



FACULDADE BAIANA DE DIREITO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANNA CLARA DOS SANTOS ABBEHUSEN

**O DEVER DO ESTADO NO FORNECIMENTO DE TRATAMENTOS DE SAÚDE  
NÃO LISTADOS OFICIALMENTE PELO SUS: uma análise da efetivação dos  
direitos fundamentais pelo Poder Judiciário**

Salvador

2023

ANNA CLARA DOS SANTOS ABBEHUSEN

**O DEVER DO ESTADO NO FORNECIMENTO DE TRATAMENTOS DE SAÚDE  
NÃO LISTADOS OFICIALMENTE PELO SUS: uma análise da efetivação dos  
direitos fundamentais pelo Poder Judiciário**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, pela Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Salvador

2023

ANNA CLARA DOS SANTOS ABBEHUSEN

**O DEVER DO ESTADO NO FORNECIMENTO DE TRATAMENTOS DE SAÚDE  
NÃO LISTADOS OFICIALMENTE PELO SUS: uma análise da efetivação dos  
direitos fundamentais pelo Poder Judiciário**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, pela Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

APROVADO EM: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_.

BANCA EXAMINADORA

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente aos meus pais, Patrícia e Marcelo, pela amorosidade infinita com que me criaram e pelo privilégio de ser fruto dessa criação. A cada momento em que vejo em mim um pedaço de vocês me orgulho da pessoa que venho me tornando.

Aos meus avós, Terezinha (in memoriam), que sempre se faz viva em nós através da lembrança de uma existência muito presente, e Jurandyr (in memoriam), pelo legado que iniciou esta família no Direito.

Agradeço também aos meus tios Paulo e Rachel, pelo apoio e presença constantes na minha vida, e em especial, meus primos Kevin, Valentina e meu gêmeo Antônio, por me proporcionarem momentos de dissociação que foram fundamentais para suportar o sofrimento desse curso.

Ainda falando em família, agradeço especialmente a Mariana e sua família, que se tornaram também minha, pelo acolhimento e companheirismo para uma vida inteira. Que o grupo Alô Ronaldo nunca perca a essência santamarense que compartilhamos.

Aos amigos do grupo Lixos, Anne, Gaybe e Laura, pela amizade e intimidade, sem as quais tantas ofensas e tapas na cara não seriam possíveis de ser dados.

A Maíra, por me complementar na exata medida das nossas diferenças, desvendando e explorando meu paladar infantil para o mundo e para o afeto pelos seus ensinamentos interioranos.

Agradeço também à Liga Baiana de Direito Ambiental, especialmente Júlia, Yan e Mariana, pelo companheirismo e suporte que construímos durante o curso, nos tornando menos solitários naquele ambiente inóspito.

Ao escritório de advocacia Ilir Advogados, pela afinidade e propósito que nos conecta, assim como a dedicação cuidadosa que tiveram com meu crescimento profissional. Raros corações como esses não se encontram tão facilmente na advocacia!

Por fim, e não menos importante, aos Budas, pela lucidez de reconhecer a impermanência do sofrimento e a minha existência enquanto processo.

## RESUMO

O presente trabalho tem como tema de estudo a análise de abrangência da responsabilidade do Estado na efetivação do direito à saúde e vida, constitucionalmente consagrados enquanto direitos fundamentais, dentro do contexto de efetivação através do poder judiciário das demandas de tratamento não ofertadas pelo poder executivo. No contexto brasileiro de escassez de recursos financeiros e crescente privatização dos serviços de saúde, a prestação dos serviços ofertados pelo Sistema Único de Saúde passa por uma crescente restrição e limitação que confrontam os dispositivos constitucionais que garantem universalidade, integralidade e igualdade destes serviços. A problemática revela ainda conflito de competência entre o Poder Executivo e Judiciário, e a interferência em muitos entes federados que compromete significativamente o orçamento público ao ponto de desequilíbrio em razão das condenações judiciais pelas demandas de saúde, que também se insere no objeto de estudo. A pesquisa, portanto, se inicia por uma análise bibliográfica buscando na doutrina jurídica a dimensão e aplicabilidade imediata do direito fundamental à saúde e à vida assim como a medida de intervenção entre os poderes, permeadas também pela jurisprudência pátria. São elucidadas as principais leis norteadoras do sistema de saúde pública, e apresentada a sua estrutura executiva e organizacional, para então aprofundar a análise específica da efetivação dos direitos pelo poder judiciário.

**Palavras-chave:** Judicialização. Saúde. Direitos fundamentais. Mínimo existencial.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AF	Assistência Farmacêutica
AIDS	Síndrome da Imunodeficiência Adquirida ( <i>Acquired Immunodeficiency Syndrome</i> )
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CF/88	Constituição Federal de 1988
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CONITEC	Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde
EC	Emenda Constitucional
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
INAMPS	Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social
INSPER	Instituto de Ensino e Pesquisa
IPTU	Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana
IPVA	Imposto sobre propriedade de veículos automotores
ISS	Impostos de Serviços de Qualquer Natureza
ITBI	Imposto sobre a transmissão de bens imóveis
ITCMD	Imposto de transmissão <i>causa mortis</i> e doação
LDO	Lei de Diretrizes Orçamentárias
LOA	Lei Orçamentária Anual
MP	Ministério Público
NAT's	Núcleos de Assistência Técnicas
Nº	Número
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OMS	Organização Mundial da Saúde
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
PNAB	Política Nacional de Atenção Básica
PNAF	Política Nacional de Assistência Farmacêutica
PNM	Política Nacional de Medicamentos

PPA	Plano Plurianual
RE	Recurso Extraordinário
RENAME	Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
RENASES	Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	8
<b>2 DIREITO À SAÚDE</b>	11
2.1 A SAÚDE ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL	12
<b>2.1.1 Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais</b>	15
<b>2.1.2 Reserva do Possível</b>	18
<b>2.1.3 Mínimo Existencial</b>	20
<b>3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E SUA ESTRUTURAÇÃO</b>	22
3.1 UNIVERSALIDADE	22
3.2 IGUALDADE	24
3.3 INTEGRALIDADE	25
3.4 REGULAÇÃO E COMPETÊNCIA	29
3.5 FINANCIAMENTO	33
<b>4 JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE</b>	38
4.1 DO CONTROLE JUDICIAL DE ATOS DISCRICIONÁRIOS	38
4.2 TRIPARTIÇÃO DOS PODERES	41
4.3 PARADIGMA DA MICRO E MACRO JUSTIÇA	44
4.4 JURISPRUDÊNCIA	46
<b>5 CONCLUSÃO</b>	48
<b>REFERÊNCIAS</b>	53



## 1 INTRODUÇÃO

O atual momento revela uma crescente judicialização por demandas de saúde: uma pesquisa solicitada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e realizada pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER)<sup>1</sup>, em levantamento de processos entre os anos de 2008 a 2017 na justiça estadual, identificou um crescimento exponencial de 130% de processos sobre demandas de saúde, enquanto o número geral de processos no mesmo período cresceu 50%.

Embora o estudo extrapole o objeto desta pesquisa, contemplando também as demandas de saúde privada, que está de alguma forma relacionada à insuficiência da prestação pública, consegue demonstrar a ineficiência do poder legislativo e executivo na prestação do direito, cabendo em última instância ao judiciário para sua efetivação, ocasionando o denominado fenômeno da judicialização da saúde.

Num panorama comparativo do contexto de prestação pública de saúde, um estudo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)<sup>2</sup> analisou os gastos com saúde comparando nações desenvolvidas ou em desenvolvimento, sobretudo na América e Europa, revelando dados substanciais para compreensão da prestação do serviço, sobretudo quando comparado com outros sistemas de prestação universal (ou similares).

Em primeiro plano, aponta para um crescente gasto em saúde em função do PIB desde 2000 até 2019, quando o estudo foi realizado, enquadrando o Brasil entre os que mais gastam com saúde, entretanto, indicando um alto percentual de participação privada, pelos planos de saúde ou participação direta das famílias. Apenas cerca de 40% do gasto em saúde era público em 2019.

Sinaliza, ainda, um percentual preocupante, sobretudo quando elencado dentre os piores da pesquisa, de baixo financiamento de custos farmacêuticos pela rede pública, atingindo 9% contra a média de 58% dos outros países pesquisados pela OCDE, ao passo que expõe também a alocação de recursos prioritariamente

---

<sup>1</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da Saúde no Brasil**: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça; Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2019.

<sup>2</sup>OECD. **Estudos da OCDE sobre os Sistemas de Saúde**: Brasil 2021. Paris, FR: OECD Publishing, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/f2b7ee85-pt>. Acesso em: 13 ago. 2022.

em atendimento ambulatorial, superando a média da OCDE, indicando uma priorização da atenção preventiva da saúde.

Considerando que as demandas de saúde pública nem sempre estarão previstas nas regulamentações de serviços ofertados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), é imperioso questionar em que medida pode o Poder Judiciário intervir na concessão dos referidos tratamentos não elencados para resguardar a efetividade do direito fundamental à saúde.

Justifica-se, portanto, o presente trabalho, que se faz urgente e necessário na medida em que cresce exponencialmente a demanda por saúde pública e aponta para um prognóstico de agravamento, em razão do envelhecimento populacional, do contexto econômico de crise pela crescente migração da população antes vinculada a sistemas privados e pelos crescentes avanços tecnológicos ainda não incorporados pelo sistema público. Assim, a análise da situação brasileira nesse contexto é imprescindível para subsidiar soluções práticas que desafoguem o judiciário ao tempo em que se concretize os direitos fundamentais.

Diante da conjuntura elucidada, chega-se ao seguinte problema objeto desta pesquisa, que é identificar legalmente o dever do Estado na garantia dos direitos à saúde e vida através do fornecimento de tratamentos de saúde não listados pelo SUS e a medida de interferência judicial na efetivação desses direitos.

Em hipótese preliminar, aponta-se para a dever do Estado no fornecimento de tratamentos de saúde não listados pelo SUS, com base na eficácia dos mandamentos constitucionais que consagram o direito fundamental à saúde e vida, assim como a legalidade da intervenção do judiciário, fundada no princípio da inafastabilidade da jurisdição, ainda que por vezes no exercício de função atípica.

Pretende-se, portanto, com a presente pesquisa, enquanto objetivo geral, identificar se o Estado é responsável pelo fornecimento de tratamentos não listados pelo SUS e em que medida os direitos à vida e a saúde devem ser efetivados pelo poder judiciário.

Para tanto, se faz necessária a elucidação dos objetivos específicos, que se apresentam como trilha necessária para o alcance do objetivo geral. São eles a identificação do que são direitos fundamentais e sua correlação com os direitos à saúde e a vida e analisar sua aplicabilidade direta, elucidar o que é o SUS, enquanto sua estruturação legislativa e executiva, e quais os fundamentos constitucionais e legais de sua instituição, analisar a divisão de competência tanto dos entes

federados como entre os poderes republicanos e a medida de intervenção judiciária no exercício de função atípica e a efetividade da intervenção na solução estrutural do problema apresentado.

A perspectiva metodológica adotada é hipotético-dedutiva de pesquisa bibliográfica de natureza qualitativa, na qual serão utilizadas como base a doutrina jurídica, revistas científicas, teses e dissertações acadêmicas, instrumentos legais e jurisprudência.

O recorte temporal se enquadra após 1988, quando promulgada a Constituição da República, e a atualidade. O recorte espacial é a jurisdição brasileira, que é pontualmente ampliada para fins comparativos e críticos com referenciais teóricos e normativos estrangeiros, assim também para abranger a dimensão extraterritorial, pela eficácia das sentenças em território forasteiro.

A pesquisa se estrutura em 5 capítulos, sendo esta breve introdução o primeiro deles. O segundo capítulo, que vem em sequência, aborda os aspectos constitucionais do direito à vida e saúde, e os introduz enquanto direitos fundamentais, numa perspectiva neoconstitucionalista, abordando a medida de sua aplicabilidade direta, assim como elucida teorias restritivas e afirmativas referentes à temática.

O terceiro capítulo aborda o sistema único de saúde, sua estruturação e os principais princípios que o regem, destrinchando-os para melhor elucidar a problemática do sistema, trazendo além da doutrina jurídica, as definições de serviços ofertados pelo SUS e seus mecanismos de implementação.

O quarto capítulo aborda o fenômeno de judicialização da saúde, e a questão do conflito de competência entre os poderes republicanos, aprofundando a análise na tentativa de identificar a efetividade do poder judiciário em sanar o problema estrutural identificado e mecanismos de contenção dos danos de sua intervenção.

Por fim, o último capítulo sintetiza as principais ideias elaboradas durante a pesquisa, e os resultados obtidos com a análise realizada, concluindo o presente trabalho, seguida pelas referências bibliográficas.

## 2 DIREITO À SAÚDE

Preliminarmente, se faz necessário determinar o conceito de saúde, tomando como referencial para esta pesquisa o adotado pela Organização Mundial da Saúde (OMS)<sup>3</sup>, que condiciona o termo não só à ausência de patologia ou incapacidade, concebendo saúde enquanto um estado de bem-estar físico, mental e social.

A Constituição Federal (CF) de 1988 consagrou dentro do título de Direitos e Garantias Fundamentais, no capítulo de Direitos Sociais, em seu artigo 6º, o direito à saúde.

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.<sup>4</sup>

Trata-se de pressuposto indispensável do direito à vida, disciplinado pelo artigo 5º<sup>5</sup>, também de natureza fundamental. A interdependência dos referidos direitos impede uma análise estritamente individualizada, motivo pelo qual serão analisados de forma integrada nesse trabalho, com o necessário enfoque na saúde.

Ainda na Constituição, o artigo 196<sup>6</sup> disciplina a abrangência do referido direito, que merece ser analisada:

artigo 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.

Inserido dentro do capítulo de Seguridade Social da Constituição, juntamente com assistência e previdência social, aos quais já esteve subordinado em Constituições anteriores pelo Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social (INAMPS), é atualmente segmento autônomo consagrado enquanto dever do Estado e tem maior extensão dentre os ramos protetivos em razão da universalidade de sua cobertura.<sup>7</sup>

Não restringe, no entanto, à prestação exclusiva pelo Estado, sendo facultado à iniciativa privada sua participação complementar, ao passo que resguarda a

<sup>3</sup>ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constitution of the World Health Organization**. Basic Documents. Genebra: OMS, 1946.

<sup>4</sup>BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 2020. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 de mai. 2023. Art. 6º.

<sup>5</sup>Ibidem, art. 5º.

<sup>6</sup>Ibidem, art. 196.

<sup>7</sup>IBRAHIM, Fábio Zambitte; BRAGANÇA, Kerlly Huback; FOLMANN, Melissa. **Curso de Direito Previdenciário**. 27.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2022. p. 8.

função social da atividade, com a priorização das entidades filantrópicas e a vedação de recursos públicos assim como estrangeiros enquanto capitalização do serviço<sup>8</sup> (artigo 199, CF).

