilidade imediata e eficácia plena, seria considerar, nas palavras de Macedo⁶⁰, que a Constituição de 1988 traduz-se em promessas não cumpridas e sumariamente ignoradas pela política, ou, conforme afirma Celso Antônio Bandeira de Mello, *apud* por Lins⁶¹, a Magna Carta não é um simples ideário e as normas jurídicas constitucionais não são meros conselhos, mas sim regras impositivas para todos.

Nesse sentido, conforme asseverado ao longo da presente pesquisa, a Constituição Federal vigente representou um importante marco à promoção dos direitos e garantias fundamentais, isto porque, como forma de garantir a efetividade de seus dispositivos, o

⁵⁵ SARLET, *op. cit.*, p. 290.

⁵⁶ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 201.

⁵⁷ BRASIL, Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, *loc. cit.*

⁵⁸ BRASIL, Lei n.º 8.142, de 28 de dezembro de 1990, *loc. cit.*

⁵⁹ STRAPAZZON e GLOVACKY, *op. cit.*, p. 2.

⁶⁰ MACEDO, *op. cit.*, p. 169.

⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de *apud* LINS, *op. cit.*, p. 54.

constituente originário deixou claro que tais normas jurídicas possuem aplicabilidade imediata, senão vejamos o que dispõe o art. 5º, §1º, da CRFB/88:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Não obstante o fato da interpretação inicial sugerir que o instituto da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais esteja subordinado tão somente aos direitos mencionados no amplo rol exposto no art. 5º, é certo que a amplitude de sua abrangência, consoante defende Carvalho⁶², não deve ser restrita aos direitos individuais. Pelo contrário, deve, acima de tudo, abranger todos os direitos classificados como fundamentais, incluindo também os sociais. Além disso, é incontestável que, devido à sua estreita associação a dignidade da pessoa humana e com o direito à vida, a saúde deve ser reconhecida como um direito fundamental e, destarte, faz jus à aplicação imediata.

Nessa esteira, o notável jurista e pesquisador Ingo Sarlet⁶³ sustenta que não há nenhuma distinção entre os direitos fundamentais, posto que até mesmo os “direitos fundamentais a prestações são inequivocamente autênticos direitos fundamentais, constituindo (justamente em razão disso) direito imediatamente aplicável, nos termos do disposto no art. 5º, §1º, de nossa constituição”.

Por conseguinte, à luz do exposto, as normas veiculadoras de direitos sociais, apesar de serem programáticas, são valores jurídicos constitucionalmente idênticos aos demais preceitos constitucionais, posto que, adotar um ponto de vista diverso, implicaria na criação de hierarquias entre as normas de direitos fundamentais⁶⁴.

Assim, a aplicabilidade imediata e a efetivação dos direitos fundamentais, até mesmo do direito à saúde, não é uma simples obrigação moral do Estado, sujeita à escolha de ser ou não cumprida, mas sim, uma obrigação jurídica por força constitucional⁶⁵. Nesse diapasão, tanto

⁶² CARVALHO, *op. cit.*, p. 18.

⁶³ SARLET, *op. cit.*, p. 281.

⁶⁴ MACEDO, *loc. cit.*

⁶⁵ PIOVESAN, Flávia *apud* STRAPAZZON e GLOVACKY, *op. cit.*, p. 6.

ações quanto omissões, em sentido contrário, são capazes de aviltar a norma, tornando as prestações sociais, em particular as relacionadas à saúde, plenamente exigíveis⁶⁶.

Ademais, torna-se imperioso afirmar que a saúde possui, sim, a natureza de autêntica norma jurídica de direito fundamental, à medida que, mesmo sem qualquer ato concretizador, já se encontra apta a desencadear algum efeito jurídico, posto que, se contrário fosse, estar-se-ia dando maior força à lei do que a própria Constituição, senão, vejamos o que afirma Ingo Sarlet

Sustenta-se, por exemplo, que a natureza aberta e a formulação vaga das normas que versam sobre direitos sociais não possuem o condão de, por si só, impedir a sua imediata aplicabilidade e plena eficácia, já que constitui tarefa precípua dos tribunais a determinação do conteúdo dos preceitos normativos, por ocasião de sua aplicação. Para além disso, alega-se que mesmo em se tratando de preceitos imprecisos ou fluidos, em sendo possível reconhecer um significado central e incontroverso, sempre se poderá aplicar a norma constitucional, mesmo sem intermediação legislativa, já que, do contrário, se estaria outorgando maior força à lei do que à própria Constituição. (SARLET, 2012, p. 306)⁶⁷

Nesse trilhar, as normas constitucionais veiculadoras dos direitos fundamentais sociais proporcionam, desde já, efeitos jurídicos que compelem o Estado a garantir o dever de progresso, a qual refere-se à melhoria qualitativa e quantitativa das prestações de saúde, em respeito ao princípio da vedação do retrocesso social, conforme sustenta Schulze, *apud* Vieira⁶⁸. Além disso, José Afonso da Silva, *apud* Macedo⁶⁹, assevera que tais normas vinculam, de pronto, os legisladores à obrigação de concretizar seus preceitos, cumprindo, assim, seu desiderato, não afastando-se do programa, sob pena de inconstitucionalidade, o qual implica a atuação do Poder Judiciário.

Dessa forma, considerando o exposto ao longo deste tópico, assim como a inexistência de hierarquia entre as normas de direitos fundamentais, resta patente que a suposta programaticidade das normas veiculadoras dos direitos sociais, em especial do direito à saúde não podem e não devem servir de óbice para a aplicabilidade imediata deste direito.

⁶⁶ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 202.

⁶⁷ SARLET, *op. cit.*, p. 306.

⁶⁸ SCHULZE, Clênio Jair *apud* VIEIRA, *loc. cit.*

⁶⁹ SILVA *apud* MACEDO, *loc. cit.*

3.2. O Subfinanciamento do SUS: entre a escassez de recursos e o princípio da reserva do possível

Superados os desafios decorrentes da baixa densidade normativa e da abertura textual que as normas definidoras dos direitos fundamentais sociais supostamente possuem, é imperioso reconhecer a presença de outros obstáculos que também frustram a efetividade dos direitos sociais, em particular do Direito à Saúde.

Nesse diapasão, a literatura jurídica opõe, como óbice à plena efetividade dos direitos sociais, a imprescindibilidade do Estado intervir e atuar ativamente na concretização desta classe de direitos, atuação esta que demanda investimentos significativos dos recursos públicos para a sua implementação. Como consequência, é recorrente a utilização da escassez de recursos como justificativa ao subfinanciamento e sucateamento do Sistema Único de Saúde – SUS, o qual mostra-se incapaz de atender integralmente os moldes estabelecidos na Constituição Federal de 1988.

É evidente que, à medida em que foram sendo inseridos e garantidos nas declarações e constituições nacionais, os Direitos Fundamentais de Natureza Social demonstraram, de fato, a necessidade de uma crescente posição ativa do Estado, tanto na esfera econômica quanto na social. Isto se deve ao fato de que estas normas não são consideradas autoaplicáveis⁷⁰. É fundamental, portanto, que o Estado promova a estruturação necessária a fim de garantir o pleno exercício desses direitos, implementando e assegurando a manutenção dos serviços públicos, os quais, de acordo com o que destaca Lins⁷¹, consistem em prestações fáticas de cunho social.

Sob este ponto de vista, a concretização do Direito à Saúde requer um dispêndio orçamentário expressivo, tendo em vista a necessidade sempre crescente de que investimentos significativos sejam realizados nas infraestruturas do SUS e dos hospitais da rede pública, na capacitação dos profissionais de saúde e, como também, na aquisição de medicamentos e tecnologias médicas. Entretanto, a despeito do expressivo dispêndio de recursos públicos, é mister pontuar que a escassez orçamentária não deve ser interpretada como uma barreira/uma óbice intransponível à plena aplicabilidade e efetividade do Direito à Saúde que, conforme

⁷⁰ PAIXÃO, André Luís da. **Reflexões sobre a judicialização do Direito à Saúde e suas implicações no SUS.** *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 24, n. 6, p. 2167-2172, junho de 2019. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/csc/a/RSm4sW7NNKXrbfQm7DQYd7G/#>> Acesso em 10 de ago. 2023.

⁷¹ LINS, *op. cit.*, p. 60.

restou demonstrado, carrega a roupagem da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5, §1º, da CRFB/88)⁷².

Ademais, salienta-se que a implicação de despesas para o ente público não é uma característica intrínseca somente dos direitos às prestações, sendo, na verdade, uma particularidade inerente a todos os direitos fundamentais, isto é, tanto os direitos civis e políticos quanto os direitos sociais, refletindo, dessa forma, em uma visão cada vez mais pacificada na doutrina e na jurisprudência. Nesse diapasão, Ingo Sarlet⁷³ assevera que “todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão econômica relevante, chamado de custo financeiro público dos direitos”.

Assim, para seguirmos adiante, é fundamental reconhecer que nenhum direito e garantia fundamental previstos na Magna Carta de 1988 restringem-se à realização de prestações negativas, ou seja, a uma mera abstenção por parte do Estado, isto porque todo e qualquer direito possui um conteúdo econômico relevante⁷⁴, demandando que o ente estatal atue sempre positivamente, a fim de fornecer a estrutura necessária para a proteção e garantia dos direitos fundamentais, tornando-os, assim, acessíveis e disponíveis para o gozo da sociedade.

Sob esta perspectiva, seria completamente inadequado afirmar que somente os Direitos Sociais, em particular o Direito à Saúde, ocasionam um dispêndio de verbas públicas por parte do Estado. É pertinente, assim, considerar o que enfatiza o jurista Michel Haber Neto acerca do exercício dos direitos civis e políticos e os recursos públicos necessários à sua concretização

[...] não seria possível o exercício de direitos civis, como o direito à propriedade sem gastos públicos, por exemplo, no sentido de aparelhar a polícia judiciária e administrativa que o garanta no caso de sua violação. Na mesma toada, não há o que se falar em direito políticos, como o direito de voto, sem custos com o aparelhamento de órgãos responsáveis pela organização e fiscalização das eleições, o dispêndio de recursos para cobrir os custos atinentes à realização de uma eleição. (HABER NETO, 2012, p. 89)⁷⁵

Neste mesmo contexto, Lins enfatiza que, ao examinarmos o extenso rol de direitos e garantias assegurados no art. 5º da Magna Carta de 1988, torna-se manifesto a importância de levar em conta todos os custos diretos e indiretos vinculados à sua implementação por parte do

⁷² A fim de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, a Magna Carta assegurou que as normas de direitos fundamental possuem aplicabilidade imediata, senão vejamos: “§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

⁷³ SARLET, *op. cit.*, p. 285.

⁷⁴ LINS, *loc. cit.*

⁷⁵ HABER NETO, Michel. **A tributação e o financiamento do direito à saúde no Brasil**. 2012. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-14062013-132237/>. Acesso em: 21 dez. 2023.

Estado, razão pela qual não faz sentido a distinção entre os direitos sociais dos civis e políticos.