Ainda assim, vale destacar que mesmo no âmbito particular, preservam-se os referidos direitos em razão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, uma vez que permanecem vinculados às diretrizes constitucionais.<sup>9</sup>

O dispositivo define também o tipo de prestação, que não se restringe ao atendimento de recuperação, que representa o tratamento mais comum de cunho emergencial e ambulatorial, numa perspectiva de melhora ou cura da enfermidade. Se estende à atuação preventiva, que tem o intuito de evitar ou prevenir o dano à saúde assim como de promoção através da busca progressiva pelo alcance de cada vez mais altos patamares de qualidade de vida.<sup>10</sup>

Por se tratar de direito fundamental, categoria inaugurada pelo neoconstitucionalismo, no Brasil, pela Constituição de 1988, merece especial atenção nesta pesquisa uma vez que constitui categoria jurídica de distinta importância e aplicabilidade.

## 2.1 A SAÚDE ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

Diferente das Constituições anteriores, que dispuseram sobre o amparo público de saúde vinculado ao trabalho e caráter contributivo, a atual tem características do neoconstitucionalismo, próprio do período pós segunda guerra mundial<sup>11</sup>. A categorização de direitos sociais, dentre eles inserida a saúde, juntamente com previdência e assistência social, demandam uma prestação positiva do Estado.

A Constituição de 1988 inaugurou também a superação do positivismo jurídico, assumindo um modelo metodológico de interpretação jurídica integrada aos princípios constitucionais e direitos fundamentais, e estrutural na medida em que expande a jurisdição constitucional.<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup>Op. Cit., art. 199.

<sup>9</sup>MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 358.

<sup>10</sup>SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Proteção e promoção da saúde aos 20 anos da CF/88**. Revista de Direito do Consumidor, 2008.

<sup>11</sup>Ibidem.

<sup>12</sup>PEIXOTO, Geovane de Mori. **Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. 1.ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 86.

Os direitos fundamentais se traduzem como categoria jurídica que resguarda a dignidade da pessoa humana enquanto conteúdo e importância tamanha que impõe ao ordenamento jurídico especial tutela jurídica, estando ela disciplinada na constituição ou não<sup>13</sup>.

Dentre as características atribuídas aos referidos direitos, destacam-se a universalidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade, indivisibilidade e a eficácia imediata.

Não se tratam, no entanto, de direitos absolutos uma vez que devem ser exercidos de forma harmônica com outros direitos e interesses igualmente protegidos pela Constituição, como a segurança pública, a proteção do meio ambiente, a ordem pública, entre outros. Assim, quando há conflito entre direitos fundamentais ou entre um direito fundamental e outro valor constitucionalmente protegido, é necessário fazer um equilíbrio de interesses.

O equilíbrio entre direitos e valores é realizado pelo Poder Judiciário, por meio de um processo de ponderação de interesses. Esse processo consiste em avaliar qual direito ou valor deve prevalecer em uma determinada situação, considerando as circunstâncias específicas do caso concreto.

Importante destacar que nem sempre os referidos direitos nem sempre estarão elencados na Constituição, em razão da constante mutabilidade social, mas que ainda assim estão amparados quando importarem no resguardo da dignidade humana.

A saúde é então classificada enquanto direito fundamental de segunda geração, em contraposição aos de primeira geração que limitavam a intervenção do Estado, exigindo-lhe prestação positiva. Embora categorizado como "social", a saúde assume também como destinatário a pessoa individual, em seu âmbito subjetivo, ainda que possa também ser também enquadrado enquanto direito de terceira geração, em razão de sua dimensão difusa ou coletiva.<sup>14</sup>

Cabe então ao poder público como um todo, e não só ao poder judiciário, a implementação dos direitos sociais imposta pela norma programática constitucional, e a responsabilidade de concretização dos mandamentos, como relata o Ministro Celso de Mello:

---

<sup>13</sup>CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 14.ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

<sup>14</sup>PIMENTA, José Marcelo Barreto. **Reserva do possível e a força dirigente dos direitos fundamentais sociais**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 30.

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, [...] o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. [...] A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.<sup>15</sup>

Além disso, a categoria de direito fundamental guarda proteção enquanto cláusula pétrea, o que significa que não podem ser objeto de emenda para supressão da garantia já consagrada constitucionalmente. Por fim e não menos importante, são normas constitucionais, que gozam de superioridade hierárquica perante as outras normas.<sup>16</sup>

Apesar de categorizada de direito social, a saúde consiste em direito e garantia individual, e não mais cabe interpretação literal e gramatical dentro da hermenêutica pós-moderna a fim de exclusão dos referidos direitos da proteção pétrea<sup>17</sup>.

Situado o conceito dos direitos fundamentais e sua importância, introduzimos a dimensão de sua aplicabilidade para identificar a medida de sua auto executoriedade para respaldar ou não a concessão dos tratamentos não previstos pelo SUS.

---

<sup>15</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE-AgR 271286 RS**. E M E N T A: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. [...]. Relator Ministro Celso de Melo. Julgado em: 12 de setembro de 2000. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur103980/false>. Acesso em: 15 mai. 2023.

<sup>16</sup>MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 16.

<sup>17</sup>PIMENTA, José Marcelo Barreto. **Reserva do possível e a força dirigente dos direitos fundamentais sociais**. Curitiba: Juruá, 2016. Op. cit. p. 39

### 2.1.1 Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais

O Estado constitucional de direito gira em torno da dignidade da pessoa humana e da maximização dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana, nesse contexto, é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos. Para resguardá-la, é essencial o vislumbre à saúde enquanto prioridade da vida individual e coletiva, ou seja, o resguardo do tema da saúde enquanto centralidade dos direitos fundamentais, mas também das questões administrativas que possibilitam e viabilizam sua aplicação.

Os direitos fundamentais encontram tratamento singular no ordenamento pátrio. De forma geral possuem aplicabilidade imediata, por força do artigo 5 § 1º da CF<sup>18</sup>: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”, e em razão disso, não carecem de normas regulamentadoras para sua exigibilidade e efetivação.

Além disso, a categoria de direito fundamental guarda proteção enquanto cláusula pétrea, o que significa que não podem ser objeto de emenda para supressão da garantia já constituída. Por fim e não menos importante, são normas constitucionais, que gozam de superioridade hierárquica perante as outras normas<sup>19</sup>

É de suma importância compreender a eficácia destas normas uma vez que implicam diretamente na sua exigibilidade judicial, como leciona Gilmar Mendes:

A doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à interpretação do artigo 196 da Constituição. Teses, muitas vezes antagônicas, proliferam-se em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica. Tais teses buscam definir se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em direito subjetivo público a prestações positivas em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial.<sup>20</sup>

<sup>18</sup>BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 2020. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 de mai. 2023. Art. 5º, § 1º.

<sup>19</sup>MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 16.

<sup>20</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na suspensão de liminar Nº 47**. Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: União. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, DF: STF, 30 abr. 2010. Disponível em:



Para dimensionar a abrangência do direito à saúde constitucionalmente previsto, se faz necessária uma análise da aplicabilidade da norma constitucional conforme teoria proposta por José Afonso da Silva.<sup>21</sup>

Segundo o mesmo autor, as normas constitucionais se dividem em 3 categorias segundo esta teoria, classificadas como normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral, normas de eficácia contida e de aplicabilidade direta, mas possivelmente, não integral e finalmente as normas de eficácia limitada e de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida.

As normas constitucionais de eficácia plena são as que têm autonomia suficiente para sua aplicabilidade direta, de forma integral, independente da legislação ordinária. Significa, portanto, que sua eficácia não pode ser restringida pela legislação infraconstitucional uma vez que sua aplicabilidade é integral. Portanto, tem aptidão para produzir os efeitos buscados pelos constituintes de forma imediata.<sup>22</sup>

As normas de eficácia contida embora também tenham aplicabilidade imediata, não têm proveito integral. Indica, portanto, uma permissividade ao legislador ordinário de delimitar a abrangência da norma.

Já as normas de eficácia limitada não dispõem de qualquer aplicabilidade imediata, logo dependem de regulamentação para sua devida efetivação. Se subdividem entre as normas definidoras de princípios institutivos, que servem para a criação de entes jurídicos, podendo ter natureza impositiva ou facultativa. A outra subdivisão se refere às normas programáticas, que estabelecem objetivos e metas estipulados pelo Estado. Traduzem o fim a ser atingido, cabendo à legislação complementar instituir os meios.

Ainda segundo o mesmo autor, as normas definidoras de direitos sociais, têm natureza programática, e portanto eficácia limitada:

As normas de eficácia limitada são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.

---

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>. Acesso em: 20 nov. 2021.

<sup>21</sup>SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 38.

<sup>22</sup>Ibidem, p. 56.

Significa então que, para Silva<sup>23</sup>, o direito à saúde, apesar de fundamental, não possui eficácia direta, sujeitando-se à restrição e regulação dos outros poderes.

Para Marmelstein<sup>24</sup>, no entanto, os direitos fundamentais se enquadram enquanto normas constitucionais de eficácia plena, quando imediatamente capazes de produzir efeitos nela previstos ou enquanto eficácia contida, quando forem passíveis de restrições pela legislação ordinária.

Em sua concepção, jamais se enquadram enquanto norma de eficácia limitada, já que se opõe ao próprio conceito de aplicabilidade instituído pelo artigo 5 § 1º da CF, atribuída a todos os direitos fundamentais.

Não realizar os direitos fundamentais e vincular absolutamente sua aplicabilidade a sua regulamentação significa desvirtuar o próprio propósito do direito fundamental<sup>25</sup>, e sobretudo da sua expressa aplicabilidade imediata prevista no mesmo artigo.

Merece destaque o entendimento de Lenir Santos<sup>26</sup> ao dispor especificamente sobre o artigo 196 da Constituição Federal, ao compreender que a norma comporta simultaneamente natureza programática e eficácia limitada, em sua primeira parte, e de eficácia imediata, no que se refere ao acesso universal e igualitário.

O entendimento da autora revela sua visão integrativa da complexidade do comando constitucional, assumindo o amparo imediato ao direito sem ignorar o conteúdo associado à estruturação de uma política.

Há, portanto, uma divergência doutrinária quanto à aplicabilidade imediata do direito fundamental à saúde, em razão de sua interpretação enquanto norma programática, que enseja uma aplicabilidade limitada e subordinada à regulação dos outros poderes.

Ainda assim, a concepção da saúde enquanto direito fundamental que assegura aplicabilidade imediata é o principal fundamento para a concessão de tratamentos não listados pelo SUS, já que independe de legislação infraconstitucional para operar efeitos, segundo essa vertente.<sup>27</sup>

---

<sup>23</sup>Ibidem, p. 56.

<sup>24</sup>MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 310.

<sup>25</sup>PIMENTA, José Marcelo Barreto. **Reserva do possível e a força dirigente dos direitos fundamentais sociais**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 43.

<sup>26</sup>SANTOS, Lenir. **SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde**. 2006. Disponível em:

[http://idisa.org.br/site/documento\\_3579\\_0\\_\\_sus:-contornos-juridicos-da-integralidade-da-atencao-a-saude.html](http://idisa.org.br/site/documento_3579_0__sus:-contornos-juridicos-da-integralidade-da-atencao-a-saude.html)>. Acesso em: 20 mar. 2023.

<sup>27</sup>PIMENTA, José Marcelo Barreto. **Reserva do possível e a força dirigente dos direitos fundamentais sociais**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 50.

Além da dimensão da eficácia das normas, que se refere a natureza jurídica delas, discute-se também sobre os pressupostos e consequências de sua implementação, que se materializam na análise de disponibilidade de recursos econômicos.

O custo do direito, questão que vem sendo muito debatida principalmente no âmbito da saúde, em razão dos altos custos de alguns tratamentos, fundamenta a teoria de reserva do possível enquanto argumentação jurídica restritiva dos referidos direitos, que merece ser debatida.

### 2.1.2 Reserva do Possível

Originalmente desenvolvida e aplicada na Alemanha, a reserva do possível, segundo Sarlet<sup>28</sup>, considera a disponibilidade fática e jurídica de recursos materiais e a razoabilidade e proporcionalidade da prestação para a efetivação dos direitos constitucionalmente previstos.

O *lead case* que inaugurou a teoria tratava sobre o direito de livre escolha de profissão, lugar de trabalho e de formação, constitucionalmente previsto na Constituição alemã em contraposição à alta concorrência dos cursos de medicina das maiores cidades alemãs, demandando portanto o aumento de vagas no referido curso.

O Tribunal Constitucional, no entanto, decidiu pela improcedência do pedido argumentando que estava sendo oferecido em número de vagas na universidade o que determinado pela constituição, dentro de parâmetros razoáveis. Além disso, evidenciou que, ainda que dispusessem de recursos financeiros, não poderia impor ao Estado uma obrigação que fugisse dos limites de razoabilidade.<sup>29</sup>

É uma teoria que conjuga a obrigação estatal com a ideia de razoabilidade e proporcionalidade quanto às prestações constitucionalmente positivadas, inclusive versando sobre direitos fundamentais.<sup>30</sup>

A importação da referida teoria sofreu mutação e deformação. A preocupação com a razoabilidade e proporcionalidade, originalmente postuladas pelo Tribunal

---

<sup>28</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 287.

<sup>29</sup>PIMENTA, José Marcelo Barreto. **Reserva do possível e a força dirigente dos direitos fundamentais sociais**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 58.

<sup>30</sup>MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 329.

Constitucional Alemão, foram substituídas pela verificação de disponibilidade de recursos e atenção ao custo dos direitos<sup>31</sup>. Na versão brasileira da teoria, o enfoque da disponibilidade de recursos financeiros deturpou a concepção original da teoria.

Neste sentido vale destacar o posicionamento de Dirley da Cunha<sup>32</sup> sobre a realidade brasileira:

Num estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, onde pululam cada vez mais cidadãos socialmente excluídos e onde quase meio milhão de crianças são expostas ao trabalho escravo, enquanto seus pais sequer encontram trabalho e permanecem escravos de um sistema que não lhes garante a mínima dignidade, os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamentos do tipo reserva do possível.

Enquanto na Alemanha, contexto originário da teoria, já se experimentava um Estado Social efetivo, significando a reserva do possível apenas um balizador para reter excessos da prestação pública, no Brasil a realidade ainda aponta para ineficácia dos direitos fundamentais, o que revela o perigo da importação, sobretudo deturpada, da referida teoria<sup>33</sup>. Afinal, em certos direitos, inclusive a saúde, ainda se carece do elementar.

Ao passo que a construção original tratava sobre os direitos fundamentais serem efetivados dentro da razoável exigibilidade por parte do Estado, no ordenamento pátrio ocorreu uma verdadeira inversão de valores da teoria da reserva do possível: Procura-se uma relativização dos direitos fundamentais, condicionando-os à capacidade financeira do Estado.

A problemática sobre a reserva do possível não reside em ter como argumento a escassez de recursos, mas deste se sobrepor à razoabilidade e proporcionalidade, quando o correto seria sua conjugação<sup>34</sup>.

Para Marmelstein<sup>35</sup>, a reserva do possível é instrumento importante para a garantia da igualdade, uma vez que a efetivação dos direitos demanda não só recursos financeiros, mas também recursos não monetários como tecnologias e profissionais especializados. Assim, é imperioso analisar o reflexo das decisões nos direitos dos outros.

---

<sup>31</sup>OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 221.

<sup>32</sup>CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 14.ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 741.

<sup>33</sup>PIMENTA, José Marcelo Barreto. **Reserva do possível e a força dirigente dos direitos fundamentais sociais**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 113.

<sup>34</sup>Ibidem, p. 118.

<sup>35</sup>MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 328

A reserva do possível tornou-se instrumento recorrente da administração pública na defesa de prestações de direitos sociais no âmbito judicial. No entanto, apesar de suscitar com frequência a referida teoria, argumentando sobretudo questões orçamentárias enquanto fatores impeditivos, raros foram os processos onde se procurou evidenciar a efetiva incapacidade financeira como impeditivo de cumprimento direitos demandados, conforme pesquisa realizada por Carlos Augusto Lima Vaz da Silva<sup>36</sup> no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF).

Através do estudo acima foi possível concluir que em menos de um terço dos processos analisados foi apresentada alguma prova da incapacidade financeira estatal, embora em sua maioria não foi de forma satisfatória, uma vez que se tratam de documentos públicos e transparentes que são de confecção obrigatória (Plano Plurianual – PPA, Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO, Lei Orçamentária Anual – LOA, dentre outros) e representam portanto omissão injustificada.

Para Marlon Weichert<sup>37</sup>, a cláusula de reserva do possível somente pode ser invocada quando o Poder Público demonstrar a impossibilidade insuperável de sua prestação, diferente de sua mera alegação.

A jurisprudência pátria se comporta indiferente à leviandade da menção a teoria sem sua correspondência fática<sup>38</sup>, reiterando a necessidade da efetiva indisponibilidade financeira para aplicação da reserva do possível

Ainda assim, é preocupante a relativização de direitos fundamentais em função de seu custo, sobretudo num país onde poucos são os esforços para combater a irresponsabilidade fiscal de gestores que minam a capacidade financeira dos governos. Não parece razoável que direitos fundamentais pereçam em razão da negligência em probidade e boa governança<sup>39</sup>.

Mesmo sabendo da possibilidade, a judicialização da saúde envolve discussões que se atrelam às dificuldades enfrentadas pela administração, e tendem a se apoiar nos princípios constitucionais, como dignidade da pessoa humana,

---

<sup>36</sup>SILVA, Carlos Augusto Lima Vaz da. **O princípio da reserva do possível na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2019. 126 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito e Inovação, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/123456789/10178/1/carlosaugustolimavazdasilva.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2023.

<sup>37</sup>WEICHERT, Marlon Alberto. O Direito à Saúde e o Princípio da Integralidade. In: SANTOS, Lenir (Org.). **Direito da Saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010.

<sup>38</sup>Ibidem.

<sup>39</sup>Ibidem.

isonomia, princípio da equidade, separação dos poderes, princípio federativo, universalidade e integralidade, e se restringem no princípio da reserva do possível.

Há, no entanto, tese que se opõe a esse entendimento, a proteção do mínimo existencial, fundado na própria Constituição, ao qual há dedicação da análise em tópico seguinte.

### 2.1.3 Mínimo Existencial

Consagra-se enquanto princípio constitucional o mínimo existencial, que embora não seja esta sua denominação na Carta Magna, é possível extrair sua essência do artigo 1º, III e 3º, III<sup>40</sup>.

Além de constituir objetivo republicano, é teoria também originária da Alemanha, intimamente conectada com o princípio de dignidade da pessoa humana, que defende um núcleo de prestação mínima dos direitos fundamentais por parte do Estado, combatendo a aplicação da reserva do possível<sup>41</sup>. A Constituição tutela não somente a pura e simples existência humana, mas esta associada também a um atributo qualitativo de dignidade.

Nesse sentido, pontifica o Ministro Marco Aurélio em relatoria sobre a preponderância do mínimo existencial em face da teoria de reserva do possível:

A tese da reserva do possível – como reserva fática ou como legalidade orçamentária – não merece prosperar. Mesmo um autor como Ricardo Lobo Torres, que prestigia enfaticamente o processo democrático e as escolhas orçamentárias como os meios legítimos para realização dos direitos sociais, entende viável a judicialização das alocações orçamentárias, se destinada à satisfação do mínimo existencial, do núcleo essencial dos direitos sociais. A dimensão objetiva dos direitos sociais, incluído o à saúde, deve ser realizada por meio de políticas públicas e orçamentárias, a cargo do Legislativo e do Executivo, relativas à universalização e racionalidade das prestações estatais positivas. Todavia, revelada a dimensão do mínimo existencial em casos particulares, a judicialização desses serviços estatais mostra-se plenamente justificada, independentemente de reserva orçamentária.<sup>42</sup>

<sup>40</sup>TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 8.

<sup>41</sup>PIMENTA, José Marcelo Barreto. **Reserva do possível e a força dirigente dos direitos fundamentais sociais**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 208.

<sup>42</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Recurso Extraordinário nº 566.471/RG. SAÚDE - ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO - FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controversa sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. Relator: MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Brasília, DF: STF, Data de Julgamento: 19/08/2020, Data de Publicação: DJe-051 19 nov. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>. Acesso em: 08 nov. 2022.

Marmelstein<sup>43</sup> esclarece a aplicabilidade da teoria no que tange os direitos sociais, sustentando que seu núcleo essencial é dotado de aplicabilidade imediata. A extrapolação deste conteúdo essencial não mais enseja sua eficácia imediata, dependendo da legislação infraconstitucional para tanto.

É o princípio frequentemente invocado quando o tratamento de saúde requerido está intimamente conectado com o direito fundamental à vida, sendo imprescindível para sua sobrevivência digna.

A judicialização da saúde tem demonstrado ser uma alternativa necessária para conter as omissões abusivas dos entes federados. Isso porque o direito à saúde reclama, quanto à sua efetivação, um mínimo de concretização (mínimo existencial), que nem sempre é implementado.

Elaborados os principais aspectos sobre o direito fundamental à saúde e sua proteção constitucional, direciona-se a análise para a estruturação do sistema legislativo e executivo de saúde, quais seus princípios norteadores e sobretudo como são definidos os serviços ofertados pelo sistema.

---

<sup>43</sup>MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 324.

### 3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E SUA ESTRUTURAÇÃO

A Constituição Federal dispõe sobre a estruturação do Sistema Público de Saúde atualmente vigente em seu artigo 198, reproduzindo o molde federativo que pressupõe a coexistência de unidades políticas autônomas assim como demanda a cooperação e interdependência para seu funcionamento<sup>44</sup>.

Necessário destacar que antes da Constituição Federal de 1988, o sistema de saúde era vinculado ao sistema previdenciário, chamado INAMPS, e adotava portanto caráter contributivo para acesso da prestação. A consequência desastrosa da submissão à previdência, era a ampla desassistência da população, sobretudo desempregada e pobre, que recorria às Santas Casas de Misericórdia e entidades filantrópicas enquanto única perspectiva de atendimento.<sup>45</sup>

Trata-se de importante evolução a desvinculação dos sistemas de previdência e saúde, instituindo a responsabilidade do Estado pela saúde dos seus cidadãos independente da inserção prévia e formal no mercado de trabalho, mas como direito subjetivo fundamental de cada um.<sup>46</sup>

A concretização do mandamento constitucional se executa através do Sistema Único de Saúde, que compreende todos os entes União, estados federados, DF e municípios de forma cooperada e hierarquizada.

Extraem-se deste dispositivo e do artigo 196 os princípios norteadores do SUS, são eles: a universalidade, igualdade e a integralidade que merecem ser melhor elaborados.

#### 3.1 UNIVERSALIDADE

Preliminarmente, faz-se necessário situar a universalidade enquanto sistema de saúde pública raro no panorama mundial: Além do Brasil, integram também este grupo o Canadá, Reino Unido, Austrália, França, Suécia e Cuba<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup>RIOS, Sandraque Oliveira. **Decisões liminares na judicialização do direito à saúde pública**. Salvador: EDUFBA, 2019.

<sup>45</sup>IBRAHIM, Fábio Zambitte; BRAGANÇA, Kerlly Huback; FOLMANN, Melissa. **Curso de Direito Previdenciário**. 27.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2022. p. 8.

<sup>46</sup>Ibidem, p. 10.

<sup>47</sup>OECD. **Estudos da OCDE sobre os Sistemas de Saúde: Brasil 2021**. Paris, FR: OECD Publishing, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/f2b7ee85-pt>. Acesso em: 13 ago. 2022.



Trata-se de sistema caracterizado pelo financiamento público, acesso como condição de cidadania e prestação integral, oferecendo serviços na promoção, prevenção e cuidado da saúde, que, apesar de referenciado nos modelos europeus, não foram plenamente implementados aqui.

A universalidade assume como potenciais destinatários dos serviços de saúde uma ampla abrangência de titularidade do direito, que sequer se restringe aos nacionais, ou condiciona à qualquer contraprestação, que, no entanto, não se confunde com os efetivos destinatários do direito. Deve ser compreendida não no âmbito de prestação, mas sim de ingresso<sup>48</sup>.

É também comum a associação de usuários efetivos do SUS à condição de pobreza ou miserabilidade, mas é exatamente o contrário que sustenta o princípio de universalidade, que não impõe qualquer barreira, ainda que econômica, para ingresso no sistema. Portanto, não há vedação de acesso aos financeiramente abastados.<sup>49</sup>

A titularidade universal, portanto, não é necessariamente uma titularidade de usufruto do sistema público de saúde, sobretudo quando confrontada no caso concreto com o princípio de equidade que poderá ensejar discriminações positivas<sup>50</sup>

Estabelece-se a diferenciação entre usuário potencial e efetivo, ao qual o princípio da universalidade é direcionada, para que seja facultado o acesso e opção pelo uso concreto do sistema. O usuário efetivo é aquele que de fato opta por esta assistência, titular do direito subjetivo à prestação e tão somente a partir deste momento, se torna destinatário da integralidade dos serviços prestados<sup>51</sup>.

A opção pela assistência privada no tratamento concreto representa então renúncia tácita da utilização do SUS, assim como também não será possível a conjugação com o sistema público no tratamento específico, já que são serviços autônomos entre si, o que não se confunde com uma renúncia definitiva ou irreversível, que seria impossível uma vez se se tratando de um direito

---

<sup>48</sup>SANTOS, Lenir. **SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde**. 2006. Disponível em: [http://idisa.org.br/site/documento\\_3579\\_0\\_\\_sus:-contornos-juridicos-da-integralidade-da-atencao-a-saude.html](http://idisa.org.br/site/documento_3579_0__sus:-contornos-juridicos-da-integralidade-da-atencao-a-saude.html). Acesso em: 20 mar. 2023.

<sup>49</sup>SANTOS, Lenir. SUS-30 anos: um balanço incômodo? **Ciênc. Saúde colet.**, v. 23, n. 6, jun. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/7hY9jZy5fCzzmy6CRfQ9Bss/?lang=pt>. Acesso em: 15 mai. 2023.

<sup>50</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 119.

<sup>51</sup>WEICHERT, Marlon Alberto. O Direito à Saúde e o Princípio da Integralidade. In: SANTOS, Lenir (Org.). **Direito da Saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010.

fundamental<sup>52</sup>. É então, possível, a qualquer momento, retornar à assistência pública.

Decorre deste fundamento, a exigência de ressarcimento ao SUS instituída pela Lei 9.656/98 em seu artigo 32<sup>53</sup> pelos tratamentos utilizados na rede pública que são cobertos pelo plano de saúde do usuário.

É também frequente a associação entre universalidade e gratuidade da prestação, que é razoável e lógica sobretudo num país que padece de grave desigualdade social, onde dificilmente haveria outro meio de garantir a universalidade de acesso.

Não significa tecnicamente, que se trata de corolário inexorável<sup>54</sup>. Portanto, embora prevista no artigo 43 da lei 8.080/90 a gratuidade não é garantia expressa da Constituição Federal.

Como os princípios costumam ter a mesma hierarquia, elas não podem ser aplicadas de maneira completamente excludente ou sem ponderação, mas sim de acordo com a dimensão de peso que assumem na situação específica. Cabe ao legislador ou o intérprete judicial inserir-se na ponderação dos princípios, analisando sempre os fatos relevantes. Assim, os princípios devem ser realizados na maior intensidade possível, visando a otimização da norma.

## 3.2 IGUALDADE

Embora o comando constitucional indique no artigo 196 o acesso igualitário, que impõe vedação de tratamento diferenciado que não se justifique em razões

---

<sup>52</sup> SANTOS, Lenir. **SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde**. 2006. Disponível em:

[http://idisa.org.br/site/documento\\_3579\\_0\\_\\_sus:-contornos-juridicos-da-integralidade-da-atencao-a-saude.html](http://idisa.org.br/site/documento_3579_0__sus:-contornos-juridicos-da-integralidade-da-atencao-a-saude.html). Acesso em: 20 mar. 2023.

<sup>53</sup>BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9656.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm). Acesso em: 15 mai. 2023. Art 32. “Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do artigo 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001).”.

<sup>54</sup>SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas. In: RÉ, Aluisio lunes Monti Ruggeri. **Temas aprofundados: Defensoria Pública**. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2014. 1 vol. p. 140.

epidemiológicas ou terapêuticas<sup>55</sup>, a interpretação doutrinária e mesmo infraconstitucional, é no sentido de equidade no acesso, que difere do conceito de igualdade e abrange discriminações positivas (equidade nos meios), para atingir a igualdade de resultados.

O tratamento equitativo se faz fundamental na implementação de políticas públicas de saúde, já que se permite dentro deste conceito identificar as necessidades de grupos e populações específicas e gerir as estratégias diversas de intervenção<sup>56</sup>.

Pretende-se com este princípio a igualdade de acesso ao sistema assim como de fruição dos serviços prestados. Sobretudo num país marcado por desigualdade como o Brasil, o conceito de equidade se adequa melhor, já que neste o tratamento desigual é instrumento da isonomia, como sustenta Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>57</sup>.

Faz-se necessária a distinção entre discriminações positivas e negativas, que segundo Marmelstein<sup>58</sup>, a primeira consiste em um tratamento desigual enquanto meio para alcançar a igualdade, baseada em critérios objetivos e subjetivos. Já a outra não almeja qualquer isonomia com a desigualdade de tratamento, e consiste em si seu objetivo. Ainda para o autor, a Constituição não proíbe o tratamento diferenciado, mas sim a discriminação sem justificativa aceitável.