Confira-se

[...] se os direitos sociais possuem marcado conteúdo econômico, o mesmo se diga em relação aos demais direitos de liberdade imaginem-se os enormes custos requeridos para implementação do sistema eleitoral que assegura o direito ao voto ou mesmo o conteúdo econômico envolvido no asseguramento do direito à prestação (positiva) jurisdicional que viabiliza o direito (negativo) a que ninguém seja privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Ou melhor, imaginemos tão somente os custos decorrentes do princípio do duplo grau de jurisdição. O mesmo se dá em relação à garantia (negativa) de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei e a manutenção (extremamente custosa) das esferas legislativas federal, estadual e municipal que tornam possível o princípio da legalidade.⁷⁶

Frente a esse panorama, no contexto da necessidade imediata de concretizar uma vasta gama de direitos e garantias fundamentais consagradas na Constituição brasileira, é notório que a realização plena de todos estes direitos se encontra prejudicada, os quais não são plenamente atendidos da forma universal e igualitária, conforme estabelece a Magna Carta, devido à insuficiência de recursos financeiros, isto porque os bens são limitados e a implementação de cada direito, segundo restou demonstrado, demanda exorbitantes gastos públicos, recaindo a escolha de quais direitos serem concretizados à discricionariedade governamental.

É, dentro desse cenário, que algumas correntes doutrinárias destacam a tese de que a efetivação e concretização do Direito à Saúde – como um dos integrantes dos direitos fundamentais de natureza social – está sujeito à limitação do que é financeiramente viável para o Estado, em resposta ao o que se denominou reserva do possível⁷⁷. Neste viés, vislumbra-se que os direitos às prestações não seriam prontamente aplicáveis devido às restrições orçamentárias, devendo o Estado respeitar e observar a sua capacidade financeira para suportar os custos associados ao adimplemento de suas obrigações sociais, de forma a evitar a escassez geral de recursos.

Entretanto, a despeito de sua forte utilização no ordenamento jurídico brasileiro, é cediço que a reserva do possível, consoante enfatizado pelo jurista Thiago Freitas Rubim⁷⁸, não é uma construção brasileira. Sua origem, por sua vez, remonta à doutrina e jurisprudência alemã do século XX, sendo derivada de dois casos apresentados perante o Tribunal Constitucional

⁷⁶ LINS, *op. cit.*, p. 61.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ RUBIM, Thiago Freitas. **Judicialização de políticas públicas**: visão do tratamento do mínimo existencial, da reserva do possível e da razoabilidade na jurisprudência brasileira. 2017. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10122020-234348/>. Acesso em: 20 dez. 2023.

Federal relacionados à disponibilidade de vagas para o curso de medicina em uma Universidade Pública da Alemanha – a importância dos casos foi tamanha que recebeu a denominação “*numerus clausus*”.

A Corte Constitucional alemã, nesse ínterim, em uma ilustre decisão datada de 18 de julho de 1972, rejeitou o pleito autoral, sedimentando o entendimento consoante o qual somente seria possível exigir do Estado a prestação necessária à efetivação dos direitos e garantias fundamentais, desde que os limites da razoabilidade fossem respeitados e observados, conforme ressalta Maria Núbia Maltez Araújo da Silva⁷⁹. Destarte, é relevante destacar que a reserva do possível, em seu âmago, encontra-se relacionada tão somente à razoabilidade do que é requerido ao ente público, não havendo associação à capacidade financeira do Estado.

No entanto, ao ser incorporada ao cenário social brasileiro, a cláusula da reserva do possível adquiriu uma nova abordagem enquanto objeto de estudo dos acadêmicos da doutrina nacional – muito porque não foram consideradas as diferenças entre a realidade alemã e a brasileira –, deixando de se considerar apenas os limites do que é razoável se exigir do Estado e passando a levar em consideração a disponibilidade financeira do ente estatal como uma restrição ou uma barreira intransponível à plena e imediata aplicabilidade dos direitos sociais. Em outras palavras, observa-se um vínculo entre a efetivação dos direitos, em particular o Direito à Saúde, e a existência prévia de recursos públicos, os quais, em um primeiro momento, carecem da necessidade de demonstração fática.

Nesse mesmo ponto de vista, o jurista Ingo Sarlet⁸⁰ argumenta que, no contexto brasileiro, a reserva do possível passou a desempenhar uma dupla função limitadora, tanto como jurídica quanto fática à efetivação dos direitos sociais, visão esta que também é compartilhada por Lins⁸¹, a qual enfatiza que o referido princípio representa uma espécie de “desautorização prévia e genérica” dos direitos fundamentais de natureza prestacional.

Ademais, conforme assevera Ana Paula de Barcellos, *apud* Rodrigues⁸², “a reserva do possível corresponde ao fenômeno da limitação dos recursos comprovadamente disponíveis, em face das necessidades a serem supridas pelo Poder Público”. Nesse sentido, a reserva do possível tem sido amplamente utilizada como um recurso para justificar o subfinanciamento

⁷⁹ SILVA, Maria Núbia Maltez da. **O ativismo judicial diante da escassez de recursos na efetivação do direito à saúde**. 2018. Dissertação (TCC) – Universidade Federal da Bahia – Salvador, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/26426>. Acesso em 21 de dez.2023.

⁸⁰ SARLET, *op. cit.*, p. 288.

⁸¹ LINS, *op. cit.*, p. 62.

⁸² BARCELLOS, Ana Paula *apud* RODRIGUES, *op. cit.*, p. 205.

ou, em casos extremos, o inadimplemento do dever estatal à efetivação dos direitos fundamentais – em sua condição de sujeito passivo –, devido à imposição de limitações ao dispêndio de recursos públicos, conforme se extrai da visão de Azevedo, Almeida e Portes⁸³.

Todavia, a concepção intransponível da reserva do possível deve ser prontamente refutada, sob pena de representar riscos à efetividade e concretização dos direitos fundamentais de natureza social, visto que são considerados os mais onerosos e dispendiosos dentre o amplo conjunto de direitos e garantias fundamentais consagradas e asseguradas pela Constituição Federal de 1988. Além disso, salienta-se que limitar a realização dos direitos sociais em observância à reserva do possível é partir do pressuposto de que o Estado não terá recursos suficientes para a concretização destes, conferindo contornos místicos ao instituto, consoante assevera Lins⁸⁴.

Assim, no tocante ao direito à saúde, Mendes e Marques, *apud* Brito-Silva, Bezerra e Tanaka⁸⁵, destacam que a imposição de limites orçamentários e financeiros somente corroboram para ampliar os desafios enfrentados pelo setor, resultando na insuficiência de recursos e impossibilitando a implementação de uma política sanitária mais eficaz, acarretando um subfinanciamento do Sistema Público brasileiro. Nesse ínterim, sem o aporte financeiro adequado, é cediço que o SUS é incapaz de proporcionar o acesso à Saúde nos moldes estabelecidos pela Magna Carta, negando, dessa forma, as complexidades, particularidades e necessidades de cada indivíduo.

Noutro norte, é relevante destacar que a reserva do possível somente se justifica no momento em que o Estado consiga garantir a existência digna de todos, assegurando a universalidade, a liberdade e igualdade para toda a sociedade. Assim, a reserva do possível deve pautar-se em uma escassez real e comprovadamente demonstrada dos recursos públicos, e não em uma escassez ficta, senão vejamos o que enfatiza Cunha Junior, *apud* Azevedo, Almeida e Portes⁸⁶

[...] a reserva do possível só se justifica na medida em que o Estado garanta a existência digna de todos. Fora desse quadro, tem-se a desconstrução do Estado Constitucional de Direito, com a total frustração das legítimas expectativas da sociedade. (CUNHA JUNIOR, 2008, p. 395).

⁸³ AZEVEDO, Eder Marques de; ALMEIDA, Gustavo Barçante de; PORTES, Paola Alvarenga. **O mito da teoria da reserva do possível: os impasses do orçamento público para o desenvolvimento dos direitos sociais**. Direito e Desenvolvimento, v. 4, n. 8, p.33-57, 5 de jun. de 2017. Disponível em: <<https://egov.ufsc.br/portal/en/conteudo/o-mito-da-teoria-da-reserva-do-poss%C3%ADvel-os-impasses-do-or%C3%A7amento-p%C3%ABlico-para-o>> Acesso em 26 de dez. 2023.

⁸⁴ LINS, *op. cit.*, p. 63.

⁸⁵ MENDES e MARQUES *apud* BRITO-SILVA, BEZERRA e TANAKA, *op. cit.*, p. 251.

⁸⁶ CUNHA JUNIOR, Dirley da *apud* AZEVEDO, ALMEIDA e PORTES, *op. cit.*, p. 36.

Ademais, cumpre destacar que a oponibilidade da reserva do possível já foi objeto de análise do Supremo Tribunal Federal – STF. Nessa esteira, em sede de julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental de n.º 45⁸⁷, que teve como relator o ilustre Ministro Celso de Mello, a Suprema Corte sedimentou o entendimento de que não pode o Estado opor a cláusula da reserva do possível como tentativa de se livrar do dever constitucional de implementar as políticas públicas definidas pela Lei Maior. Confira-se, *in verbis*:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (STF – ADPF 45 DF, Relator: Ministro Celso de Mello, Julgado em 29/03/2014)

Portanto, a visão aqui adotada é a de que se deve, na verdade, encontrar um meio termo entre a utilização da reserva do possível e a concretização dos direitos e garantias fundamentais, assegurando-lhes uma existência digna. Em outras palavras, conforme destaca Solange Rebeca Rodrigues⁸⁸, o Estado deve criar condições de digno desenvolvimento, garantindo que nem o próprio ente estatal nem os particulares agridam direitos básicos inerentes ao ser humano, simbolizando, assim, o mínimo vital ou existencial. É fundamental, por conseguinte, reconhecer

⁸⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF n.º 45/DF. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). Relator: Min. Celso de Mello. Data de Julgamento: 29 de mar. 2014. Disponível em: <[https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF%20-%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas%20-%20Interven%C3%A7%C3%A3o%20Judicial%20-%2022Reserva%20do%20Poss%C3%ADvel%22%20\(Transcri%C3%A7%C3%B5es\)](https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF%20-%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%ABlicas%20-%20Interven%C3%A7%C3%A3o%20Judicial%20-%2022Reserva%20do%20Poss%C3%ADvel%22%20(Transcri%C3%A7%C3%B5es))> Acesso em: 28 de dez. 2023.

⁸⁸ RODRIGUES, *loc. cit.*

a possibilidade do indivíduo recorrer ao Judiciário sempre que identificar que seu direito fundamental à saúde está sendo lesado.

4. A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: UM INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

No estágio atual deste trabalho, é incontestável que o Direito à Saúde conquistou significativos avanços ao longo das várias constituições brasileiras, tendo se estabelecido como um elemento de grande importância como um direito fundamental de todos, visto sua associação com o Direito à Vida e a dignidade da pessoa humana. Ademais, restou demonstrado ainda que, conforme consagra o art. 196 da Constituição Federal de 1988, a Saúde é de responsabilidade do Estado, o qual tem o dever de prover as condições necessárias à garantia do acesso universal, igualitário e integral à assistência médica e sanitária, com o fito de promover e assegurar o mínimo existencial/mínimo vital aos cidadãos brasileiros.