No atual contexto de alta judicialização da saúde pública, especificamente sobre as demandas de tratamentos de alto custo, é imperioso avaliar a dimensão de igualdade no que toca o não comprometimento dos recursos a ponto de violar direitos de outrem<sup>59</sup>.

Essas obrigatoriedades impostas judicialmente à saúde sem que se acresçam, ao financiamento do SUS, recursos suficientes para arcar com todas as suas responsabilidades, aprofundam as desigualdades na garantia do direito à saúde dado o caráter individual e não coletivo das demandas judiciais. As demandas em saúde são infinitas e, os recursos, cada vez mais restritos e insuficientes, ainda mais em razão do teto do gasto pela EC 95. A microjustiça na saúde coloca em risco a macrojustiça, que fica postergada

---

<sup>55</sup>SANTOS, Lenir. **SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde**. 2006. Disponível em:

[http://idisa.org.br/site/documento\\_3579\\_0\\_\\_sus:-contornos-juridicos-da-integralidade-da-atencao-a-saude.html](http://idisa.org.br/site/documento_3579_0__sus:-contornos-juridicos-da-integralidade-da-atencao-a-saude.html)>. Acesso em: 20 mar. 2023.

<sup>56</sup>RIOS, Sandraque Oliveira. **Decisões liminares na judicialização do direito à saúde pública**. Salvador: EDUFBA, 2019. p. 171.

<sup>57</sup>MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 11.

<sup>58</sup>MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2019.. 78.

<sup>59</sup>Ibidem, p. 328.

pelo atendimento às demandas individuais, maior objeto da judicialização da saúde, em detrimento de um sistema universal e igualitário.<sup>60</sup>

Assim também entende Lenir Santos<sup>61</sup>, sobre a concessão judicial de tratamentos de saúde de alto custo não previstos na cesta de ofertas do SUS enquanto graves violações ao princípio da igualdade.

### 3.3 INTEGRALIDADE

Premissa básica para compreensão do princípio da integralidade, que tem natureza menos abrangente que a universalidade, é que sua destinação prioritária se dirige não ao usuário potencial, mas sim ao efetivo, ou seja, àquele que opta pela prestação pública e portanto será destinatário subjetivo da completude de tratamentos que lhe são necessários<sup>62</sup>

O princípio pode ser mitigado para atender aqueles que, embora assistidos por entidades privadas, sejam também destinatários dos serviços, mas pela previsão infraconstitucional, a exemplo do Programa Farmácia Popular do Brasil e dos tratamentos preventivos, como as campanhas de vacinação ou não individualizáveis, como vigilância sanitária e epidemiológica<sup>63</sup>.

O princípio visa o atendimento das demandas de assistência, não somente as exclusivamente terapêuticas, ou seja, o tratamento de doenças e fornecimento de medicações de forma imediata, mas também assegura acesso às ações de promoção de saúde, prevenção de doenças, proteção e recuperação em saúde, individuais e coletivos, em todos os níveis de complexidade<sup>64</sup>.

Impõe-se então que sejam fornecidos os tratamentos em todos os níveis de complexidade, inclusive de natureza farmacêutica como ratificado pelo artigo 6<sup>65</sup> da

---

<sup>60</sup> SANTOS, Lenir. **Decisão do STJ sobre medicamento de alto custo deforma conceito do direito à saúde**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-05/lenir-santos-decisao-stj-medicamento-alto-custo>. Acesso em: 15 mai. 2023.

<sup>61</sup> SANTOS, Lenir. **Decisão do STJ sobre medicamento de alto custo deforma conceito do direito à saúde**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-05/lenir-santos-decisao-stj-medicamento-alto-custo>. Acesso em: 15 mai. 2023.

<sup>62</sup>WEICHERT, Marlon Alberto. O Direito à Saúde e o Princípio da Integralidade. In: SANTOS, Lenir (Org.). **Direito da Saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010.

<sup>63</sup>SANTOS, Lenir. SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 23, n. 8, p. 921-927, ago. 2006. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/7312>. Acesso em: 24 abr. 2023.

<sup>64</sup>RIOS, Sandraque Oliveira. **Decisões liminares na judicialização do direito à saúde pública**. Salvador: EDUFBA, 2019. p. 158.

<sup>65</sup>BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e

Lei 8.080/90, ainda que se tratem de enfermidades sem diagnóstico ou sem protocolo de tratamento, devendo ao menos serem providenciados tratamentos paliativos<sup>66</sup>.

Não deve ser compreendido como a prestação de tudo, devendo inclusive ser balizado e orientado por critérios técnicos e científicos. Não se pode ignorar que o fim principal da indústria farmacêutica é o lucro, e não essencialmente o alcance da eficácia terapêutica<sup>67</sup>

Assim também entende a jurisprudência ao não admitir obrigação do Estado no fornecimento de terapias experimentais, por entender que deve ser comprovada sua eficácia e segurança, assim como a necessidade de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), conforme Lei 6.360/76 e Lei 9.782/99 e tese firmada pelo STF<sup>68</sup>:

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.
2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.
3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.
4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União (RE 657718, STF).

Importa também na autonomia do sistema e submissão dos usuários aos protocolos e parâmetros técnicos, científicos e administrativos, para que este não se submeta às imposições do sistema privado ou ceda aos apelos exploratórios da

---

dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 15 mai. 2023. Art. 6º. “Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica; [...]”.

<sup>66</sup>WEICHERT, Marlon Alberto. O Direito à Saúde e o Princípio da Integralidade. In: SANTOS, Lenir (Org.). **Direito da Saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010.

<sup>67</sup>SANTOS, Lenir. SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 23, n. 8, p. 921-927, ago. 2006. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/7312>. Acesso em: 24 abr. 2023.

<sup>68</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Recurso Extraordinário nº 566.471/RG. SAÚDE - ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO - FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controversia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. Relator: MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Brasília, DF: STF, Data de Julgamento: 19/08/2020, Data de Publicação: DJe-051 19 nov. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>. Acesso em: 08 nov. 2022.

indústria farmacêutica<sup>69</sup>. Assim como no sistema privado, em que os consumidores estão sujeitos às regras de observância obrigatória, também se impõe a sujeição aos protocolos do sistema público.

A integralidade é também o principal fundamento para a concessão de tratamentos de alto custo ou prestação extraterritorial, que, segundo Marlon Weichert<sup>70</sup>, deve cumprir os requisitos de absoluta impossibilidade de assistência adequada em território brasileiro, a comprovação científica da eficácia e resolutividade do tratamento e aceitação do acompanhamento do tratamento pela equipe médica do SUS.

Tramita atualmente Recurso Extraordinário (RE) com repercussão geral (566471) para apreciar a obrigação de fornecimento de tratamentos de saúde de alto custo não previstos pelo SUS, pelo Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional<sup>71</sup>. O julgado, no entanto, aponta para a não responsabilização como regra geral, faltando ainda a definição da tese de repercussão geral para definição de suas exceções.

Exceções estas que importarão exatamente em parâmetros norteadores da atuação judiciária de efetivação dos direitos, que tende a uma intervenção subsidiária e direcionada a intervenções insuperáveis com os recursos disponíveis.

Não se confunde, entretanto, com atendimento a profissional ou hospital específico, motivo pelo qual os tratamentos no exterior encontram como requisitos para sua concessão a comprovação científica da eficácia do tratamento e a impossibilidade de assistência adequada em território brasileiro.

A integralidade pode enquanto princípio ser mitigada pela Medicina Baseada em Evidências e, portanto, não se confunde com integralidade o oferecimento de todo e qualquer tratamento, ou vinculação por mera pretensão do paciente ou do médico pelo qual é assistido (ainda que vinculado ao SUS), uma vez que devem ser orientados por critérios científicos<sup>72</sup>. A abordagem foi recepcionada pela Lei

---

<sup>69</sup>SANTOS, Lenir. SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 23, n. 8, p. 921-927, ago. 2006. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/7312>. Acesso em: 24 abr. 2023.

<sup>70</sup>WEICHERT, Marlon Alberto. O Direito à Saúde e o Princípio da Integralidade. In: SANTOS, Lenir (Org.). **Direito da Saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010.

<sup>71</sup>SANTOS, Lenir. Judicialização da saúde: as teses do STF. **Saúde em Debate**, [S. l.], v. 45, n. 130, p. 807-818, jul./set. 2022. Disponível em: <https://saudeemdebate.org.br/sed/article/view/5124>. Acesso em: 7 mai. 2023.

<sup>72</sup>WEICHERT, Marlon Alberto. O Direito à Saúde e o Princípio da Integralidade. In: SANTOS, Lenir (Org.). **Direito da Saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010.

12.401/11, incluindo o artigo 19-Q à Lei 8.080/90, que disciplina a orientação científica enquanto premissa para registro ou autorização de uso.

Ainda assim, é incipiente a fundamentação de decisões judiciais baseada em evidência científica, conforme conclusão obtida por Eduardo Rocha Dias e Geraldo Bezerra da Silva Junior<sup>73</sup> em pesquisa jurisprudencial sobre a exploração deste recurso:

O número de decisões em que se deu maior consideração à evidência científica e às peculiaridades dos pacientes é preocupante. Deve ser lembrado que sua desconsideração leva ao fornecimento de medicamentos e tratamentos desnecessários ou inadequados, ignorando alternativas disponibilizadas por planos e saúde e pelo Sistema Único de Saúde, onerando o sistema público de saúde e os planos. É necessário que o Conselho Nacional de Justiça avalie o atendimento à sua recomendação 31 que, mesmo sem ter caráter vinculante, estabelece premissas óbvias para evitar decisões que não tenham embasamento no melhor conhecimento científico disponível. É necessário ampliar a discussão da Medicina Baseada em Evidências nos processos envolvendo a saúde pública, pois ela representa uma ferramenta extremamente útil para auxílio em decisões judiciais.

Diante deste cenário preocupante, se alerta para uma necessidade de qualificação não só do poder judiciário, mas de todo o sistema de justiça, incluindo Ministério Público, Defensorias e Advocacia pública e privada, para otimização dos gastos públicos e redução dos danos decorrentes da intervenção.

### 3.4 REGULAÇÃO E COMPETÊNCIA

A estruturação do SUS demanda grande integração dos entes federados, assim como das agências reguladoras para definição de quais serviços serão prestados, e por quem serão executados.

Nesse sentido, cabe, portanto, à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) o registro de medicamentos para a circulação de consumo nacional, ainda que no âmbito privado, assim como a definição dos requisitos para sua circulação comercial, e a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde assessorar a incorporação, exclusão ou alteração de tecnologias disponibilizadas pelos SUS, assim como seus protocolos terapêuticos.

---

<sup>73</sup>DIAS, Eduardo Rocha; SILVA JUNIOR, Geraldo Bezerra da. A Medicina Baseada em Evidências na jurisprudência relativa ao direito à saúde. **einstein (São Paulo)**, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 1-5, mar. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1679-45082016AO3363>. Acesso em: 22 ago. 2022. p. 1.

Há um impasse nesse quesito, quanto à demora de incorporações pelas agências reguladoras, que raramente consegue cumprir os prazos estipulados para análise, que se traduzem em grande passivo judicial pela urgência de seu uso.

A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC) se orienta então por critérios racionais de eficácia, eficiência e efetividade, assim como a relação custo-efetividade, conforme seu regulamento, uma vez que devem ser também ponderadas a disponibilidade de recursos financeiros, e a oferta concorrencial a fim de maximizar a cobertura da assistência<sup>74</sup>.

É complexa a análise de incorporação de tecnologias, já que nem tudo o que é novo ou mais caro é melhor ou mais efetivo daquilo que já é ofertado. Assim, a análise de custo-efetividade é árdua tarefa para equacionar o que será ofertado pelo sistema dentro da limitação de recursos, e de fundamental importância diante da infinitude de tecnologias disponíveis e da exploração da indústria farmacêutica.

Por outro lado, é também a integralidade o principal argumento invocado para a concessão de tratamentos não registrados ou autorizados pela ANVISA, já que embora não relacionados no rol ofertado pelo SUS, representam terapêuticas eficientes e com respaldo científico.

Elucidados os aspectos constitucionais do direito à saúde, adentramos na estruturação administrativa do SUS para análise da definição dos serviços ofertados e sua distribuição entre os entes federados.

A lei que estrutura o mandamento constitucional através da instituição do Sistema Único de Saúde é a Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990, que integra e hierarquiza a organização política entre os entes federados, atribuindo competência tanto para legislar como para executar de forma hierarquizada e coordenada.<sup>75</sup>

Ainda em sede constitucional, se estabelece a divisão de competência executiva e legislativa entre os entes: À União cabe o estabelecimento de normas gerais (artigo 24, § 1º); aos Estados, suplementar a legislação federal (artigo 24, § 2º); e aos Municípios, legislar no que toca os assuntos de interesse local, podendo também suplementar as outras legislações instituídas pela União ou Estado, no que couber (artigo 30, I e II).

---

<sup>74</sup>SANTOS, Lenir. Judicialização da saúde: as teses do STF. **Saúde em Debate**, [S. l.], v. 45, n. 130, p. 807-818, jul./set. 2022. Disponível em: <https://saudeemdebate.org.br/sed/article/view/5124>. Acesso em: 7 mai. 2023.

<sup>75</sup>ORDACGY, André da Silva. O direito humano fundamental à saúde pública. **Revista Da Defensoria Pública Da União**, v. 1, n. 1, 2018. Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/article/view/>. Acesso em: 20 nov. 2021.



No que tange ao aspecto administrativo, a Constituição atribuiu competência comum à União, aos Estados e aos Municípios (artigo 23, II): Os três entes que compõem a federação brasileira podem formular assim como executar políticas de saúde.

São ainda assim, definições insuficientes para estruturação do sistema, que se estabeleceu sob normas infraconstitucionais.

A definição dos tratamentos ofertados são orientadas, de forma genérica, pelo Decreto 7.508/2011, que além de regulamentar a articulação interfederativa, institui a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) e Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES).<sup>76</sup>

Embora se tratem dos principais regulamentos, os serviços não se esgotam nestas normas, que podem ser previstos por regulamentações para públicos específicos a exemplo da Política Nacional para Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional ou a Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras (Portaria Nº 199/2014).

Essas relações são definidas e atualizadas conjuntamente pela Comissões Intergestores Tripartites, que são foros de negociação, articulação e decisão entre os gestores, que definirão em conjunto o que será ofertado e por qual ente será prestado, considerando a capacidade financeira e estrutural de cada um<sup>77</sup>.

Apesar da repartição de competências, no que toca a demanda judicial pela saúde, é pacífico na jurisprudência, inclusive por imposição de julgamento repetitivo firmado pelo tema 793 STF<sup>78</sup>, a solidariedade do entes federados na prestação do direito à saúde:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

A tese é particular uma vez que ao mesmo tempo em que não desassiste o destinatário do direito pela ampliação de sujeitos passivos, procura também manter

---

<sup>76</sup>HOMMERDING, Adalberto Narciso. O direito fundamental à saúde e a legitimidade passiva dos entes federados nas demandas que visam ao fornecimento de medicamentos. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 45, n. 144, jun. 2018.

<sup>77</sup>Ibidem.

<sup>78</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 793**: Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde. Leading case: RE 855178. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF: STF, 23 de maio de 2019b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur422158/false>. Acesso em: 13 ago. 2022.

o equilíbrio do sistema ao direcionar o cumprimento da obrigação ao ente competente<sup>79</sup>, demandando do julgador um conhecimento mais profundo da estruturação do SUS e impedindo a arbitrariedade do ônus, que se atribua ao melhor pagador, como de costume.

Mesmo assim, acarreta em grave desequilíbrio sistêmico já que a tese deixou de exigir a necessidade de litisconsórcio passivo necessário com o ente responsável, que resguardaria o direcionamento de cumprimento. Então, nem sempre o ente estará presente na relação processual, o que poderá obstar o direito de regresso pelo efeito intra-partes consagrado no processo civil.

Ainda que esteja acautelado o direito de regresso, nem sempre é possível determinar com exatidão a qual ente compete a responsabilidade, como pontuam as magistradas Ana Carolina Morozowski e Luciana da Veiga Oliveira<sup>80</sup>:

A maior problemática que surge em decorrência da tese firmada pelo STF diz respeito às drogas cuja responsabilidade pelo financiamento só seria aferível após a pactuação na Comissão Tripartite, em decorrência da composição de vontade dos entes federados. O fato de não haver nenhuma norma que balize a pactuação torna o direcionamento ainda mais árduo. O único norte que se tem é que, tradicionalmente, medicamentos mais caros ou de maior impacto financeiro acabam tendo seu custeio direcionado à União, na medida em que é ela quem detém maior capacidade financeira. Seguindo a mesma lógica, parece ser bastante adequado, dada a impossibilidade de atribuição da responsabilidade a um ente específico, que drogas não incorporadas e que não se enquadram nas zonas de certeza acima, devam ter seu financiamento imposto à União.

Não deixa de ser extremamente danoso ao equilíbrio financeiro dos entes a assunção de obrigações que exorbitam sua capacidade orçamentária, que chegam a alcançar toda a arrecadação, a exemplo do cumprimento de tratamentos complexos de saúde, que originariamente cabem à União em razão de sua capacidade financeira, impostas ao município somente em razão deste ter sido o único ente demandado em juízo<sup>81</sup>.

Que município brasileiro de pequeno porte possui orçamento suficiente para atender à população com toda a carta de serviços prevista pela Política

<sup>79</sup>CAMPOS, Thiago Lopes Cardoso. **Judicialização na Saúde**: para sair da superficialidade é preciso enfrentá-la. [201-?]. Disponível em: [http://idisa.org.br/site/documento\\_13241\\_0\\_\\_judicializaCAo-na-saUde:-para-sair-da-superficialidade-E-preciso-enfrentA-la-.html](http://idisa.org.br/site/documento_13241_0__judicializaCAo-na-saUde:-para-sair-da-superficialidade-E-preciso-enfrentA-la-.html). Acesso em: 20 jun. 2022.

<sup>80</sup>MOROZOWSKI, Ana Carolina; OLIVEIRA, Luciana da Veiga. **Da responsabilidade solidária na assistência à saúde no SUS**. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI305311,91041-Da+responsabilidade+solidaria+na+assistencia+a+saude+no+SUS>. Acesso em: 13 ago. 2019.

<sup>81</sup>SANTOS, Lenir. **Decisão do STJ sobre medicamento de alto custo deforma conceito do direito à saúde**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-05/lenir-santos-decisao-stj-medicamento-alto-custo>. Acesso em: 15 mai. 2023.

Nacional de Atenção Básica (PNAB) e, ao mesmo tempo, cumprir ordem judicial para fornecimento do medicamento recém incorporado ao SUS, denominado nusinersena<sup>6</sup>, nome comercial Spinraza®, que custará ao tesouro municipal o montante de aproximadamente R\$1,2 milhão? A ordem liminar para cumprimento, por vezes imediato, terá de ser atacada pelo município? Como poderá um município – e esse caso é muito mais frequente – prover um procedimento cirúrgico altamente especializado se não dispõe de equipe médica ou leito cirúrgico que viabilize a realização da cirurgia?<sup>82</sup>

Encara-se o precedente como estímulo à potencialização da judicialização e óbice à sustentabilidade do sistema.

A solidariedade não deveria se impor enquanto regra de competência judicial para concessões de tratamentos que constem em lista do sus, já que nelas se definem também o ente responsável pela sua prestação.<sup>83</sup>

Resta também sedimentado pelo precedente a competência da União nas ações que versam sobre prestações de tecnologias não padronizadas, em razão de sua atribuição de incorporação das mesmas, que também se dá em função de sua capacidade financeira de arcar com altas despesas.

### 3.5 FINANCIAMENTO

O Sistema Único de Saúde é financiado por vias diversas. A primeira é pelos entes federados através da arrecadação de impostos que serão em parte reinvestidos nos serviços de saúde, denominado de financiamento indireto.

O financiamento direto, previsto no artigo 195, CF, que decorre das contribuições específicas de pessoas físicas e jurídicas para o custeio da seguridade social, do qual o sistema de saúde faz parte juntamente com a assistência e previdência social.

Há ainda o co-pagamento, que consiste na contraprestação direta do usuário para obtenção do serviço, à exemplo do Programa Farmácia Popular do Brasil, instituído pelo Decreto 5.090/2004, que regulamenta a Lei 10.858/2004 para fornecimento de determinados medicamentos subsidiado pelo Estado e pelo usuário.

<sup>82</sup>AMARAL, Tarsila Costa do. Reflexões sobre a responsabilidade solidária e o ressarcimento no sistema único de saúde a partir da tese fixada em repercussão geral pelo supremo tribunal federal. **Revista Jurídica ESMP-SP**, v. 16, p. 46-65, 2019. Disponível em: [http://idisa.org.br/files/artigos/RJESMPSP%202019%2015\\_Tarsila.pdf](http://idisa.org.br/files/artigos/RJESMPSP%202019%2015_Tarsila.pdf). Acesso em: 22 jan. 2023.

<sup>83</sup>POMPEU, Ana. **Responsabilidade por fornecimento de remédios é solidária, reafirma Supremo**. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-22/responsabilidade-fornecimento-remedios-solidaria-stf>. Acesso em: 13 ago. 2019.

Não há, entretanto, previsão normativa que disponha expressamente sobre a gratuidade dos serviços ofertados pelo SUS, além de sua consagração enquanto direito social por si só não lhe garantir esta condição, à exemplo da previdência social, que apesar de também elencada no artigo 6º da Constituição, ter natureza contributiva. De forma diversa da saúde, outros direitos sociais são dotados de expressa menção à gratuidade, como o direito ao ensino público, verificado nos arts. 206, IV<sup>84</sup>, 208, § 1º<sup>85</sup> e da assistência social, elencado no artigo 203<sup>86</sup>.

Existem, entretanto, autores que defendem a gratuidade do direito à saúde como decorrência lógica derivada dos princípios norteadores do direito à saúde e portanto sua natureza de princípio implícito.

Historicamente se verificam inúmeras tentativas de vinculação do orçamento à saúde, desde a atual Constituição vale destacar a Emenda Constitucional (EC) Nº 29/2000, que representa significativa mudança na estrutura orçamentária da saúde, instituindo o investimento obrigatório no sistema de saúde, que foi regulamentado pela Lei Complementar 141/2012.

Apenas com a referida Lei, de 16 de janeiro de 2012, 12 anos depois, é que se regulamentou o regime de gastos mínimos em ações e serviços públicos de saúde que estabeleceu a obrigação dos entes federados.

Em suma, os municípios e o Distrito Federal devem aplicar 15% de sua receita de arrecadação de impostos de Impostos de Serviços de Qualquer Natureza (ISS), Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), Imposto sobre a transmissão de bens imóveis (ITBI), além dos recursos repassados pelos outros entes.

Os Estados-membros, por sua vez, estão obrigados a aplicar 12 % da receita proveniente de Imposto de transmissão *causa mortis* e doação (ITCMD), Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e Imposto sobre propriedade de veículos automotores (IPVA), além dos recursos repassados pela União.

A União, conforme definido na Lei Complementar nº 141/2012, aplica anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao

---

<sup>84</sup>BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 2020. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 de mai. 2023. Art. 206. “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; [...]”.

<sup>85</sup>Ibidem. Art. 208. “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.”.

<sup>86</sup>Ibidem. Art. 203. “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...]”.

valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido de, no mínimo, percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto - PIB ocorrido no ano anterior ao da lei orçamentária anual.

Após a regulamentação, a Emenda cumpriu seu papel de garantir uma destinação mínima de recursos à saúde, elevando o financiamento público dos estados, Distrito Federal e municípios de 49,9% em 2003 a 56,7% em 2017<sup>87</sup>

A emenda, entretanto, não trouxe a vinculação de receita à União, que estava relacionada tão somente ao crescimento econômico, e foi posteriormente implementada pela EC 86/2015, impondo a vinculação mínima de 15% da receita corrente líquida a partir de 2020.

Vale ressaltar que se tratam de parâmetros mínimos, e não máximos de despesas com a saúde pública, inclusive porque se tratam de parâmetros variáveis com o crescimento econômico do país.

Em momentos de crise econômica, embora a arrecadação obrigatória para o sistema represente menor valor, as demandas do sistema não necessariamente o acompanharão. Ao contrário, refletiram na evasão em massa dos planos de saúde e aumento significativo da população que depende exclusivamente do sistema público.

Ainda no que tange a questão orçamentária da saúde, destaca-se o advento da EC 95/2016, que dentre outras disposições para contenção de gastos, congelou nominalmente as despesas com saúde até 2036, corrigindo-as tão somente pelo índice inflacionário, resultando numa despotencialização do vinculação orçamentária, sobretudo no momento crítico de evasão em massa do planos de saúde em razão do desemprego e inflação.

Trata-se de cenário pessimista quando se constata que o orçamento de despesas com saúde necessariamente varia em função do aumento e envelhecimento populacional, que implica numa mudança de perfil epidemiológico, e de outras variáveis como desemprego e violência urbana, dentre outros<sup>88</sup>. Importa,

---

<sup>87</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da Saúde no Brasil**: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça; Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2019.

<sup>88</sup>SANTOS, Lenir. **Decisão do STJ sobre medicamento de alto custo deforma conceito do direito à saúde**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-05/lenir-santos-decisao-stj-medicamento-alto-custo>. Acesso em: 15 mai. 2023.

portanto, em regressividade da assistência, que deveria ser combatida sob amparo da vedação ao retrocesso.

Não há dúvidas de que o fenômeno da judicialização gera impacto substancial no orçamento público, já que o poder da jurisdição acaba por cumprir o demandado pelo ordenamento e implementar as políticas públicas, já que é impossível falar de igualdade no sentido formal sem dar atenção necessária e completa à saúde. Assim, a efetivação do SUS é, de certo modo, tarefa desse poder, mas também tarefa de todo e qualquer brasileiro que entende a necessidade de concretização do interesse público.

Isso não significa, entretanto, que há disponibilidade absoluta desses recursos e indicação de utilização desses em todos os casos pelo judiciário. O que aqui se analisa é a proposição da possibilidade de utilização desse poder para análise das questões que não estão diretamente elencadas na lei - o caso dos medicamentos não identificados pelo SUS para disponibilização.

Essa desregulamentação exige do cidadão a requisição do poder público, mesmo que fora da administração, clamando, assim, pelo espaço forense. Isso, de certo modo, concretiza ainda o princípio da inafastabilidade do poder judiciário, inserido na Carta Magna do ordenamento brasileiro, no artigo 5º, inciso XXXV.

A designação dos serviços ofertados pelo SUS através de espécie normativa regulamentar, diferente das leis que exigem rito envolto de debate, publicidade, fiscalização, controle de constitucionalidade e participação que tendem a evitar o desvio do interesse público, fica subordinada à carência desses atributos e à arbitrária vontade do executivo, assim como sujeita à insegurança jurídica pela volatilidade de alteração ou revogação de seu conteúdo<sup>89</sup>.

Ainda que definidos por regulamentação, há de se falar em princípio de vedação ao retrocesso em sentido estrito, defendido por Ingo Wolfgang Sarlet<sup>90</sup> ao tratar sobre a impossibilidade de abolir normas infraconstitucionais ou medidas administrativas que concretizem normas constitucionais. Afinal, a administração vincula-se à implementação dos direitos fundamentais pela eficácia vertical das normas e incabível é a supressão de direitos já constituídos.

---

<sup>89</sup>MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 374.

<sup>90</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 414.

Nesse sentido, a supressão de tratamentos já ofertados não pode ser encarada como mera faculdade da administração uma vez que a revogação do ato normativo implica em omissão do dever de implementação das normas programáticas, retirando-lhe a eficácia além de importar em grave insegurança jurídica que sujeita os administrados à volatilidade política<sup>91</sup>.

A exclusão de medicamentos do rol de prestações se dá na medida em que se adquirem tecnologias mais eficientes para as mesmas patologias, através de substituição. Portanto, se para determinada patologia há tratamento correspondente ofertado pelo SUS, este não pode ser suprimido em razão da vedação do retrocesso.

Embora se tratem de ato administrativo discricionário as concessões de tratamentos não listados, não se pode perder de vista a responsabilidade da administração na efetivação das normas constitucionais, que nem sempre estarão contempladas pelos serviços já regulamentados.

Nesse sentido, o precedente da Câmara de Conciliação de Saúde na Bahia, enquanto órgão de cooperação entre poder judiciário, ministério público, defensoria pública e secretarias de saúde do município de Salvador e do estado da Bahia, exemplifica a atividade discricionária respaldada por critérios científicos e atenta aos comandos constitucionais.<sup>92</sup>

Trata-se de importante instrumento para a redução da judicialização desnecessária, e que pode ser implementado por todos os entes enquanto tentativa de redução de litígios, além de ampliar o efetivo cumprimento do comando constitucional, não se restringindo à taxatividade do rol de serviços ofertados.

A atividade judicial deve, destarte, respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes.

Isso, de certa forma, limita sua atuação, mas não impossibilita a interpretação que vá de acordo com premissas subjetivas, e, para isso, sem dúvida alguma, a análise dos preceitos fundamentais deve nortear a atuação.

---

<sup>91</sup>MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 45.