A Saúde, portanto, além de se consolidar como um direito fundamental de natureza social e prestacional, simboliza, nesta nova realidade constitucionalizada, um pilar essencial para assegurar a qualidade de vida e a preservação da dignidade de cada indivíduo. Contudo, a despeito de sua materialização por meio do SUS, o Direito à Saúde enfrenta sérios desafios/barreiras em sua jornada à efetiva implementação, dos quais acarretam o subfinanciamento e o sucateamento do referido sistema. Assim, sem os meios adequados à integralidade deste importante direito social, os indivíduos não têm outra alternativa senão recorrer ao Judiciário, a fim de exigir a sua concretização, nos moldes estabelecidos na Magna Carta.

Nesse trilhar, o Poder Judiciário se mostra como uma importante instância de mediação de conflitos e de garantia do direito fundamental à Saúde, de acordo com o que salienta D'Avila e Saliba⁸⁹. Sua atuação, conforme restará evidenciado, é fundamental para assegurar que os cidadãos tenham acesso aos serviços de saúde pública de qualidade, garantindo o pleno exercício do direito à vida e à integridade física.

Dessa forma, no presente segmento, propõe-se uma análise da possibilidade de recorrer à via judicial, a fim de salvaguardar o Direito à Saúde, por meio de sua judicialização, abrangendo tanto a delimitação conceitual desse fenômeno quanto o seu panorama histórico.

⁸⁹ D'AVILA e SALIVA, *op. cit.*, p. 25.

Além disso, serão destacadas as eventuais implicações e restrições que emergem quando a judicialização ocorre de forma demasiada.

4.1. Contexto histórico e definições

A trajetória da Judicialização do Direito à Saúde no Brasil se iniciou com a promulgação da atual Carta Magna brasileira, haja vista que, à medida que os direitos e garantias fundamentais foram positivados, estes tornaram-se suscetíveis de serem exigidos judicialmente pelos cidadãos, uma vez que, conforme assevera Rodrigues⁹⁰, a existência de um direito implica sua capacidade de ser levado à justiça.

Outrossim, consoante afirma a ilustre Emmanuelle Konzen Castro⁹¹, o processo de amadurecimento da intervenção judicial no âmbito do direito à saúde foi sendo influenciado por diversos fatores que se desdobraram ao longo do tempo. Assim, a autora sustenta que o envelhecimento da população e o aumento de doenças crônicas somado à constante evolução tecnológica na área médica, aos avanços da medicina e da indústria farmacêutica, bem como a ampliação do acesso à informação e à justiça tornaram o ambiente perfeito para popularizar a capacidade de exigir judicialmente um direito.

Essa perspectiva é igualmente compartilhada por Thiago Freitas Rubim⁹², o qual, além das razões anteriormente expostas, destaca que a judicialização do direito à saúde foi também influenciada pela redemocratização do Brasil por meio da Constituição de 1988. Nessa conjuntura, a Magna Carta assegurou a restauração das garantias da magistratura, transformando o Judiciário de um mero “departamento político-especializado” em um verdadeiro poder político apto a fazer valer a Constituição e as leis.

Ademais, é relevante destacar que houve, ainda, uma abrangente constitucionalização de temas que anteriormente eram tratados no âmbito do processo político majoritário e da legislação ordinária. O autor⁹³ ressalta, dentro desse contexto, que a constitucionalização de uma matéria implica em converter assuntos políticos em questões de direito, transformando-os em pretensões jurídicas passíveis de serem apresentadas por meio de ações judiciais,

⁹⁰ RODRIGUES, *loc. cit.*

⁹¹ CASTRO, *op. cit.*, p. 67.

⁹² RUBIM, *op. cit.*, p. 30.

⁹³ *Ibidem.*

influenciadas pelo maior nível de informação e conscientização dos direitos a amplos segmentos da população.

É, nesse cenário favorável, que a judicialização da saúde teve, sobretudo durante a década de 1990, seu ponto de partida, tendo em vista o aumento considerável de ações judiciais voltadas para a obtenção de medicamentos e tratamentos médicos destinados, em sua grande maioria, aos portadores do vírus da imunodeficiência adquirida (AIDS/HIV). Entretanto, faz-se necessário salientar que, apesar de em menor escala, Castro⁹⁴ faz menção honrosa a outras enfermidades que representavam ameaça à vida e provocavam ações judiciais, como, por exemplo, a fenilcetonúria (doença do pezinho), o câncer, a cirrose, a doença renal crônica e a esclerose lateral amiotrófica (ELA).

Não obstante à existência de outras enfermidades, consoante detalhado, é incontestável que a epidemia de AIDS representou um marco importante no que diz respeito à judicialização da saúde, servindo como o estopim para dar início a esta prática. Sendo assim, à medida que a referida enfermidade se propagava, a carência de políticas públicas eficazes tornava-se ainda mais evidente, razão pela qual os cidadãos doentes não viram outra alternativa, senão recorrer ao Judiciário em busca de soluções legais, ao passo que a urgência e a gravidade da situação exigiam respostas imediatas e abrangentes.

Nesse ínterim, Marcos Maselli Gouvêa, *apud* Castro⁹⁵, assim discorre acerca da relação da AIDS e o início da judicialização da saúde

Num primeiro momento, estas ações tratavam, quase que exclusivamente, do fornecimento de medicamentos para o combate à AIDS. Tinham por fundamento normativo o art. 196 do Texto Maior, segundo o qual "a saúde é direito de todos e dever do Estado", e eram sumariamente rejeitadas pelos tribunais que enxergavam, neste dispositivo constitucional, uma norma meramente programática, insuscetível de produzir efeitos jurídico-positivos.

Com o aumento no número de ações judiciais neste sentido, compelindo o Estado a fornecer constantemente os medicamentos necessários a um tratamento eficaz contra a AIDS, tornou-se perceptível a transformação na dinâmica do acesso à saúde. A intervenção judicial não apenas impactou positivamente a vida dos pacientes, assegurando-lhes tratamentos

⁹⁴ CASTRO, *loc. cit.*

⁹⁵ GOUVÊA *apud* CASTRO, *loc. cit.*

adequados, mas também desencadeou debates sobre a responsabilidade do Estado na garantia do direito à saúde, nos moldes consagrados na Constituição Federal de 1988.

Como resultado, no dia 13 de novembro de 1996, a Lei Federal de n.º 9.313 foi promulgada, conferindo a todos os portadores do vírus HIV e doentes de AIDS o direito a toda medicação e tratamento necessários, senão vejamos a redação do art. 1º do referido diploma normativo

Art. 1º Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento. (BRASIL, 1996)⁹⁶

Sob essa perspectiva, verifica-se que a intervenção judicial no âmbito do direito à saúde, além de atuar como um meio para a realização e concretização de direito individuais, serviu como um importante instrumento na reformulação das políticas públicas, um catalisador para mudanças ainda mais amplas nas estratégias governamentais, adotando medidas mais abrangentes. Desde então, a prática de judicializar o direito à saúde tornou-se uma tendência nacional e um processo quase que irreversível.

Dentro desse panorama histórico abordado, é notório deduzir que a judicialização do direito à saúde pode ser conceituada como a situação de acionamento do Poder Judiciário por parte do indivíduo ou coletividade, buscando-se, assim, a sua intervenção para resolver as disputas e os litígios entre a população e o Poder Executivo na matéria do direito à saúde, conforme assevera Fabiola Sulpino Vieira⁹⁷.

Ademais, ainda no tocante a este assunto, Christian Courtis *apud* Strapazzon e Glovacky⁹⁸ enfatiza que a judicialização da saúde emerge como uma possibilidade aos titulares de direitos que tiveram ou consideram ameaçados e/ou violados seus direitos constitucionalmente consagrados, de pleitearem em juízo a efetivação do direito violado. Por outro lado, sendo mais precisas em sua assertiva, Ladeia e Ladeia⁹⁹ definem que a

⁹⁶ BRASIL. Lei N.º 9.313, de 13 de novembro de 1996. Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS. Brasília, DF. Diário Oficial da União, 1996. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19313.htm> Acesso em: 03 de jan. 2024.

⁹⁷ VIEIRA, op. cit., p. 25.

⁹⁸ COURTIS *apud* STRAPAZZON e GLOVACKY, op. cit., p. 5.

⁹⁹ LADEIA, Ana Carla Teixeira de Carvalho; LADEIA, Ana Carolina Teixeira de Carvalho. **A judicialização das políticas de saúde como meio de efetivar um direito fundamental e o acesso à justiça.** In: SILVA JÚNIOR, Aluísio Gomes; MARÇAL, Felipe; SILVA, Leonardo Rabelo de Matos; REIS, Vanessa Velasco Hernandez Brito. **Direito Sociais e Efetividade.** Local de publicação: Grupo Multifoco, Rio de Janeiro, 2019, p. 483-494.

Judicialização da Saúde é o ato de transferir para o Poder Judiciário a efetivação de um direito constitucional.

Nessa mesma esteira, a análise de Thiago Freitas Rubim¹⁰⁰ sustenta que a Judicialização do Direito à Saúde representa a constatação de que temas de significativa relevância política e social está sendo deliberados por instâncias do Poder Judiciário, em contraposição às vias políticas convencionais, como, por exemplo, o Congresso Nacional e o Poder Executivo. Neste ínterim, a judicialização pode e deve ser considerada um mecanismo adicional, com o fito de promover a efetivação do direito à saúde e compelir o Estado a cumprir sua obrigação constitucional¹⁰¹.

Dessa forma, independente do enfoque conceitual adotado, é cediço que a Judicialização do Direito à Saúde consolidou-se como uma prática corriqueira e disseminada em âmbito nacional, tornando-se uma realidade intrínseca ao cotidiano do cidadão brasileiro que evidencia lesão/violação de seu direito fundamental à saúde. Nesse diapasão, os dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça evidenciam a magnitude do fenômeno da Judicialização da Saúde, com cerca de 460.000 (quatrocentos e sessenta mil) novos processos registrados apenas no ano de 2022¹⁰².

Assim, uma vez superado o contexto histórico e estabelecida a sua definição, torna-se pertinente examinar o cenário propício à ampliação da exigibilidade judicial dos direitos relacionados à saúde, à medida em que se aborda a legitimidade da intervenção estatal e os limites desta atuação. Por último, é crucial contemplar as possíveis repercussões para a sociedade como um todo.

4.2. A legitimidade da atuação do Poder Judiciário na defesa do Direito à Saúde

A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. Este dispositivo constitucional, inscrito no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, estabelece a inafastabilidade da jurisdição como um dos princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro. Sob este viés, percebe-se que o texto constitucional resguarda

¹⁰⁰ RUBIM, *loc. cit.*

¹⁰¹ D'AVILA e SALIBA, *loc. cit.*

¹⁰² MAINENTI, Mariana. **Saúde suplementar pontua impacto de processos judiciais para equilíbrio do setor.** Conselho Nacional de Justiça – CNJ, 16 de junho de 2023. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/saude-suplementar-pontua-impacto-de-processos-judiciais-para-equilibrio-do-setor/>> Acesso em: 10 de ago. 2023.

o acesso à justiça como um direito inalienável, garantindo a todos os cidadãos a oportunidade de buscar a intervenção judicial toda vez que seus direitos forem infringidos ou violados.