<sup>92</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da Saúde no Brasil**: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça; Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2019.

Assim, é imperativo que o judiciário seja requisitado em nome das formulações constitucionais, quando a regra específica impossibilite o cumprimento desses dizeres.



#### 4 JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

O resguardo dos direitos fundamentais ancora-se no princípio da dignidade da pessoa humana, afinal, a saúde, desde a instituição do SUS, deve ser concebida como um direito universal, em favor de todo cidadão. Além de estruturar o Sistema Único de Saúde, a Lei 8.080/90 versa sobre os princípios em que sua atuação deve ser orientada, dando enfoque ao princípio da universalidade, garantindo a todas as pessoas o acesso às ações e serviços de saúde disponíveis.

Diante disso, paira a dúvida: é disponível como serviço os medicamentos não listados pelo SUS? Ora, entendendo a saúde como direito fundamental e resguardado enquanto universal pela legislação específica, e concebendo a necessidade de análise do tratamento individualizado e indicado pelo profissional que compõe a administração pública, não falta ligação entre a necessidade de prestação desses materiais para implementação direta da legislação, e não apenas no âmbito abstrato principiológico, mesmo que esse seja fundamental para análise, inclusive jurídica, das demandas trazidas pela população.

A demanda em massa pela prestação de serviços de saúde pelo SUS através do poder judiciário se consolidou como meio de efetivação desses direitos, que não foram devidamente supridos pelos outros poderes, seja pela inércia, morosidade ou falta de recursos.

Diferente dos outros Estados com sistemas universais ou similares, a experiência brasileira não delimitou formalmente a abrangência da prestação integral, sendo esse um fator causal do fenômeno de judicialização, como alerta Thiago Campos:

O que se tem de concreto quanto às causas da multiplicação de ações judiciais na área da saúde é o fato da gestão interfederativa do SUS não ter ainda construído e pactuado, como já ocorre nos sistemas públicos universais de saúde mais consolidados, protocolos técnico-científicos de padrões de atenção integral à saúde, junto ao Judiciário e Ministério Público, com vistas a preservar o direito universal à saúde sem permanecer refém do jargão capcioso do "tudo para todos".<sup>93</sup>

---

<sup>93</sup>CAMPOS, Thiago Lopes Cardoso. **Judicialização na Saúde:** para sair da superficialidade é preciso enfrentá-la. [201-?]. Disponível em: [http://idisa.org.br/site/documento\\_13241\\_0\\_\\_judicializaCAo-na-saUde:-para-sair-da-superficialidade-E-preciso-enfrentA-la-.html](http://idisa.org.br/site/documento_13241_0__judicializaCAo-na-saUde:-para-sair-da-superficialidade-E-preciso-enfrentA-la-.html). Acesso em: 20 jun. 2022.

A abstração da integralidade permite uma ampla acepção de seu conceito, deferindo ao poder judiciário extenso campo interpretativo de enquadramento enquanto direito fundamental.

Essa extensão se ancora, doutrinariamente, na possibilidade de controle e interpretação judicial dos atos administrativos e normatividades, respectivamente. Assim, para compreender o processo num espectro jurídico, torna-se essencial uma análise categórica da atividade forense.

Quaisquer que sejam as omissões dos entes federados quanto ao direito à saúde já se mostram como uma repressão à dignidade humana. Então, isso gera, necessariamente, razão de existir para a utilização do judiciário enquanto efetivador do mínimo de concretização, que corresponde ao mínimo existencial, desse direito fundamental.

Verdade que, no entanto, quando trata-se das questões que envolvem administração pública, diversas são as justificativas para sopesar a implementação plena desse direito, a maioria voltadas ao orçamento. No entanto, as situações de saúde são, mesmo que quando requeridas individualmente, parte de uma necessidade de implementação dos princípios maiores do direito administrativo, quais sejam a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público. Desse modo, a efetivação dos direitos sociais são, per si, prestações positivas em prol da coletividade.

#### 4.1 DO CONTROLE JUDICIAL DE ATOS DISCRICIONÁRIOS

Não se questiona, em regra, a legitimidade da atuação do judiciário no que tange as questões relativas à tratamentos de saúde já previstos em listagens oficiais, uma vez que o âmbito decisório é de efetivação de direito já constituído e regulamentado pelos outros poderes<sup>94</sup>. Essa indubitabilidade se respalda, sobretudo, no ditame da Constituição da República do Brasil, em seu artigo 5º, inciso XXXV, que traz que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser subtraída à apreciação

---

<sup>94</sup>HOMMERDING, Adalberto Narciso. O direito fundamental à saúde e a legitimidade passiva dos entes federados nas demandas que visam ao fornecimento de medicamentos. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 45, n. 144, jun. 2018.

do Poder Judiciário<sup>95</sup>, e, diante do cenário já discutido neste texto, há necessidade de resguardo desse dispositivo para aplicação da integralidade da saúde no país.

Os atos de concessão dos tratamentos não listados são, em regra, vinculados à administração pública. Há liberdade decisória, que, no entanto, não é absoluta, devendo se orientar também pela proteção dos direitos fundamentais, como pontua Osvaldo Canela Júnior:

É função precípua do Poder Legislativo e do Poder Executivo levar a efeito as políticas públicas necessárias para a satisfação espontânea dos direitos fundamentais. Por tal razão, gozam essas formas de expressão do poder estatal de ampla liberdade discricionária, mesmo porque são grandes as variáveis lógicas para a irradiação dos direitos fundamentais sociais. Estas variáveis, entretanto, devem sempre observar os parâmetros nucleares de irradiação.<sup>96</sup>

A concessão de tratamentos não regulamentados implica então em ato discricionário da administração, norteados pela conveniência, analisando a satisfação do interesse público (a proteção de direitos fundamentais), e oportunidade, quanto à adequação do momento, que permite uma variabilidade decisória<sup>97</sup> diante de um caso concreto.

Importante trazer a concepção da dualidade entre atos vinculados e discricionários. O que diferencia os dois é, na visão de Bandeira de Mello<sup>98</sup>, a liberdade administrativa. Enquanto na primeira categoria não há margem alguma para autonomia do agente público, visto que há rigor objetivo e absoluto para prática do ato indicado pela lei, a segunda se ancora em certa esfera de liberdade do administrador, haja vista a possibilidade de dispor de juízo subjetivo, sempre ancorado na lei e dotado de motivação legal.

O doutrinador acima citado traz como conceito de discricionariedade:

[...] a margem de “liberdade” que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade concedida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.<sup>99</sup>

---

<sup>95</sup>BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 2020. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 de mai. 2023.

<sup>96</sup>CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 148.

<sup>97</sup>MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 457.

<sup>98</sup>Ibidem, p. 885.

<sup>99</sup>Ibidem, p. 896.

Nota-se que trata-se de certa liberdade, e não liberdade absoluta, visto que todos os atos administrativos devem dotar de motivações lícitas e cabíveis às ações. Ou seja, a discricionariedade não se trata de ausência de lei, mas de uma forma de concretização dos dispositivos legais, e esse modo é indicado pela normatividade, seja taxativamente ou pela liquidez regulamentária, com vistas a, no caso concreto, obter o melhor e mais especializado resultado.

Ainda, há de se ponderar as consequências desses atos, exploradas de maneira dogmática pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, nos artigos 20 e 21<sup>100</sup>. Assim, quaisquer atos, inclusive os discricionários, devem estar fundeados às consequências.

Isso amplia ainda mais o espaço de atuação de controle judicial sobre os atos discricionários, e, na concepção de Gustavo Binenbojm:

A emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. A discricionariedade não é, destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial dos seus atos.<sup>101</sup>

A questão não esclarecida pela normatividade se trata, destarte, da conciliação ou limitação prática entre o princípio de inafastabilidade do poder judiciário e o exercício desses atos discricionários.

Por vistas ainda à principiologia, nota-se a importância da razoabilidade e proporcionalidade nos casos específicos deste trabalho. Acontece que apenas isso não fornece arcabouço suficiente para as consequências decisórias.

Diante das intervenções judiciais em matéria de políticas públicas, sobretudo quanto atinentes aos atos discricionários, se discute a legitimidade interferência destas decisões em face da garantia constitucional da independência dos poderes, elencado no artigo 2º e como cláusula pétrea, o artigo 60, § 4º, III da Constituição<sup>102</sup>.

Não mais constituem óbices para o controle judicial a esfera de liberdade decisória decorrente de atos discricionários, no entendimento de Daniel Sarmento:

---

<sup>100</sup>BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1942.

<sup>101</sup>BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2.ed. São Paulo: Renovar, 2008. p. 208.

<sup>102</sup>BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 2020. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 de mai. 2023.

Conceitos clássicos, antes invocados para obstar a proteção judicial dos direitos sociais, como o do mérito do ato administrativo – zona de discricionariedade insindicável para atuação dos governantes – têm sido relativizadas, senão plenamente superados, diante do reconhecimento da força normativa dos direitos fundamentais e de princípios constitucionais como o da proporcionalidade, da moralidade administrativa e da eficiência.<sup>103</sup>

A possibilidade de controle judicial dos referidos atos discricionários é, então, uma adequação à norma, mas também uma necessidade fática, embora se questione em que medida deve ser desempenhado<sup>104</sup>, pois são inegáveis seus efeitos colaterais, que não se podem perder de vista, conforme sustenta Osvaldo Canela Junior:

Se o Poder Judiciário está autorizado a examinar os meios utilizados e os fins a serem alcançados pelas demais formas de expressão do poder estatal no desenvolvimento das políticas públicas, não poderá estabelecer soluções iníquas, desproporcionais ou desarrazoadas para o caso concreto. Uma vez que também desenvolve políticas públicas por meio de suas decisões, o Poder Judiciário haverá de harmonizar-se com os critérios de justiça, de proporcionalidade, de razoabilidade que informam o ordenamento jurídico.<sup>105</sup>

Delimitar então a medida de intervenção do poder judiciário ou qualificá-la para contenção dos danos decorrentes de sua ingerência vem sendo árdua tarefa para equilibrar o caráter subsidiário sem deixar de guardar as diretrizes constitucionais.

## 4.2 TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

A concessão de tratamentos de saúde não previstos no rol do SUS implica em função atípica do poder judiciário, na visão de parte da doutrina, uma vez que atua na implementação de políticas, contrariando decisão que originariamente incube ao poder legislativo e executivo<sup>106</sup>. Sustentam ainda, que, uma vez definidos por aqueles legitimados democraticamente, não se vislumbram omissões diante das diretrizes programáticas constitucionais.

O Poder Judiciário tem uma atribuição constitucional residual em matéria de políticas públicas. Isto significa que a jurisdição não pode intervir

<sup>103</sup>SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 209.

<sup>104</sup>MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 450.

<sup>105</sup>CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 162.

<sup>106</sup>HOMMERDING, Adalberto Narciso. O direito fundamental à saúde e a legitimidade passiva dos entes federados nas demandas que visam ao fornecimento de medicamentos. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 45, n. 144, jun. 2018.

indistintamente nas políticas públicas desenvolvidas pelos demais poderes. Somente no caso de omissão ou de contrariedade com os núcleos constitucionais de irradiação é que o Poder Judiciário intervém nas políticas públicas.<sup>107</sup>

No entanto, a visão contemporânea do princípio da separação dos poderes, supera a rigidez da teoria montesquiana, e se norteia pelos ideais de coordenação e harmonia. Neste sentido, a independência assim como a competência não tem caráter absoluto, permitindo-se aos poderes o desempenho de funções atípicas em prol de uma atuação eficaz do Estado, de forma subsidiária visando a manutenção e não usurpação da harmonia política<sup>108</sup>.

Desta forma, tem-se que o Poder Judiciário ao intervir nas políticas públicas de saúde, não está ferindo o princípio da separação dos poderes, adentrando na esfera de análise do mérito administrativo, ou interferindo na discricionariedade da Administração Pública, mas está na verdade garantindo ao sujeito de direitos que busque a concretização de um direito fundamental, que necessita da atuação eficaz do Estado para que se efetive, não configurando, “exercício deliberado da vontade política” (12) pelo Poder Judiciário. Seguindo nessa direção, a Suprema Corte pacificou o entendimento de que o poder judiciário tem legitimidade para determinar que os demais poderes tomem as providências concretas, a fim de garantir a efetivação de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso do direito à saúde, sem, contudo configurar violação do princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2o, da CF/88.<sup>109</sup>

Resta, portanto, superada a argumentação da impossibilidade de controle judicial baseada somente na separação dos poderes, uma vez que se concebe sua atuação residual e proporcional em atividade típica dos outros poderes ao mesmo tempo em que não se ignoram as consequências, por vezes danosas, inerentes à interferência.

Ao mesmo tempo em que se fala de função atípica, consubstanciada na atividade de inovação legislativa, ainda que no âmbito individual, há também que se falar no exercício de função típica do judiciário de controle de omissão constitucional, ainda que parcial, pela pré-existência de uma política pública já vigente<sup>110</sup>. Não se pode conceber que todos os direitos fundamentais estejam contemplados em rol taxativo ante as constantes transformações sociais.

<sup>107</sup>CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 148.

<sup>108</sup>SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 1017.

<sup>109</sup>COSTA, Tábata da Silva. A judicialização da saúde: as decisões do Supremo Tribunal Federal frente ao princípio da separação dos poderes. **Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, v. 6, n. 1, p. 139-152, jan./mar. 2017. Disponível em: file:///D:/Downloads/ojsadmin,+8+295-941-1-RV+tabata.pdf. Acesso em: 12 jun. 2022. p. 151.

<sup>110</sup>CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 14.ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 547.

A função do poder judiciário se ampliou na evolução histórica, que, inicialmente, pela necessidade de superação do Estado Absolutista, se resumia na atividade inanimada, mecanizada pela reprodução da lei enquanto a atividade legislativa gozava de grande discricionariedade, se ampliou pela necessidade de implementação do Estado Social.<sup>111</sup>

É inegável que o exercício de função atípica desorganiza a estrutura político-financeira, além de ferir a independência dos poderes. Mas, ainda assim, se justifica a intervenção judicial em nome do princípio de inafastabilidade da jurisdição, estabelecido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Esse princípio garante que todos têm o direito de recorrer ao Poder Judiciário para buscar a proteção de seus direitos e interesses, e que nenhuma lei ou autoridade pode afastar ou limitar esse direito.<sup>112</sup>

Portanto, afrontam o princípio as tentativas de condicionamento da judicialização da saúde além de não constituírem solução efetiva ao problema relativo à deficitária oferta do serviço.

Além disso, consiste em função típica do Poder Judiciário, e em especial do Supremo Tribunal Federal, a guarda das diretrizes constitucionais. Isso significa que cabe ao Judiciário interpretar e aplicar a Constituição nos casos concretos, garantindo sua observância e assegurando a sua eficácia, seja por meio do controle difuso ou concentrado de constitucionalidade.