Todavia, é importante destacar que uma parte da literatura acadêmica brasileira levanta questionamentos acerca da legitimidade do Poder Judiciário para deliberar sobre assuntos relacionados aos direitos sociais, particularmente no que tange ao direito à saúde, tendo em vista a necessidade de realocação orçamentária. Nesse ínterim, sustentam a improbidade de retirar dos órgãos legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir como os recursos públicos devem ser alocados.

Ao adotar essa perspectiva, é amplamente notório que se estaria indo de encontro à Constituição Federal, visto ser a própria redação constitucional que confere a legitimidade para que o Poder Judiciário intervenha judicialmente, mediante a devida provocação, em situação de violação do mínimo existencial no âmbito da saúde, isto é, o descumprimento das obrigações necessárias para assegurar o pleno exercício do Direito à Saúde pelos Poderes Executivo e Legislativo. Além do mais, conforme assevera José Afonso da Silva¹⁰³, deve ser garantido a cada indivíduo o direito a um tratamento digno em conformidade com o estado atual da ciência médica.

Nesse diapasão, acerca da importância da atuação jurisdicional, até mesmo no tocante à matéria de saúde, o jurista Cândido Rangel Dinamarco, *apud* Ladeia e Ladeia¹⁰⁴ escreve que o

Acesso à justiça não equivale a mero ingresso em juízo. A própria garantia constitucional da ação seria algo inoperante e muito pobre se se resumisse a assegurar que as pretensões das pessoas cheguem ao processo, sem garantir-lhes também um tratamento adequado. [...] Só tem acesso à ordem jurídica quem recebe justiça. E receber justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade.”

É patente, portanto, que, diante da inércia e omissão dos outros poderes, os quais possuem o condão de aviltar a norma jurídica declaratória do direito à saúde, o Judiciário torna-se legítimo para atuar ativamente, com o fito de suprir esta omissão e garantir a efetivação deste direito¹⁰⁵. Nesta perspectiva, Solange Rebeca Rodrigues¹⁰⁶ assevera que o Judiciário tem papel decisivo na concretização do texto constitucional, não podendo eximir-se da decisão frente ao caso concreto. Senão vejamos:

¹⁰³ SILVA, *op. cit.*, p. 309.

¹⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel *apud* LADEIA, Ana Carla; LADEIA, Ana Carolina, *op. cit.*, p. 485.

¹⁰⁵ CASTRO, *op. cit.*, p. 65.

¹⁰⁶ RODRIGUES, *op. cit.*, p. 209.

[...] não pode o judiciário eximir-se de decidir frente ao caso concreto. Deve ele realizar mandamentos que assegurem a realização dos fins sociais, obrigando que os demais poderes prestem o serviço que foi determinado pelo povo, pois há verdadeira responsabilidade solidária dos três poderes em face dos projetos de modificação das condições materiais de vida da sociedade. (RODRIGUES, 2012)¹⁰⁷

A intervenção judicial revela-se, nesse cenário, de extrema importância, sendo, assim, definida como constitucionalmente destinada à efetivação – e não apenas para declaração – dos direitos fundamentais, rumo à concretização do projeto de sociedade estabelecido pela Constituição, conforme destacado por Gladston Macedo¹⁰⁸. O autor prossegue ao afirmar que, no contexto do Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário desempenha um papel de agente transformador da realidade social, cumprindo uma função atual e progressista.

Sob este mesmo ponto de vista, cumpre destacar a visão dos ilustres Abramovich e Courtis, *apud* Strapazzon e Glovacky¹⁰⁹, os quais também sustentam a importância da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais. Os autores argumentam que o pleno exercício de um direito não se limita apenas à ação executada pelo Estado, como também engloba a presença de uma autoridade legal com o poder de emitir uma sentença, compelindo a parte inadimplente, isto é, o Estado a cumprir a obrigação estabelecida pelo direito.

É mister trazer à baila, contudo, que a judicialização do Direito à Saúde, a despeito de sua demonstrada importância, não deve ser interpretada como uma regra, mas sim uma medida excepcional assecuratória dos direitos e garantias fundamentais, conforme ressalta Macedo¹¹⁰. Nesse trilhar, a intervenção judicial só estaria autorizada em casos em que a atuação ou a omissão estatal fossem injustificadas.

Por sua vez, uma vez identificado o motivo que legitima a atuação judicial, é importante frisar que, em conformidade ao que estabelece o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, a separação dos poderes não pode ser invocada como óbice/justificativa para impedir a implementação, pelo Poder Judiciário, das prestações positivas necessárias à concretização dos direitos violados, especialmente diante da ineficácia dos órgãos originalmente responsáveis pela efetivação de tais preceitos.

Dessa forma, longe de configurar uma invasão na esfera normativa de outros poderes, a efetivação dos direitos fundamentais, particularmente em relação ao Direito à Saúde, representa

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ MACEDO, *op. cit.*, p. 177.

¹⁰⁹ ABRAMOVICH e COURTIS *apud* STRAPAZZON e GLOVACKY, *op. cit.*, p. 6.

¹¹⁰ *Ibidem*.

um exercício legítimo da competência constitucionalmente conferida ao Poder Judiciário. Por fim, destaca-se que, apesar de consciente e ferrenho defensor da legitimidade do Poder Judiciário, o ministro do STF Luís Roberto Barroso¹¹¹ entende que, mesmo quando devidamente legítima a sua intervenção, é crucial que o Judiciário atue com parcimônia, sempre buscando, acima de tudo, respeitar as opções legislativas e administrativas já estabelecidas.

Portanto, como restou evidenciado, a intervenção judicial direcionada à prevenção ou eliminação de lesões/violações de direitos, sobretudo no tocante ao direito à Saúde, é totalmente legítima, atuando como um elemento essencial na busca pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais consagrados na Magna Carta brasileira.

Assim, diante do progressivo e cada vez mais notório sucateamento do Sistema Único de Saúde combinado com a maior conscientização dos indivíduos quanto à abrangência de seus direitos, tornam-se mais frequentes as demandas judiciais que buscam assegurar a efetivação do Direito Fundamental à Saúde. As ações judiciais em comento têm como objetivo a obtenção de medicamentos/insumos, tratamentos médicos, assim como a disponibilização de exames ou simplesmente para garantir o acesso às consultas médicas. Logo, faz-se necessário analisar a abrangência da atuação judicial, bem como aspectos a serem considerados durante a sua intervenção.

4.3. A abrangência da intervenção judicial no âmbito do direito à saúde

Frente a esse novo cenário de judicialização do Direito à Saúde, é cediço que diversos debates emergem na doutrina e na jurisprudência brasileira, visando definir os limites da intervenção do judiciário no bojo de uma demanda judicial. Nesse contexto, conforme assevera Miriam Ventura *et al*¹¹², há um esforço para determinar até que ponto o judiciário pode intervir nas questões relacionadas ao acesso à saúde, delineando-se, assim, as fronteiras para a atuação judicial.

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Jurisp. Mineira, Belo Horizonte, a. 60, n.º 188, p. 29-60, jan./mar. 2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/es/estudobarroso.pdf>> Acesso em: 13 de dez. 2023.

¹¹² VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. **Judicialização da saúde, acesso à saúde e a efetividade do direito à saúde.** Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, p. 77-100, 2010. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/physis/a/35xXdQXR9JrdvpPmtkktL9F/>> Acesso em: 09 de nov. 2023.

Nesse contexto, é fundamental pontuar que, no desenvolvimento de sua tese, Castro (2016)¹¹³ sustenta a existência de duas modalidades de intervenção judicial, isto é, dois tipos específicos de situação que legitimam a possibilidade de judicializar-se o direito à saúde. Sob esta perspectiva, a primeira modalidade refere-se a situações em que a política de saúde pública já foi devidamente estabelecida, contudo, ocorre uma recusa administrativa na concessão do direito pleiteado, muitas vezes devido à falhas na gestão ou a falta de um planejamento adequado que impedem o indivíduo a ter acesso ao tratamento/medicamento já disponibilizado pelo ente estatal.

A referida possibilidade é também reconhecida por Barroso¹¹⁴ que defende a atuação do Poder Judiciário mesmo em situações em que existem as normas legais e os atos administrativos alinhados à Constituição, os quais são implementados de maneira consistente. Nessa toada, o ilustre ministro salienta a importância de que qualquer intervenção judicial nesse sentido seja conduzida com prudência e autocontrole.

Por outro lado, na visão de Castro¹¹⁵, o segundo cenário ocorre quando não há previsão nas políticas públicas e o direito não foi reconhecido na esfera administrativa. Isso se manifesta, por exemplo, em casos envolvendo medicamentos ou procedimentos médicos que não são abrangidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) ou que não foram registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – a ANVISA, devido, muitas vezes, à burocratização excessiva nos processos de avaliação e aprovação dos insumos. Tal cenário é o mais recorrente e, além disso, é aquele que provoca uma maior realocação de verbas públicas.

Dessa forma, em meio à prática cada vez mais recorrente da judicialização do direito à saúde, faz-se necessário estabelecer um limite para a abrangência da referida atuação, principalmente no que diz respeito à situação em que a política pública não abrange os medicamentos, insumos e tratamentos pleiteados, com o intuito de, assim, equilibrar a garantia individual de acesso à saúde com a autonomia do sistema de saúde pública.

Sob este ponto de vista, Ventura *et al*¹¹⁶ ramifica a discussão, ressaltando que, no hodierno debate jurídico, despontam três posições acerca da eficácia do direito à saúde e das possibilidades de atuação do Judiciário na determinação de prestações a serem cumpridas pelo

¹¹³ CASTRO, *op. cit.*, p. 65.

¹¹⁴ BARROSO, *op. cit.*, p. 43.

¹¹⁵ CASTRO, *loc. cit.*

¹¹⁶ VENTURA *et al*, *loc. cit.*

SUS. Cada abordagem reflete diferentes concepções sobre o papel do Estado e do Judiciário na garantia do acesso à Saúde.

Nessa conjuntura, a primeira vertente sustenta que a abrangência da atuação judicial no âmbito do Direito à Saúde deve restringir-se tão somente aos serviços e insumos disponibilizados nas listas e protocolos terapêuticos do Sistema Único de Saúde, os quais são previamente determinados pelo Estado. Esta abordagem destaca, assim, a necessidade de ajustar as expectativas individuais à realidade dos recursos e políticas públicas de saúde já previamente estabelecidas, resguardando, dessa forma, as verbas públicas.

Noutro norte, a segunda perspectiva recorda que o Direito à Saúde está intrinsecamente associado ao direito à vida e à integridade física do indivíduo. Portanto, é imperativo que o Poder Judiciário, em sua análise, leve em consideração a autoridade plena do médico responsável pela prescrição do medicamento/tratamento pleiteado, obrigando o SUS e o Estado a fornecer o tratamento indicado, independentemente dos custos a serem suportados pelo ente estatal e os demais prejuízos à máquina pública.

E, por fim, no que concerne a terceira vertente, Ventura *et al*¹¹⁷ enfatiza que a atuação judicial, no tocante à concretização do direito à saúde, deve contemplar sua máxima extensão possível. Nesse ínterim, cabe ao Judiciário, ao analisar o caso concreto, considerar e ponderar todos os direitos, bens e interesses em jogo. Tal abordagem busca, dessa forma, estabelecer o conteúdo da prestação devida pelo Estado de uma maneira justa e equilibrada, objetivando garantir a plena efetivação do Direito à Saúde.

Portanto, ao explorar todas as possibilidades disponíveis de atuação e abrangência, a terceira abordagem revela-se como a mais apropriada e, por conseguinte, é aqui defendida. Essa escolha fundamenta-se na compreensão da sinergia entre saúde e direito, buscando assegurar ao cidadão tanto o acesso à justiça quanto à saúde sem que cause maiores prejuízos à coletividade e ao SUS, consoante defende Leivas, *apud* Ventura *et al*¹¹⁸.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ LEIVAS *apud* VENTURA *et al*, *loc. cit.*

4.4. Aspectos a considerar na atuação do Poder Judiciário em questões relacionadas ao Direito à Saúde

No contexto da judicialização do Direito à Saúde, fenômeno em constante crescimento no cenário brasileiro, é fundamental pontuar as críticas direcionadas à intervenção excessiva do Poder Judiciário nessa esfera, conforme apontado por parte da doutrina. Nesse diapasão, de acordo com o que afirma Barroso¹¹⁹, tais críticas sustentam que a crescente judicialização da saúde pode resultar na limitação da capacidade do Estado em realizar um planejamento eficaz, comprometendo, assim, a eficiência administrativa no atendimento às necessidades da população. Outrossim, apesar de proporcionar uma resposta imediata às demandas individuais, esse cenário poderia, globalmente, impedir a otimização das capacidades estatais no que se refere à promoção da saúde pública.

Torna-se crucial, nessa toada, adotar precauções e critérios na aplicação dos mecanismos processuais – os quais vão desde ações individuais até ações coletivas – que viabilizam a intervenção judicial, com o fito, dessa forma, de assegurar a concretização de um direito constitucionalmente consagrado, nos moldes do art. 196, *caput*, da CRFB/88, à medida em que se evitam danos ao Sistema Único de Saúde (SUS) e, por extensão, à população em geral, conforme enfatiza os autores Gandini, Barione e Souza¹²⁰.

Em sua obra, os autores¹²¹ discorrem acerca da judicialização do direito à saúde para obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos. Diante desse cenário, eles propõem alguns critérios que podem ser considerados e utilizados pelo magistrado no âmbito de uma ação judicial relacionadas ao pedido de fornecimento de insumos e tratamentos não constantes nos atos normativos do SUS, os quais são, a saber: a observância do princípio ativo do medicamento pleiteado e a relevância da prescrição no tratamento do paciente, assim como a verificação do registro do insumo terapêutico postulado.

No que concerne ao primeiro critério aduzido, Gandini, Barione e Souza sustentam que o Poder Judiciário deve sempre estar atento ao princípio ativo do medicamento requerido, tendo em vista que, com frequência, as demandas referem-se ao nome comercial do insumo pleiteado. Dessa forma, mostra-se fundamental que a avaliação judicial leve em conta a

¹¹⁹ BARROSO, *op. cit.*, p. 44.

¹²⁰ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. **A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências.** Academia Brasileira de Direito, São Paulo, 1 fev. 2008. Disponível em: <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=1451&categoria=Sanitário> Acesso em: 06 de nov. 2023.

¹²¹ *Ibidem*.

substância essencial do medicamento, isto porque há a possibilidade desta já ser regularmente disponibilizada pelo Estado por meio do SUS. Nessa esteira, uma possível condenação do Poder Público a comprar e fornecer o medicamento prescrito pelo nome comercial pode acarretar grandes prejuízos – o que deve, sempre que possível, ser evitado.

Por sua vez, torna-se imprescindível verificar a relevância da prescrição médica no que se refere ao tratamento do paciente. Nesse contexto, é responsabilidade do Poder Judiciário, no bojo de um processo, garantir a avaliação criteriosa da adequação/necessidade do medicamento ou insumo prescrito ao diagnóstico médico, bem como examinar os tratamentos anteriormente realizados pelo requerente e se houve utilização das opções terapêuticas disponibilizadas pelo SUS. Os autores sustentam que a ausência dessa verificação poderia resultar na validação judicial de prescrições negligentes e tratamentos inócuos.

Todavia, é mister frisar que, no tocante a este ponto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), consolidou a tese de que o Poder Judiciário pode compelir o Estado a fornecer medicamentos ou insumos que não constem nas listas e nos protocolos terapêuticos do SUS, com base em circunstâncias específicas e considerando as necessidades do paciente. A tese em questão é proveniente do julgamento do Recurso Especial de n.º 1.657.156/RJ¹²² – pacificado no Tema 106 do STJ. Por conseguinte, a concessão de medicamentos não contemplados nos atos normativos do SUS se tornou admissível, desde que preenchidos cumulativamente os requisitos necessários, quais sejam:

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

- i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

No que diz respeito a essa perspectiva, Luís Roberto Barroso¹²³ amplia o entendimento aqui exposto, sugerindo que, no âmbito de ações coletivas, modificações das listas e protocolos

¹²² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Tema 106). Resp: 1.657.156/RJ. Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Data de julgamento: 25 de abri. de 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=106&cod_tema_final=106> Acesso em: 10 de jan. 2024.

¹²³ BARROSO, *op. cit.*, p. 48.

do SUS podem ser objeto de discussão. Nesse contexto, o Judiciário poderia revisar a lista elaborada por determinado ente federativo e, ao identificar um desvio significativo na avaliação dos Poderes Públicos, ordenar a inclusão de um medicamento específico.

Não obstante, os ilustres juristas Gandini, Barione e Souza¹²⁴ sustentam, por fim, que se mostra crucial que o magistrado, ao analisar o caso concreto de uma demanda judicial associada ao direito à saúde, esteja ciente da existência ou não de registro do medicamento/insumo na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Isto decorre do fato de que a comercialização de um composto medicamentoso depende de sua aprovação pelo órgão competente vinculado ao Ministério da Saúde, visando, dessa forma, garantir a segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos e insumos comercializados no território brasileiro.

Em relação a isso, é fundamental destacar que, em sede de julgamento do Recurso Extraordinário de n.º 657.718/MG¹²⁵, o Supremo Tribunal Federal (STF) firmou o entendimento de que o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos/insumos que não possuam registro na ANVISA. Nessa esteira, a decisão consolida o entendimento de que o registro no órgão competente constitui uma salvaguarda à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país. Além disso, restou determinado que o Estado também não pode ser compelido a fornecer medicamentos experimentais, senão vejamos:

DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS NA ANVISA. IMPOSSIBILIDADE DE DISPENSAÇÃO POR DECISÃO JUDICIAL, SALVO MORA IRRAZOÁVEL NA APRECIACÃO DO PEDIDO DE REGISTRO. 1. Como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) por decisão judicial. O registro na Anvisa constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços. 2. No caso de medicamentos experimentais, i.e., sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los. Isso, é claro, não interfere com a dispensação desses fármacos no âmbito de programas de testes clínicos, acesso expandido ou de uso compassivo, sempre nos termos da regulamentação aplicável. [...]

¹²⁴ GANDINI, BARIONE e SOUZA, *loc. cit.*

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE: 657.718/MG. Direito constitucional. Recurso extraordinário com repercussão geral. Medicamentos não registrados na ANVISA. Impossibilidade de dispensação por decisão judicial, salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de registro. Provimento parcial do Recurso Extraordinário. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de julgamento: 22 de maio de 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312026>> Acesso em: 09 de jan. 2024.

Contudo, salienta-se que não há qualquer incongruência entre as decisões proferidas pelo STJ e STF nas ações que resultaram nos temas 106 e 500, respectivamente. Isto porque, a decisão do STJ autoriza o fornecimento de medicamentos/insumos não constantes na listagem do SUS, mas que devem ter, obrigatoriamente, o registro e a aprovação da ANVISA. Em contrapartida, o STF decide pela impossibilidade de fornecimento de medicamentos sem registro no órgão competente vinculado ao Ministério da Saúde.

Ademais, cabe frisar que, no que tange aos medicamentos que possuem eficácia comprovada e segurança atestada, mas que ainda não obtiveram o devido registro na ANVISA, o STF¹²⁶ abriu exceção, consolidando o entendimento consoante o qual permite o fornecimento excepcional do fármaco por meio de decisão judicial, desde que evidenciada a demora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de aprovação e registro. Esta possibilidade, porém, precisa ser respaldada cumulativamente por três condições, a saber: i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; ii) registro do medicamento pleiteado em renomadas agências de regulação no exterior; e, por fim, iii) ausência de substituto terapêutico já registrado na ANVISA.

4.5. Análise jurisprudencial da atuação do Poder Judiciário brasileiro nos processos acerca do direito à saúde

Mercê de todo o exposto ao longo desta pesquisa, torna-se evidente a importância e a posição de destaque que a saúde alcançou na Constituição Federal de 1988, tendo sido erguido à categoria de direito fundamental de natureza social (Art. 6 e 196 da CRFB/88) e, independente das várias discussões acerca desta temática, faz jus ao instituto da aplicabilidade imediata. Ademais, cabe ao Estado de maneira solidária – em sentido lato a União, Estados, Municípios e Distrito Federal – a responsabilidade-dever de efetivar este direito.