---

<sup>111</sup>MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 440.

<sup>112</sup>COSTA, Tábata da Silva. A judicialização da saúde: as decisões do Supremo Tribunal Federal frente ao princípio da separação dos poderes. **Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, v. 6, n. 1, p. 139-152, jan./mar. 2017. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/295/437>. Acesso em: 12 jun. 2022.

### 4.3 PARADIGMA DA MICRO E MACRO JUSTIÇA

Outra característica marcante da judicialização da saúde, é a predominância das ações individuais<sup>113</sup>, que acarretam sobretudo em violação do princípio de igualdade que norteia o sistema de saúde, já que as concessões no âmbito individual operam efeitos inter partes, e não necessariamente implicam na incorporação efetiva para a coletividade.

Tratam-se majoritariamente de ações de controle de constitucionalidade incidental, que inserem a violação mandamental enquanto causa de pedir e operam efeitos inter partes.

As ações individuais são sintomas da urgência da prestação, que não pode esperar pelos debates inerentes às ações coletivas e também devem ser observadas pelos legisladores e executores enquanto indicadores de incorporação.

Para avançar sobre a análise das causas é preciso, antes de se apresentar medidas limitadoras ao acesso à justiça ou restritivas ao direito à saúde, que os gestores as conheçam com precisão, e, com base em evidências, passem a planejar as ações adequadas à solução de cada um delas. Sem uma classificação tipológica uniforme das demandas judiciais, é inviável um planejamento efetivo das medidas que precisam ser adotadas para enfrentar o problema. O empreendimento de esforço conjunto com o CNJ para permitir o compartilhamento dos dados, a uniformização da classificação e a atuação conjunta na concretização do direito à saúde, deve estar entre as medidas a serem adotadas.<sup>114</sup>

Assim ocorreu com o precedente nos anos 90 em relação a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (*Acquired Immunodeficiency Syndrome*) – AIDS, que remete ao início da história recente de judicialização da saúde, que tamanha foi sua demanda por novas tecnologias, ensejou a implementação de política pública de enfrentamento a AIDS que se tornou referência internacional.

Diferente das ações individuais, as ações coletivas alcançam efeitos erga omnes, preservando as diretrizes de igualdade estabelecidas pela Constituição,

---

<sup>113</sup>BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da Saúde no Brasil**: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça; Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2019.

<sup>114</sup>CAMPOS, Thiago Lopes Cardoso. **Judicialização na Saúde**: para sair da superficialidade é preciso enfrentá-la. [201-?]. Disponível em: [http://idisa.org.br/site/documento\\_13241\\_0\\_\\_judicializaCAo-na-saUde:-para-sair-da-superficialidade-E-preciso-enfrentA-la-.html](http://idisa.org.br/site/documento_13241_0__judicializaCAo-na-saUde:-para-sair-da-superficialidade-E-preciso-enfrentA-la-.html). Acesso em: 20 jun. 2022.



além de promover discussão democrática envolvendo participação do Ministério Público e da sociedade civil<sup>115</sup>.

[...] a discussão coletiva ou abstrata exigirá naturalmente um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas (o que em regra não ocorre, até por sua inviabilidade, no contexto de ações individuais) e tornará mais provável esse exame, já que os legitimados ativos (Ministério Público, associações etc.) terão melhores condições de trazer tais elementos aos autos e discutilos. Será possível ter uma idéia mais realista de quais as dimensões da necessidade (e.g., qual o custo médio, por mês, do atendimento de todas as pessoas que se qualificam como usuárias daquele medicamento) e qual a quantidade de recursos disponível como um todo.<sup>116</sup>

Se traduz, portanto, como importante instrumento que vem sendo subutilizado pelos atores do sistema de justiça, sobretudo defensorias públicas e ministério público, enquanto legitimados para figurarem no polo ativo das ações coletivas. Defende-se, portanto, a ampliação das lides que versem sobre as listas de tratamentos ofertados, assim como a coletivização de sua autoria.

Encara-se como substancial limitação da apreciação jurisdicional sua capacidade institucional de análise macroscópica da política pública, em razão da ausência de dados sobre impacto financeiro da decisão e seu abalo no sistema, da falta de participação popular e a falta de expertise do magistrado sobre o objeto da lide, que demanda domínio técnico.

A fim de sanar essas limitações institucionais, se criam os Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário através da Resolução 238/2016 pelo CNJ a fim de assessorar os magistrados com informações técnicas enquanto subsídio às decisões com base científica.

É preciso pontuar que o aperfeiçoamento da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), com a sua participação democrática e rigor técnico na avaliação das incorporações de tecnologias, assim como a atuação do Ministério da Saúde junto ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e ao Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) para a construção de diálogo permanente entre gestores da Saúde, Poder Judiciário e o Ministério Público, inclusive com a produção de enunciados orientadores, a disponibilização de respostas técnicas através dos Núcleos de Assistência Técnicas (NAT's) e a formação de Câmaras de Conciliação, são avanços efetivos e que muito contribuíram para a qualificação da judicialização da saúde.<sup>117</sup>

<sup>115</sup>HOMMERDING, Adalberto Narciso. O direito fundamental à saúde e a legitimidade passiva dos entes federados nas demandas que visam ao fornecimento de medicamentos. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 45, n. 144, jun. 2018.

<sup>116</sup>BARROSO, Luís Roberto. Da Falta De Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. **Revista de Direito Social**, Porto Alegre, v. 34, jan. 2009. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/516>. Acesso em: 23 ago. 2021. p. 48.

<sup>117</sup>CAMPOS, Thiago Lopes Cardoso. **Judicialização na Saúde: para sair da superficialidade é preciso enfrentá-la.** [201-?]. Disponível em:

Verifica-se, portanto, uma crescente qualificação da instrução judicial para enfrentar tais demandas.

O Sistema Único de Saúde existe enquanto avanço no que diz respeito às políticas públicas. Entretanto, sua universalidade deve ser verdadeiramente efetivada, fazendo com haja aplicação prática da lei e faça parte do campo da eficácia jurídica.

Com isso, há intenção de solidificar o ordenamento enquanto parte daquele que repercute juridicamente no plano social, traduzindo o movimento de consolidação da lei.

Ou seja, é Indubitável o avanço trazido pela noção de universalização da saúde, acoplando-se a isso os direitos sociais, sobretudo o à saúde, elencado na Constituição Federal de 1988. Acontece que deve-se constantemente buscar o aprimoramento das políticas públicas para que se consolide também um sistema de saúde não excludente, e verdadeiramente universal, A expansão do direito à saúde deve, então, atender às necessidades individuais, direcionando o plano da realidade à igualdade formal.

Para que isso aconteça, cabe ao Estado (nos três entes da federação) entender as demandas que surgem fora daquelas já antes elencadas, introduzindo campos de validação dos medicamentos e tratamentos ainda não listados. Isso, apesar de conflitar com alguns preceitos constitucionais, principalmente voltados à administração pública, deve ser analisado para que se sane, sem o necessário acionamento do judiciário para consolidação da universalidade do SUS e, dessa forma, cumprimento daqueles preceitos maiores não só do Direito, mas da moralidade social e da valorização maior da vida.

No entanto, a judicialização da saúde nos tempos atuais ainda mostra-se como possível solução para essas omissões. O tema, no entanto, institui divergências.

Adentra-se, agora, a uma análise do panorama jurisprudencial vinculante acerca da intervenção judiciária e dos critérios que limitam sua atuação, que condicionam todo o sistema judiciário.

#### 4.4 JURISPRUDÊNCIA

Destaca-se enquanto orientação jurisprudencial o Tema Repetitivo Nº 106 STJ, que definiu como requisitos cumulativos para concessão de medicamentos não previstos a comprovação da necessidade do tratamento e da ineficácia dos insumos disponibilizados pelo SUS, através de laudo médico, a incapacidade financeira do requerente arcar com os custos do tratamento prescrito e a existência de registro prévio do medicamento na ANVISA.

Se encara com ressalvas a inclusão do requisito de hipossuficiência financeira, violando o princípio de universalidade que não condiciona qualquer contraprestação ou capacidade financeira para inclusão enquanto usuário efetivo do sistema. Criando, então, uma feição de assistência social através desta vinculação<sup>118</sup>.

O atual posicionamento da Corte Constitucional tende a apontar como regra a não responsabilização estatal no fornecimento de medicamentos não listados pelo SUS, com base no precedente RE 566471, que versou sobre a concessão de medicamentos de alto custo, ainda pendente a fixação de tese de repercussão geral<sup>119</sup>, que irá definir as excepcionalidades da regra.

O Tema 500 STF<sup>120</sup> veda como regra geral a concessão de medicamentos não registrados pela ANVISA, estabelecendo um crivo técnico-científico de eficácia e biossegurança para as concessões de tratamentos não listados.

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.
2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.
3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.
4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.

<sup>118</sup>SANTOS, Lenir. **Decisão do STJ sobre medicamento de alto custo deforma conceito do direito à saúde.** 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-05/lenir-santos-decisao-stj-medicamento-alto-custo>. Acesso em: 15 mai. 2023.

<sup>119</sup>Idem, 2022.

<sup>120</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 500**: Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA. Leading case: RE 657718. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF: STF, 22 de maio de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436062/false>. Acesso em: 13 ago. 2022.

Trata-se de importante instrumento, uma vez que em regra não são submetidos à análise do CONITEC por não se tratar de incorporação definitiva além da gigantesca oferta de novas tecnologias que nascem a cada dia sem uma necessária correspondência científica.

Procura-se também amenizar os abalos orçamentários do sistema através do Tema 793 STF<sup>121</sup>, imputando responsabilidade solidária entre os entes federados nas demandas prestacionais de saúde, com o necessário direcionamento do cumprimento conforme as competências designadas.

Na visão de Lenir Santos<sup>122</sup>, se alcança efeito diverso ao assumir que qualquer ente pode figurar enquanto pólo passivo sem a litisconsórcio passivo necessário com o ente responsável, que nem sempre é determinável. Ainda que se preveja o ressarcimento, nem sempre ele será imediato e potencialmente pode causar grande desequilíbrio orçamentário justamente em razão da disparidade entre a capacidade dos entes para suportar o ônus da obrigação imposta.

A fragmentação do ressarcimento, causada pela não inclusão do ente responsável na lide, poderá ocasionar ainda um efeito dominó de judicialização entre os entes, agravando ainda mais a sobrecarga judicial das demandas.

---

<sup>121</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 793**: Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde. Leading case: RE 855178. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF: STF, 23 de maio de 2019b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur422158/false>. Acesso em: 13 ago. 2022.

<sup>122</sup>SANTOS, Lenir. Judicialização da saúde: as teses do STF. **Saúde em Debate**, [S. l.], v. 45, n. 130, p. 807-818, jul./set. 2022. Disponível em: <https://saudeemdebate.org.br/sed/article/view/5124>. Acesso em: 7 mai. 2023.

## 5 CONCLUSÃO

A judicialização da saúde vem se traduzindo como meio de efetivação do direito constitucionalmente garantido, ante as prestações ineficientes e insuficientes do poder executivo e legislativo. Deve ser encarada, então, não somente enquanto causa de um problema, mas sim enquanto sintoma relativo à prestação de saúde pública.

A análise da prestação jurisdicional da saúde, sobretudo daquelas não especificadas dentro do catálogo de ofertas, implica preliminarmente numa superação do paradigma de positivismo jurídico e na concretização do neoconstitucionalismo.

Significa, então, conceber a Constituição da República para além de mera diretriz e reconhecer sua força normativa a todo momento, seja pela sua hierarquia ou pelo imperativo de conjugação dos princípios que a regem com a legislação infraconstitucional.

A saúde, enquanto categoria de direito fundamental de segunda geração, demanda uma prestação positiva do Estado na tutela do direito, além de revestir-se de proteção em seu conteúdo ante a limitação material garantida pela cláusula pétrea. Além disso, é indissociável sua análise sem tanger também o direito à vida, o que potencializa a discussão sobre a tutela jurídica que se interpenetra.

Ainda sob a ótica neoconstitucionalista, se divide a doutrina a respeito da eficácia do direito à saúde, alguns defendendo sua limitação por entender se tratar de norma programática, enquanto outros reafirmam a imediatez de seus efeitos pela fundamentalidade do direito.

Se ancora, primordialmente, a concessão de medicamentos não listados pelo SUS pela fundamentalidade do direito, que por sua aplicabilidade imediata, independe de regulação pelos outros poderes.

Embora fundamental, é pacífico que não se trata de direito absoluto e irrestrito. Daí nascem as correntes teóricas limitadoras, à exemplo da reserva do possível, que além de importada, foi deturpada pelo enfoque na repercussão econômica do direito, se distanciando de sua verdadeira essência, que importa na ponderação de proporcionalidade e razoabilidade de sua análise.

Ainda que não tenha prosperado nos tribunais brasileiros em razão da leviandade da argumentação que sequer se propõe a demonstrar a impossibilidade

financeira de custeio do direito, oferece perigosa relativização sobretudo num Estado onde se carece do mínimo existencial e impera a improbidade administrativa e a destinação inadequada de recursos.

Em contraposição, identifica-se enquanto principal argumentação afirmativa da eficácia imediata do direito à saúde o conceito de mínimo existencial, sobretudo no que se refere aos tratamentos mais elementares, sejam eles ofertados ou não pelo SUS, defendendo a prestação de um núcleo básico de dignidade.

É também com base no princípio da integralidade, e sua previsão constitucional, que se amparam as concessões de tratamentos não listados pelo SUS, uma vez que institucionaliza a completude da prestação, inclusive operando efeitos extraterritorialmente, já que a insuficiência de tecnologia e capacitação nacional não são encarados por si só como limitação ao direito.

Estabelecem-se, enquanto balizadores da integralidade, os critérios e protocolos de base científica e a destinação aos usuários efetivos (e não potenciais) do SUS, a fim de não elastecer a margem interpretativa de que todos têm direito a tudo em matéria de saúde pública. Apesar de consistir em instrumento necessário, sobretudo numa perspectiva de eficácia fática da prestação do direito, são muito incipientes enquanto fundamentação decisória na jurisprudência brasileira.

É também pacífico que a ausência de previsão normativa para prestação de determinado tratamento não obsta por si só sua concessão pela esfera judicial, demonstrando necessária superação da dogmática positivista ao passo em que se busca uniformizar os critérios balizadores do direito nessa mesma esfera, já que é inegável o desequilíbrio sistêmico pela interferência judicial.

Os serviços e tratamentos ofertados pelo SUS são definidos através de regulamentação, cuja espécie normativa carece dos atributos publicidade, participação popular e controle de constitucionalidade e restam sujeitos à mera faculdade da administração e sua volatilidade política.