Ato contínuo, no que diz respeito às diversas controvérsias existentes, o Judiciário brasileiro tem sido palco principal na resolução de conflitos relacionados ao acesso à saúde, assim como instrumento de efetivação deste direito. Nesse ínterim, a atuação do Tribunal Regional Federal da 5ª Região tem sido no sentido de não medir esforços à realização do direito

¹²⁶ *Ibidem.*

à saúde, tendo em vista sua estreita relação com a garantia à vida e a dignidade da pessoa humana, senão vejamos

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS. DIREITO À VIDA. 1. Agravo de Instrumento manejado pela UNIÃO em face da decisão que deferiu o pedido de tutela de urgência "para determinar à UNIÃO e ao ESTADO DO CEARÁ que prestem *assistência farmacêutica* à promovente, fornecendo-lhe, no prazo máximo de 20 (vinte) dias, o medicamento prescrito por receituário médico, conforme dantes assentado, qual seja, NINTEDANIBE (OFEV), na dose e forma prevista em relatório médico anexado aos autos, a fim de garantir o seu tratamento e sobrevivência, independentemente deste medicamento constar em lista de medicamentos de dispensação excepcional (alto custo) do Ministério da Saúde". 2. Cumpre anotar que a Carta Magna de 1988 erige a saúde ao patamar de direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido lato (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso ao tratamento necessário à cura de suas mazelas, em especial, as mais graves. 3. Admitir a negativa de tratamento pelo Poder Público equivaleria a obstar o direito à vida, direito fundamental assegurado pela Constituição Federal/88, merecedor de toda a forma de proteção do Estado. 4. Cumpre realçar que apenas profissionais habilitados, que estão fazendo o devido acompanhamento do paciente, são capazes de diagnosticar a doença e prever o tratamento mais adequado ao caso concreto, como ocorreu com a Agravada, sendo, portanto, devido a ela o fármaco prescrito pelos médicos. 5. Desta forma, há respaldo suficiente para julgar que, no caso em comento, o medicamento prescrito é imprescindível ao tratamento de que necessita o Agravado. Agravo de Instrumento improvido. *tcv* (PROCESSO: 08117629520234050000, AGRAVO DE INSTRUMENTO, DESEMBARGADOR FEDERAL CID MARCONI GURGEL DE SOUZA, 3ª TURMA, JULGAMENTO: 07/12/2023)¹²⁷

CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. TEOZOLAMIDA (TEMODAL). PACIENTE PORTADORA DE NEOPLASIA MALIGNA. ASTROCITOMA ANAPLÁSICO GRAU III (CID10: C.71). POLÍTICA NACIONAL DE ATENÇÃO ONCOLÓGICA. INEFICÁCIA DA MEDICAÇÃO FORNECIDA PELO SUS. HIPOSSUFICIÊNCIA DA PACIENTE. MEDICAMENTO REGISTRADO NA ANVISA. TEMA 106 DO STJ. DIREITO A RESSARCIMENTO. TEMA 793 DO STF. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. [...] 3. O direito fundamental à saúde, de aplicabilidade imediata, consta no art. 196 da CF como de responsabilidade da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, cabendo a eles a garantia da sua efetivação por meio da promoção conjunta de políticas públicas de acesso universal às ações e serviços para a redução do risco de doença. 4. A repartição de competências entre União, Estados e Municípios no que diz respeito à disponibilização de tratamentos médicos deverá ser realizada administrativamente e observar, naquilo que for admissível, as regras do SUS para a autorização de procedimentos de alta complexidade. [...] 6. Os paradigmas do REsp 1.657.156/RJ (Tema 106) e RE 855.178-ED/SE (Tema 793) são de perfeita aplicação no caso concreto, razão pela qual a decisão agravada foi correta ao determinar à UNIÃO e Estado a responsabilidade pelo financiamento do TEMOZOLAMIDA (TEMODAL®). 7. No caso em deslinde, o magistrado singular determinou o fornecimento do fármaco TEMOZOLAMIDA, assegurando à autora, de 40 anos de idade, portadora de neoplasia maligna do encéfalo (CID10C71), detectada em 16/04/2022. 8. Consta nos autos que a autora já foi submetida a tratamento cirúrgico, em 29/04/2022, com ressecção da lesão resultado de astrocitoma anaplásico

¹²⁷ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 5ª Região (3ª turma). Processo 08117629520234050000.

Desembargador Cid Marconi Gurgel de Souza. Data de julgamento: 07/12/2023. Processual Civil. Agravo de Instrumento. Fornecimento de Medicamento. Responsabilidade Solidária dos Entes Públicos. Direito à Vida. Agravante: União Federal. Agravado: Estado do Ceará e José Salviano do Nascimento. Acesso em: 25 de jan. 2024.

glioma grau III, sendo encaminhada para IMIP, quando recebeu indicação de tratamento complementar com radioterapia por 30 sessões, iniciada em 08/07/2022, e uso de medicação associada TEMOZOLOMIDA (Temodal®). 9. O fármaco Temozolamida tem registro na ANVISA, com indicação expressa para a patologia que acomete a recorrida, não se tratando de terapia experimental ou de uso off label. O medicamento pode ser encontrado facilmente nas farmácias, inclusive, na versão genérica aprovada pela ANVISA, reduzindo os custos com sua aquisição. [...] 15. Agravo de instrumento desprovido. (PROCESSO: 08124473920224050000, AGRAVO DE INSTRUMENTO, DESEMBARGADOR FEDERAL RODRIGO ANTONIO TENÓRIO CORREIA DA SILVA, 6ª TURMA, JULGAMENTO: 05/12/2023)¹²⁸

Nesse diapasão, ambos os julgados demonstram a expertise do Poder Judiciário brasileiro no deslinde dos conflitos envolvendo o direito à saúde no Brasil, seja na utilização dos critérios já estabelecidos pelo STF e STJ para análise processual da verossimilhança, da urgência do pedido, dos tratamentos já realizados pelo indivíduo, bem como a eficácia do medicamento/insumo pleiteado em relação aos disponibilizados pelo SUS.

Não obstante, ressalta-se que a intervenção jurisdicional tem sido pacífica em ressaltar a saúde como direito fundamental de aplicabilidade imediata e de responsabilidade solidária entre os entes da federação. Tal entendimento jurisprudencial, contudo, não é exclusivo do TRF da 5ª Região, estando presente na jurisprudência de outros tribunais brasileiros, sinalizando, assim, uma uniformização nesse sentido, senão vejamos outros precedentes judiciais

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. USTEQUINUMABE. ENTES FEDERADOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DIREITO À SAÚDE. ART. 196/CF. TEMA Nº 106/STJ. REQUISITOS PREENCHIDOS. IMPRESCINDIBILIDADE DA PRESCRIÇÃO DO MEDICAMENTO. INSUFICIÊNCIA DO PROTOCOLO TERAPÊUTICO DISPONIBILIZADO PELO SUS. HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. REGISTRO DO FÁRMACO JUNTO À ANVISA. INCORPORAÇÃO AO SUS. RELATORIO MÉDICO. RENOVAÇÃO PERIÓDICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO POR EQUIDADE. ART. 85, §8º, DO CPC. PRECEDENTES DO STJ. APELAÇÃO DA PARTE AUTORA PROVIDA. 1 – O direito à saúde é assegurado pela Constituição Federal de 1988, que, em seu art. 196, dispõe: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. 2 - A seu turno, o art. 198 contempla, expressamente, a participação da União no financiamento do Sistema Único de Saúde – SUS. 3 - No que diz com a temática relativa ao acesso de medicamentos de alto custo não fornecidos pelo SUS, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp nº

¹²⁸ BRASIL, Tribunal Regional da 5ª Região (6ª turma). Processo 08124473920224050000. Desembargador Rodrigo Antônio Tenório Correia da Silva. Data de julgamento: 05/12/2023. Constitucional. Agravo De Instrumento. Fornecimento de Medicamento. Teozolamida (Temodal). Paciente portadora de Neoplasia Maligna. Astrocitoma Anaplásico Grau Iii (Cid10: C.71). Política Nacional De Atenção Oncológica. Ineficácia Da Medicação Fornecida Pelo Sus. Hipossuficiência Da Paciente. Medicamento registrado na Anvisa. Tema 106 do STJ. Direito A Ressarcimento. Tema 793 do STF. Agravo de Instrumento Desprovido. Agravante: União Federal. Agravada: Andrea Gomes de Melo. Acesso em: 25 de jan. 2024.

1.657.156/RJ, em sede de recurso representativo de controvérsia repetitiva (cadastrado sob Tema nº 106), assentou entendimento no sentido de que "a concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro do medicamento na ANVISA". 4 - No mesmo sentido, é tranqüila a jurisprudência no sentido da existência de responsabilidade solidária entre os entes da federação (União, Estados e Municípios), a ensejar o satisfatório funcionamento do Sistema Único de Saúde – SUS, razão bastante para qualquer um deles deter plena legitimidade para figurar no polo passivo de demandas visando a aquisição e fornecimento de medicamentos. [...] 7 - Produziu-se, durante a instrução, parecer NATJUS, o qual trouxe conclusão FAVORÁVEL à utilização do medicamento pleiteado. Destaque-se, para o que aqui interessa, excerto do documento: “Conforme os dados dos relatórios clínicos anexados, paciente já utilizou outras opções de tratamento disponíveis no SUS como as medicações biológicas da classe anti-TNF infliximabe e adalimumabe, que são as medicações constantes do PCDT da doença. (...) é clinicamente coerente a solicitação de medicamento com outro mecanismo de ação farmacológica”. [...] 14 – Apelação interposta pela parte autora provida. (TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5004767-29.2023.4.03.6318, Rel. Desembargador Federal CARLOS EDUARDO DELGADO, julgado em 18/12/2023, Intimação via sistema DATA: 30/12/2023)¹²⁹

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. NIVOLUMABE. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. PRELIMINAR REJEITADA. PRINCÍPIOS DA RESERVA DO POSSÍVEL E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. § 3º art. 85 do CPC. SENTENÇA MANTIDA. 1. Incumbe ao Estado a garantia do direito à saúde, assegurado constitucionalmente, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção e proteção desse direito (art. 196 da Constituição Federal de 1988). 2. Os três entes federados são solidariamente responsáveis pelo dever de prestar assistência à saúde (Tema 793 - RE 855.178/SE, Rel. Min. Luiz Fux, DJe -050 16/03/2015). Assim, em casos como o presente, não se cogita da ilegitimidade passiva de nenhum deles para responder à pretensão. Preliminar de ilegitimidade passiva afastada. [...] 5. Conforme consolidada jurisprudência do STJ e do STF, a intervenção do Judiciário voltada para garantir a prestação de direitos sociais, como a tutela do direito à saúde com a determinação de distribuição de medicamentos, não viola o princípio da separação dos poderes, sem prejuízo da constatação de que a atuação do Estado-juiz deve ser pautada pela prudência e moderação, limitando-se a garantir a implementação de um direito fundamental posto em risco em decorrência da omissão ou ineficiência estatal. 6. A cláusula da reserva do possível não pode ser invocada como justificativa para a inércia governamental no adimplemento de uma prestação positiva imposta ao poder público pela Constituição Federal, como é o caso do fornecimento de fármacos, sob pena de se comprometer a própria eficácia da norma constitucional. Na mesma linha, a cláusula da reserva do possível se ressentir de higidez diante da necessidade de

¹²⁹ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 3ª Região (3ª turma). Processo 5004767-29.2023.4.03.6318. Relator: Des. Federal Carlos Eduardo Delgado, data de julgamento: 18/12/2023. Constitucional. Processual civil. Administrativo. Fornecimento de medicamento de alto custo. Ustequinumabe. Entes federados. Responsabilidade solidária. Direito à saúde. Art. 196/cf. Tema nº 106/stj. Requisitos preenchidos. Imprescindibilidade da prescrição do medicamento. Insuficiência do protocolo terapêutico disponibilizado pelo SUS. Hipossuficiência econômica. Registro do fármaco junto à anvisa. Incorporação ao sus. Relatório médico. Renovação periódica. Honorários advocatícios. Fixação por equidade. Art. 85, §8º, do cpc. Precedentes do stj. Apelação da parte autora provida. Apelante: Luis Gustavo de Oliveira Silva. Apelados: Município de Ribeirão Corrente, Estado de São Paulo e União Federal. Acesso em: 26 de jan. 2024.

atendimento de direitos inerentes ao chamado mínimo existencial, ao que se agrega sua insubsistência nas hipóteses em que o poder público não comprovar a impossibilidade orçamentária de cumprir com sua obrigação. Precedentes do STF. [...] 8. Hipótese em que a parte autora preenche todos os requisitos necessários ao recebimento dos medicamentos (Nivolumabe), não sendo razoável que em razão do alto custo, lhe seja negado o tratamento. [...] 13. Apelação desprovida. 14. Majoração dos honorários em um ponto percentual sobre a base de cálculo fixada na sentença. (AC 1026225-68.2020.4.01.3300, DESEMBARGADORA FEDERAL KATIA BALBINO DE CARVALHO FERREIRA, TRF1 - SEXTA TURMA, PJe 30/09/2023 PAG.)¹³⁰

Sob essa perspectiva, indo além do já mencionado de forma exauriente ao longo deste trabalho, a jurisprudência brasileira é inconteste ao afirmar a legitimidade do Poder Judiciário em intervir ativamente, quando devidamente provocado, na concretização do Direito Fundamental à Saúde, ressaltando-se, porém, a necessidade de uma atuação cautelosa e responsável. Ademais, torna-se claro a inoponibilidade da cláusula da reserva do possível como justificativa para a inércia e omissão do Poder Público, tendo em vista a necessidade do cumprimento do mínimo existencial em saúde.