Não obstante sua espécie normativa, é imperioso tratar que seu conteúdo se reveste de matéria constitucional pelo desígnio das normas programáticas, e portanto se ampara pelo princípio de vedação ao retrocesso, que protege a supressão ou revogação de direitos já adquiridos socialmente.

Em sede administrativa, o ato administrativo sobre os tratamentos já definidos pela regulamentação tem natureza vinculada, impondo sua concessão. Diferente é

quando se trata daqueles não listados, em que a natureza do ato é discricionária, onde se admite uma variabilidade de comportamento da administração.

Ainda assim, os atos administrativos discricionários estão adstritos à observação das disposições constitucionais e efetivação dos direitos fundamentais, afinal não se pode presumir que estes estejam elencados em rol exaustivo. Não prosperam, portanto, argumentações restritivas ao controle judicial dos referidos atos, uma vez que a administração não goza de liberdade decisória absoluta.

Não se pode ignorar, entretanto, o princípio republicano de tripartição dos poderes, que apesar de superada a teoria clássica de separação total e atualmente compreendida enquanto harmonização e coordenação entre estes, impõe um caráter subsidiário de intervenção. Esta nova compreensão permite uma atuação atípica, desde que justificada pela omissão, ainda que parcial.

É nesse sentido que se discute a medida de intervenção do judiciário no que tange a concessão de tratamentos não listados pelo SUS, uma vez que estes já foram definidos pelos outros poderes, considerando a disponibilidade e finitude de recursos para alcançar a diretriz constitucional.

A concessão destes tratamentos não listados é vista por parte da doutrina como usurpação de competência, revestida de ativismo judicial, por entenderem que não houve omissão por parte dos outros poderes na definição dos tratamentos a serem oferecidos, com base nos princípios de universalidade, igualdade e integralidade.

Defendem, portanto, a preservação da autonomia dos poderes legislativo e executivo, enquanto legitimados por voto para exercer a vontade popular, na definição dos tratamentos ofertados.

Encaram a intervenção judicial também como fator agravante do desequilíbrio do sistema público de saúde, pela ausência de previsão orçamentária das decisões judiciais e violação ao princípio da igualdade, uma vez que a concessão individual desfalca o recurso destinado à coletividade para os serviços já previstos, além de não garantir que o tratamento concedido seja ofertado para os demais usuários.

A concessão individualizada implica no paradigma da microjustiça, que por mais benéfico que seja casuisticamente, não consegue alcançar a macrojustiça, em sua dimensão de igualdade, que é a verdadeira diretriz apontada pela Constituição. Nesse sentido, é enfrentada como óbice para implementação efetiva do direito social, pelo desvio de recursos econômicos e estruturais destinados à coletividade e

pela desigualdade na assistência, que se transfere aqueles que dispõem de maior acesso à informação e à justiça.

Não se opõem estes doutrinadores de forma absoluta à judicialização, mas que esta se dê em caráter concentrado do controle de constitucionalidade ou das ações coletivas para defesa de direitos difusos, em que se operam efeitos *erga omnes* para preservação do mandamento de igualdade, por identificarem e refutarem privilégio daqueles indivíduos que têm acesso qualificado à justiça

A corrente doutrinária garantista não ignora a problemática que envolve a interferência entre poderes e nem tampouco o desequilíbrio financeiro que dela decorre, mas se diferencia ao entender o fenômeno de judicialização não como causa, mas sim enquanto sintoma de um problema estrutural. Portanto, reafirma categoricamente a competência judiciária para efetivação dos direitos fundamentais arduamente conquistados.

Sob a premissa da inafastabilidade da jurisdição e da eficácia imediata dos direitos fundamentais, se justifica a interferência judiciária, e ante o reconhecimento das consequências danosas da intervenção, se propõe a qualificação da judicialização enquanto redução de danos.

São exemplos da estratégia a implementação de núcleos de conciliação através da articulação das instituições de justiça, a fim de reduzir a judicialização desnecessária além de estimular o poder executivo em sua função discricionária na atenção dos direitos fundamentais e a necessária e constante qualificação técnica, referenciada pela evidência científica enquanto norteadora das decisões judiciais.

Encara a judicialização individual como reflexo da urgência das prestações e do caráter individualizado da prestação, que não podem muitas vezes esperar pela complexidade e demora dos ritos processuais de controle abstrato e difuso.

Concordam, portanto, que as concessões de tratamentos não protocolados sejam orientadas por critérios científicos, com evidência de sua eficácia para a patologia apresentada, que vem sendo implementadas pela atuação do CONITEC e NAT's.

Efetivar direitos fundamentais não significa conceder toda e qualquer tecnologia disponível no mercado, e se faz cada vez mais necessário frear o predatismo da indústria farmacêutica.

Além disso, reconhecem como instrumento mais efetivo para implementação das diretrizes constitucionais, a judicialização em sede coletiva para alteração ou



incorporação de tecnologias, em razão da maior participação democrática e dos efeitos igualitários que pode alcançar.

É também medida de desjudicialização, a análise das demandas judiciais por parte do executor para que se instauram procedimentos de incorporação, necessitando de constante observação dos tratamentos requeridos em juízo.

A judicialização de tratamentos não previstos pelo SUS se orienta atualmente pelo Tema Repetitivo 106 do STJ, que exige a cumulação dos requisitos de comprovação da necessidade do tratamento e a ineficácia do tratamento disponibilizado pelo SUS, a hipossuficiência econômica de seu custeio e o prévio registro na ANVISA.

Tente a mudar para um patamar de ainda maior restrição com o recente precedente do STF (RE 566471), com repercussão geral a ser definida pelo tema 06, que apontou para a regra geral de não responsabilização estatal no fornecimento de tratamentos não previstos pelo SUS.

Conclui-se, portanto, que o controle judicial sobre tratamentos de saúde não regulamentados deve ser preservado, e condiz com a exegese neoconstitucionalista no que se refere à proteção dos direitos fundamentais, ainda que as consequências de sua atuação provoquem desequilíbrios orçamentários e estruturais.

A implementação de instrumentos de qualificação da judicialização a fim de reduzir os referidos danos decorrentes de sua atuação, destacando-se principalmente o aprimoramento técnico das decisões, referenciando-se em bases científicas para otimização dos recursos dispensados nos tratamentos requeridos, o estabelecimento de critérios de uniformização decisória para resguardar a segurança jurídica, incentivo à meios à conciliação.

No que compete ao sistema de justiça em sua responsabilidade pelo agravamento dos danos causados pela judicialização, se compreende enquanto otimização do sistema o fomento às ações coletivas e de controle concentrado enquanto melhores instrumentos concretizadores das diretrizes constitucionais.

Refuta-se, no entanto, o condicionamento ou restrição das ações individualizadas, sob pena de violação do princípio constitucional da instabilidade da jurisdição, uma vez que representam estas a urgência da tutela constitucional que muitas vezes importa em sobrevivência e revelam enquanto sintoma o que há de mais falho e grave no sistema, além de apontar aos gestores indicativos de incorporação pela observação das demandas judiciais.

Fim das contas, a discussão trazida no presente trabalho se ancora na colisão de princípios constitucionais ou até mesmo supralegais, já que pode-se entender a oposição normativa do direito à vida e à saúde e da separação de Poderes, dos princípios orçamentários e da reserva do possível.

Mas, em verdade, a situação fática em análise, qual seja a disponibilidade de medicamentos não listados pelo SUS, coloca em cheque a alocação de recursos através da autorização ou determinação judiciária e, dessa forma, impõe como dicotomia a ponderação entre o direito à vida e à saúde de um sujeito em oposição ao direito à vida e à saúde de outros sujeitos, deduzindo-se, assim, a necessidade de ampliação do sistema como solução verdadeiramente contemplativa.

Ainda assim, resguarda-se a necessidade de inserção do judiciário nessas discussões, já que o poder discricionário da administração não pode estar imune à necessidade de análise da vida enquanto direito maior para consolidação do interesse público.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Tarsila Costa do. Reflexões sobre a responsabilidade solidária e o ressarcimento no sistema único de saúde a partir da tese fixada em repercussão geral pelo supremo tribunal federal. **Revista Jurídica ESMP-SP**, v. 16, p. 46-65, 2019. Disponível em: [http://idisa.org.br/files/artigos/RJESMPSP%202019%2015\\_Tarsila.pdf](http://idisa.org.br/files/artigos/RJESMPSP%202019%2015_Tarsila.pdf). Acesso em: 22 jan. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Da Falta De Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. **Revista de Direito Social**, Porto Alegre, v. 34, jan. 2009. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/516>. Acesso em: 23 ago. 2021.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2.ed. São Paulo: Renovar, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na suspensão de liminar Nº 47**. Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: União. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, DF: STF, 30 abr. 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>. Acesso em: 20 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF: Presidência da República, 2023a. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9656.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm). Acesso em: 15 mai. 2023.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2023b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm). Acesso em: 15 mai. 2023.

\_\_\_\_\_. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 2020a. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 15 de mai. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Recurso Extraordinário nº 566.471/RG. SAÚDE - ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO - FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controversia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público

fornecer medicamento de alto custo. Relator: MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Brasília, DF: STF, Data de Julgamento: 19/08/2020, Data de Publicação: DJe-051 19 nov. 2020b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>. Acesso em: 08 nov. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Tema 500**: Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA. Leading case: RE 657718. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF: STF, 22 de maio de 2019a. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436062/false>. Acesso em: 13 ago. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Tema 793**: Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde. Leading case: RE 855178. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF: STF, 23 de maio de 2019b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur422158/false>. Acesso em: 13 ago. 2022.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da Saúde no Brasil**: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça; Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER, 2019c. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/f74c66d46cfea933bf22005ca50ec915.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **RE-AgR 271286 RS. E M E N T A**: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. [...]. Relator Ministro Celso de Melo. Julgado em: 12 de setembro de 2000. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur103980/false>. Acesso em: 15 mai. 2023.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1942.

CAMPOS, Thiago Lopes Cardoso. **Judicialização na Saúde**: para sair da superficialidade é preciso enfrentá-la. [201-?]. Disponível em: [http://idisa.org.br/site/documento\\_13241\\_0\\_\\_judicializaCAo-na-saUde:-para-sair-da-superficialidade-E-preciso-enfrentA-la-.html](http://idisa.org.br/site/documento_13241_0__judicializaCAo-na-saUde:-para-sair-da-superficialidade-E-preciso-enfrentA-la-.html). Acesso em: 20 jun. 2022.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA, Tábata da Silva. A judicialização da saúde: as decisões do Supremo Tribunal Federal frente ao princípio da separação dos poderes. **Revista Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, v. 6, n. 1, p. 139-152, jan./mar.

2017. Disponível em: file:///D:/Downloads/ojsadmin,+8+295-941-1-RV+tabata.pdf. Acesso em: 12 jun. 2022.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 14.ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

DIAS, Eduardo Rocha; SILVA JUNIOR, Geraldo Bezerra da. A Medicina Baseada em Evidências na jurisprudência relativa ao direito à saúde. **einstein (São Paulo)**, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 1-5, mar. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1679-45082016AO3363>. Acesso em: 22 ago. 2022.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. O direito fundamental à saúde e a legitimidade passiva dos entes federados nas demandas que visam ao fornecimento de medicamentos. **AJURIS**, Porto Alegre, v. 45, n. 144, jun. 2018.

IBRAHIM, Fábio Zambitte; BRAGANÇA, Kerlly Huback; FOLMANN, Melissa. **Curso de Direito Previdenciário**. 27.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2022.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais**. Salvador: Juspodivm, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

\_\_\_\_\_. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MOROZOWSKI, Ana Carolina; OLIVEIRA, Luciana da Veiga. **Da responsabilidade solidária na assistência à saúde no SUS**. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI305311,91041-Da+responsabilidade+solidaria+na+assistencia+a+saude+no+SUS>. Acesso em: 13 ago. 2019.

OECD. **Estudos da OCDE sobre os Sistemas de Saúde: Brasil 2021**. Paris, FR: OECD Publishing, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/f2b7ee85-pt>. Acesso em: 13 ago. 2022.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2012.

ORDACGY, André da Silva. O direito humano fundamental à saúde pública. **Revista Da Defensoria Pública Da União**, v. 1, n. 1, 2018. Disponível em: <https://revistadadpu.dpu.def.br/article/view/>. Acesso em: 20 nov. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constitution of the World Health Organization**. Basic Documents. Genebra: OMS, 1946.

PEIXOTO, Geovane de Mori. **Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. 1.ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

PIMENTA, José Marcelo Barreto. **Reserva do possível e a força dirigente dos direitos fundamentais sociais**. Curitiba: Juruá, 2016.

POMPEU, Ana. **Responsabilidade por fornecimento de remédios é solidária, reafirma Supremo**. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-22/responsabilidade-fornecimento-remedios-solidaria-stf>. Acesso em: 13 ago. 2019.

RIOS, Sandraque Oliveira. **Decisões liminares na judicialização do direito à saúde pública**. Salvador: EDUFBA, 2019.

SANTOS, Lenir. Judicialização da saúde: as teses do STF. **Saúde em Debate**, [S. l.], v. 45, n. 130, p. 807-818, jul./set. 2022. Disponível em: <https://saudeemdebate.org.br/sed/article/view/5124>. Acesso em: 7 mai. 2023.

\_\_\_\_\_. **Decisão do STJ sobre medicamento de alto custo deforma conceito do direito à saúde**. 2018a. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-05/lenir-santos-decisao-stj-medicamento-alto-custo>. Acesso em: 15 mai. 2023.

\_\_\_\_\_. SUS-30 anos: um balanço incômodo? **Ciênc. Saúde colet.**, v. 23, n. 6, jun. 2018b. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/7hY9jZy5fCzzmy6CRfQ9Bss/?lang=pt>. Acesso em: 15 mai. 2023.

\_\_\_\_\_. SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 23, n. 8, p. 921-927, ago. 2006a. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/7312>. Acesso em: 24 abr. 2023.

\_\_\_\_\_. **SUS**: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde. 2006b. Disponível em: [http://idisa.org.br/site/documento\\_3579\\_0\\_\\_sus:-contornos-juridicos-da-integralidade-da-atencao-a-saude.html](http://idisa.org.br/site/documento_3579_0__sus:-contornos-juridicos-da-integralidade-da-atencao-a-saude.html). Acesso em: 20 mar. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas. In: RÉ, Aluisio lunes Monti Ruggeri. **Temas aprofundados**: Defensoria Pública. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2014. 1 vol.

\_\_\_\_\_. **Proteção e promoção da saúde aos 20 anos da CF/88**. Revista de Direito do Consumidor, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Carlos Augusto Lima Vaz da. **O princípio da reserva do possível na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2019. 126 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito e Inovação, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/123456789/10178/1/carlosaugustolimavazda%20silva.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WEICHERT, Marlon Alberto. O Direito à Saúde e o Princípio da Integralidade. In: SANTOS, Lenir (Org.). **Direito da Saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010.