Por fim, faz-se necessário pontuar que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹³¹ é responsável por divulgar anualmente os dados estatísticos do Poder Judiciário, no que tange à atuação do Judiciário nas mais diversas áreas do Direito. Tais dados são essenciais para, além das jurisprudências elencadas, analisar como tem sido a atuação do Judiciário no tocante às demandas judiciais que buscam a efetivação do direito à saúde.

No que diz respeito ao direito à saúde, considerando os dados divulgados até agosto de 2023, mediante o painel de estatísticas processuais do direito à saúde, observa-se que, dentre os 83.945.865 (oitenta e três milhões, novecentos e quarenta e cinco mil, oitocentos e sessenta e cinco) dos processos atualmente em trâmite no Poder Judiciário brasileiro, aproximadamente 573.700 (quinhentos e setenta e três mil e setecentos) estão relacionados à demandas judiciais que envolvem o direito à saúde, o que representa tão somente 0,68%. Ademais, destaca-se que

¹³⁰ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região (6ª turma). Processo 1026225-68.2020.4.01.3300. Relator: Des. Federal Katia Balbino de Carvalho Ferreira, data de julgamento: 30/09/2023. Constitucional e administrativo. Direito à saúde. Fornecimento de medicamento de alto custo. Nivolumabe. Ausência de interesse de agir. Litisconsórcio passivo necessário. Ilegitimidade passiva da união. Preliminar rejeitada. Princípios da reserva do possível e da separação dos poderes: ausência de violação. Honorários advocatícios. Critérios de fixação. § 3º art. 85 do cpc. Sentença mantida. Acesso em: 26 de jan. 2024.

¹³¹ CNJ - Conselho Nacional de Justiça. Estatísticas Processuais do Direito à Saúde. Brasília, DF. CNJ, 2023. Disponível em: <<https://painel-estatistica.stg.cloud.cnj.jus.br/estatisticas.html>> Acesso em: 26 de jan. 2024.

do número de ações referentes à saúde, cerca de 222.350 (duzentos e vinte e dois mil, trezentos e cinquenta) processos foram ajuizados apenas em 2023.

Na amostragem em tela, o CNJ ainda avalia o Índice de Atendimento à Demanda (IAD), o qual sinaliza a relação entre o número de processos baixados e o número de novos casos apresentados no mesmo período. Esta taxa situa-se em 116,98%, a qual é considerada excelente, indicando que mais ações estão sendo concluídas do que protocoladas. Isso evidencia, portanto, uma eficiência notável do sistema judiciário em lidar com os litígios relacionados ao direito à saúde, contrariando a tese de que as referidas ações judiciais estariam sobrecarregando o Judiciário.

Em síntese, torna-se evidente que o Poder Judiciário, ao intervir ativamente na concretização dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, em especial na realização do direito à saúde – o cerne da presente pesquisa – tem atuado respeitando os critérios específicos e as precauções adotadas pelos Tribunais Superiores, garantindo uma maior uniformização da intervenção jurisdicional. Esta abordagem, conforme restou patente, mostra-se essencial no tocante a assegurar uma intervenção mais uniforme e racional do Poder Judiciário, à medida que evita, a longo prazo, causar danos ao SUS e à população em geral.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o seu início, a presente pesquisa abordou os tópicos relacionados à jornada do Direito à Saúde ao longo da trajetória constitucional brasileira, destacando-se o progresso em sua compreensão como um direito fundamental social e universal, à medida em que se ressalta, sobretudo, a relevância da atuação jurisdicional, quando devidamente provocada, na promoção, salvaguarda e concretização desta garantia social de natureza fundamental – intervenção a qual se denominou judicialização do direito à saúde.

Nesse ponto, a despeito de ser, inicialmente, uma responsabilidade-dever do Estado, de acordo com os moldes constitucionais, evidenciou-se ser também totalmente legítima a intervenção judicial no âmbito do Direito à Saúde. Esta constatação decorre como imposição do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Assim, ao ser identificado ações ou omissões contrárias à norma jurídica definidora dos direitos sociais, em particular do direito à saúde, resultando em violação ou lesão ao direito do indivíduo, confere-se pleno respaldo à atuação do Poder Judiciário.

Sob esta perspectiva, uma vez reconhecida a possibilidade de intervenção judicial no tocante à concretização do direito à saúde, tornou-se claro que ela deve ser interpretada como uma medida excepcional e extraordinária, sendo, para tanto, conduzida com bastante cautela e parcimônia, fundamentada em critérios que definam a abrangência e os limites para a tutela jurisdicional. Esta abordagem se revela essencial para prevenir potenciais danos e prejuízos à coletividade e ao Sistema Único de Saúde.

Ademais, subsidiariamente, buscou-se demonstrar que, apesar de ser um direito social, a saúde encontra-se intrinsecamente associada à vida e à dignidade da pessoa humana, razão pela qual é, sim, um direito fundamental. Nesse diapasão, consoante restou evidente, a natureza programática das normas veiculadoras de direitos sociais, assim como a necessidade patente de dispêndio de recursos públicos, não pode servir de óbice à concretização do direito à saúde ou como justificativa para o subfinanciamento e a gradativa defasagem do SUS. E, além disso, por ser considerado um direito fundamental, a saúde faz jus à incidência do instituto da aplicação imediata.

Nesse cenário, diante da problemática apresentada e analisada no que diz respeito à prática da judicialização do direito à saúde, a presente pesquisa atingiu, assim, seus objetivos elencados ao evidenciar a legitimidade da atuação judicial na efetivação deste direito

extremamente relevante à vida e à dignidade da pessoa humana, destacando-se, ainda, a importância de agir com a devida cautela e parcimônia.

Por fim, as informações empregadas e os dados estatísticos utilizados sugerem que, longe de ser um obstáculo, a judicialização do direito à saúde pode ser compreendida como um instrumento/ferramenta que, quando utilizada de maneira responsável, contribui para a garantia e proteção do direito fundamental à saúde, assegurando o acesso de maneira universal, igualitária e integral.

Por fim, vislumbrando-se dias melhores, as pesquisas acerca da judicialização do direito à saúde e da atuação do Poder Judiciário neste âmbito deveras importante desempenham um papel crucial na compreensão aprofundada dos mecanismos e impactos dessa prática. Assim, ao incentivar os estudos nessa área de pesquisa, abre-se a possibilidade de aprimorar a eficácia das intervenções judiciais no âmbito do direito à saúde, promovendo uma análise crítica dos casos e de seus possíveis desdobramentos.

Além disso, a pesquisa proporciona um espaço adequado à identificação de melhores práticas, contribuindo rumo ao desenvolvimento de diretrizes e critérios mais claros e eficientes, como também fortalece a base teórica necessária para embasar e fundamentar as decisões judiciais, com o fito de garantir um equilíbrio entre a justiça individual e a preservação do bem-estar coletivo no sistema de saúde.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Eder Marques de; ALMEIDA, Gustavo Barçante de; PORTES, Paola Alvarenga. **O mito da teoria da reserva do possível: os impasses do orçamento público para o desenvolvimento dos direitos sociais.** Direito e Desenvolvimento, v. 4, n. 8, p.33-57, 5 de jun. de 2017. Disponível em: < <https://egov.ufsc.br/portal/en/conteudo/o-mito-da-teoria-da-reserva-do-poss%C3%ADvel-os-impasses-do-or%C3%A7amento-p%C3%ABblico-para-o> > Acesso em 26 de dez. 2023.

BARRETO, Irineu Francisco Júnior, PAVANI, Miriam. **O Direito à Saúde na Ordem Constitucional brasileira.** Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, v. 14, n. 2, p. 71-100, jul/dez. 2013. Disponível em: <<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/263/182>> Acesso em: 18 de nov. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Jurisp. Mineira, Belo Horizonte, a. 60, n.º 188, p. 29-60, jan./mar. 2009. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/es/estudobarroso.pdf> > Acesso em: 13 de dez. 2023.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 27 de nov. 2023

BRASIL, Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em: 14 de nov. 2023

BRASIL, Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> Acesso em: 17 de nov. 2023.

BRASIL, Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> Acesso em: 14 de nov. 2023.

BRASIL, Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> Acesso em 17 de nov. 2023.

BRASIL, Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em 17 de nov. 2023.

BRASIL, Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil, de 15 de março de 1967. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em: 17 de nov. 2023.

BRASIL, Senado Federal (2013). A Participação Popular nos 25 anos da Constituição Cidadã. Brasília, 2013. Disponível em: <<https://www.senado.leg.br/noticias/especiais/constituicao25anos/exposicao-senado-galeria/participacao-popular.htm>> Acesso em: 20 de nov. 2023.

BRASIL, Lei N.º 8.080/90, 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. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm> Acesso em: 01 de dez. 2023.

BRASIL, Lei n.º 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm> Acesso em: 25 de jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE: 657.718/SE. Recurso extraordinário. Constitucional e administrativo. Direito à saúde. Tratamento médico. Responsabilidade solidária dos entes federados. Reafirmação de jurisprudência. Recurso extraordinário desprovido. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente. Relator: Min. Luiz Fux. Data de Julgamento: 19 de dez. de 2014. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=5452582>> Acesso em: 11 de jan. 2024.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF n.º 45/DF. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração). Relator: Min. Celso de Mello. Data de Julgamento: 29 de mar. 2014. Disponível em: <[https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF%20-%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%BAblicas%20-%20Interven%C3%A7%C3%A3o%20Judicial%20-%20Reserva%20do%20Poss%C3%ADvel%22%20\(Transcri%C3%A7%C3%B5es\)](https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF%20-%20Pol%C3%ADticas%20P%C3%BAblicas%20-%20Interven%C3%A7%C3%A3o%20Judicial%20-%20Reserva%20do%20Poss%C3%ADvel%22%20(Transcri%C3%A7%C3%B5es))> Acesso em: 28 de dez. 2023.

BRASIL. Lei N.º 9.313, de 13 de novembro de 1996. Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS. Brasília, DF. Diário Oficial da União,

1996. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19313.htm> Acesso em: 03 de jan. 2024.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Tema 106). Resp: 1.657.156/RJ. Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Data de julgamento: 25 de abri. de 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=106&cod_tema_final=106> Acesso em: 10 de jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE: 657.718/MG. Direito constitucional. Recurso extraordinário com repercussão geral. Medicamentos não registrados na ANVISA. Impossibilidade de dispensação por decisão judicial, salvo mora irrazoável na apreciação do pedido de registro. Provimento parcial do Recurso Extraordinário. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de julgamento: 22 de maio de 2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312026>> Acesso em: 09 de jan. 2024.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 5ª Região (3ª turma). Processo 08117629520234050000. Desembargador Cid Marconi Gurgel de Souza. Data de julgamento: 07/12/2023. Processual Civil. Agravo de Instrumento. Fornecimento de Medicamento. Responsabilidade Solidária dos Entes Públicos. Direito à Vida. Agravante: União Federal. Agravado: Estado do Ceará e José Salviano do Nascimento. Acesso em: 25 de jan. 2024.

BRASIL, Tribunal Regional da 5ª Região (6ª turma). Processo 08124473920224050000. Desembargador Rodrigo Antônio Tenório Correia da Silva. Data de julgamento: 05/12/2023. Constitucional. Agravo De Instrumento. Fornecimento de Medicamento. Teozolamida (Temodal). Paciente portadora de Neoplasia Maligna. Astrocitoma Anaplásico Grau Iii (Cid10: C.71). Política Nacional De Atenção Oncológica. Ineficácia Da Medicação Fornecida Pelo Sus. Hipossuficiência Da Paciente. Medicamento registrado na Anvisa. Tema 106 do STJ. Direito A Ressarcimento. Tema 793 do STF. Agravo de Instrumento Desprovido. Agravante: União Federal. Agravada: Andrea Gomes de Melo. Acesso em: 25 de jan. 2024.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 3ª Região (3ª turma). Processo 5004767-29.2023.4.03.6318. Relator: Des. Federal Carlos Eduardo Delgado, data de julgamento: 18/12/2023. Constitucional. Processual civil. Administrativo. Fornecimento de medicamento de alto custo. Ustequinumabe. Entes federados. Responsabilidade solidária. Direito à saúde. Art. 196/cf. Tema nº 106/stj. Requisitos preenchidos. Imprescindibilidade da prescrição do medicamento. Insuficiência do protocolo terapêutico disponibilizado pelo SUS. Hipossuficiência econômica. Registro do fármaco junto à anvisa. Incorporação ao sus. Relatorio médico. Renovação periódica. Honorários advocatícios. Fixação por equidade. Art. 85, §8º, do cpc. Precedentes do stj. Apelação da parte autora provida. Apelante: Luis Gustavo de Oliveira Silva. Apelados: Município de Ribeirão Corrente, Estado de São Paulo e União Federal. Acesso em: 26 de jan. 2024.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região (6ª turma). Processo 1026225-68.2020.4.01.3300. Relator: Des. Federal Katia Balbino de Carvalho Ferreira, data de julgamento: 30/09/2023. Constitucional e administrativo. Direito à saúde. Fornecimento de medicamento de alto custo. Nivolumabe. Ausência de interesse de agir. Litisconsórcio passivo necessário. Ilegitimidade passiva da união. Preliminar rejeitada. Princípios da reserva do

possível e da separação dos poderes: ausência de violação. Honorários advocatícios. Critérios de fixação. § 3º art. 85 do cpc. Sentença mantida. Acesso em: 26 de jan. 2024.

BRITO-SILVA, Keila; BEZERRA, Adriana Falangola Benjamin; TANAKA, Oswaldo Yoshimi. **Direito à Saúde e integralidade: uma discussão sobre os desafios e caminhos para sua efetivação.** Interface – Comunicação, Saúde, Educação. Volume 16, n. 40, p. 249-259, jan./mar. 2012. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/icse/a/WC7GKD4py6Cq7cLdRvDZx3H/abstract/?lang=pt>> Acesso em 11 de dez. 2021

CARVALHO, Mariana Siqueira. **A Saúde como Direito Social Fundamental na Constituição Federal de 1988.** Revista de Direito Sanitário, vol. 4, n. 2, julho de 2003. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjHmome4dKCAxW5rJUCHWu8A4kQFnoECA0QAw&url=https%3A%2F%2Fwww.revistas.usp.br%2Frdisan%2Farticle%2Fdownload%2F81181%2F84812%2F112531&usg=AOvVaw06mmzceatdjNUd3h_IbQA&opi=89978449> Acesso em 05 de nov. 2023.

CASTRO, Emmanuelle Konzen. **Judicialização da Saúde: em busca da efetivação do mínimo existencial.** 2016. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, Minas Gerais, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUOS-ASJHBU>> Acesso em 02 de jan. 2024.

CÉSAR, Míria. **SUS é referência mundial em atendimento público à saúde.** Secretaria do Estado de Saúde de Minas Gerais, 2015. Disponível em: <<https://www.saude.mg.gov.br/component/gmg/story/7181-sus-e-referencia-mundial-em-atendimento-publico-a-saude>> Acesso em: 10 de ago. 2023.

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. Estatísticas Processuais do Direito à Saúde. Brasília, DF. CNJ, 2023. Disponível em: <<https://painel-estatistica.stg.cloud.cnj.jus.br/estatisticas.html>> Acesso em: 11 de jan. 2024.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **A construção do direito à saúde no Brasil.** Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 9, n. 3. p. 9-34. Nov. 2008. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13128>> Acesso em: 14 de nov. 2023.

D'ÁVILA, Luciana Souza; SALIBA, Graciane Rafisa. **A efetivação do Direito à Saúde e sua interface com a justiça social.** Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 17, n. 3, p. 15-38, nov. 2016/fev. 2017. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/127772>> Acesso em 07 de nov. 2023.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. **A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências.** Academia Brasileira de Direito, São Paulo, 1 fev. 2008. Disponível em: <http://www.abdir.com.br/doutrina/ver.asp?art_id=1451&categoria=Sanitário> Acesso em: 06 de nov. 2023.

GROFF, Paulo Vargas. Direitos Fundamentais nas Constituições brasileiras. Revista Legislativa Brasileira, volume 45, n.º 178, p. 105-129, 1 de abril de 2008. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176526>> Acesso em: 17 de nov. 2023.

HABER NETO, Michel. **A tributação e o financiamento do direito à saúde no Brasil**. 2012. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-14062013-132237/>. Acesso em: 21 dez. 2023.

LADEIA, Ana Carla Teixeira de Carvalho; LADEIA, Ana Carolina Teixeira de Carvalho. **A judicialização das políticas de saúde como meio de efetivar um direito fundamental e o acesso à justiça**. In: SILVA JÚNIOR, Aluísio Gomes; MARÇAL, Felipe; SILVA, Leonardo Rabelo de Matos; REIS, Vanessa Velasco Hernandes Brito. **Direito Sociais e Efetividade**. Local de publicação: Grupo Multifoco, Rio de Janeiro, 2019, p. 483-494.

LINS, Liana Cirne. **A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva**. Senado Federal, Brasília, a. 46 n. 182 abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194915>> Acesso em: 13 de dez. 2023.

MACEDO, Gladston Bethônico Bernardes Rocha. **Da reserva do possível à máxima efetividade: uma reflexão hermenêutica sobre a concretização dos direitos fundamentais sociais**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2017, pags. 257, p. 168-177. Disponível em: <<https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUBD-AZ2M67>> Acesso em: 12 de dez. 2023.

MAINENTI, Mariana. **Saúde suplementar pontua impacto de processos judiciais para equilíbrio do setor**. Conselho Nacional de Justiça – CNJ, 16 de junho de 2023. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/saude-suplementar-pontua-impacto-de-processos-judiciais-para-equilibrio-do-setor/>> Acesso em: 10 de ago. 2023.

OMS, Organização Mundial da Saúde. Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS, WHO), de 22 de julho de 1946. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5733496/mod_resource/content/0/Constitui%C3%A7%C3%A3o%20da%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20da%20Sa%C3%BAde%20%28WHO%29%20-%201946%20-%20OMS.pdf> Acesso em: 18 de nov. 2023.

ONU, Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dez. de 2024. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>> Acesso em: 15 de jan. 2024.

PAIXÃO, André Luís da. **Reflexões sobre a judicialização do Direito à Saúde e suas implicações no SUS**. Ciência & Saúde Coletiva, v. 24, n. 6, p. 2167-2172, junho de 2019. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/csc/a/RSm4sW7NNKXrbfQm7DQYd7G/#>> Acesso em 10 de ago. 2023.

RODRIGUES, Solange Rebeca. **Judicialização: um possível caminho à efetivação do direito à saúde no Brasil**. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. v. 2 (2012). Disponível em:

<https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/47> Acesso em: 10 de nov. 2023.

RUBIM, Thiago Freitas. **Judicialização de políticas públicas: visão do tratamento do mínimo existencial, da reserva do possível e da razoabilidade na jurisprudência brasileira.** 2017. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10122020-234348/>. Acesso em: 20 dez. 2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25ª edição, São Paulo, Malheiros Editora, 2005. Disponível em: <<https://estudeidireito.files.wordpress.com/2016/03/josc3a9-afonso-da-silva-curso-de-direito-constitucional-positivo-2005.pdf>> Acesso em: 10 de out. 2023.

SILVA, Maria Núbia Maltez da. **O ativismo judicial diante da escassez de recursos na efetivação do direito à saúde.** 2018. Dissertação (TCC) – Universidade Federal da Bahia – Salvador, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/26426>. Acesso em 21 de dez.2023.

SANTI, Eduardo José, ARGERICH, Eloisa Nair de Andrade. **As Constituições Brasileiras e o Direito à Saúde como um Direito Social: Análise de Casos Concretos e Jurisprudência em Face do Direito à Saúde pela Defensoria Pública.** Salão do Conhecimento, UNIJUÍ, 2015. Disponível em: <<https://www.publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaconhecimento/article/view/5350>> Acesso em: 17 de nov. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional.** 11ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2012, pgs. 280-306.

STRAPAZZON, Carlos Luiz; GLOVACKY, Francielly de Quadros. **A exigibilidade dos direitos sociais: uma primeira análise da teoria de Christian Courtis.** PublicaDireito, 2012. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=1fcd4d0ad75c6f5c>> Acesso em: 21 de out. 2023.

VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland. **Judicialização da saúde, acesso à saúde e a efetividade do direito à saúde.** Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, p. 77-100, 2010. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/physis/a/35xXdQXR9JrdvPmtkktL9F/>> Acesso em: 09 de nov. 2023.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à Saúde no Brasil: Seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça.** Repositório do Conhecimento do Ipea, p. 10-13, Brasília, março de 2020. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9714/1/TD_2547.pdf> Acesso em 07 de nov. 2023.