

# O direito à saúde a luz do constitucionalismo transformador

A saúde esteve presente no XIV Fórum de Lisboa. É imprescindível começar este escrito homenageando este espaço de debate, articulação e formulação construído há 14 anos, pelo ministro Gilmar Mendes (STF) junto ao ministro Salomão (STJ) e o professor Blanco de Moraes. E, neste ano em que a soberania, a democracia e as novas tecnologias se firmaram como mote do evento, destaco neste texto uma reflexão acerca dos debates travados sobre o mundo da saúde à luz do constitucionalismo transformador.

A inspiração do Tejo, retomando as reflexões de Heráclito de Éfeso, nos brindou com um excelente debate sobre o Constitucionalismo Transformador. E, com o intuito de fazer o leitor assistir a esse ótimo painel, não farei um resumo da mesa mas sim, reflexões decorrentes sobre como esta formulação doutrinária pode nos fornecer caminhos possíveis para a racionalização da judicialização da saúde no Brasil.

Parte-se, pois, de um dos debates fundamentais do constitucionalismo contemporâneo: o diálogo entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre a natureza das constituições. Contraindo-se ao normativismo kelseniano, para quem, Constituição é norma jurídica pura, Schmitt, apesar de seus fins, identifica com precisão a natureza política das constituições. Este é um ponto de partida importante.

Com o advento das Constituições Sociais, da qual, a de Weimar é simbolicamente a mais lembrada (e, cumpre dizer, desprezada por Schmitt), vemos se consolidar um processo no qual as Constituições deixam de ser voltadas apenas à contenção do poder, e abrem espaço para a consolidação de um projeto de deveres concretos e direitos sociais vários a serem materializados. Temos, então, consolidado um projeto político sólido pactuado com a sociedade, que almeja vê-lo realizado.

A constituição brasileira atual é o exemplo mais completo deste fenômeno. Trata-se de um texto político costurado para promover a consolidação da democracia brasileira, baseada, sobretudo, em um amplo conjunto de direitos sociais. Isto não é de menor importância, sobretudo, quando se está falando de um país dependente, subdesenvolvido e com forças conservadoras relevantes. Por isso, ganha importância a reflexão sobre quem são e como atuam os agentes de concretização do projeto constitucional.

Dentre estes, a saúde ganha relevância entre os direitos sociais previstos, com um capítulo próprio, entre os artigos 196 a 200, caracterizada como um direito fundamental de todos e dever do Estado, seguindo-se os princípios da universalidade, integralidade e descentralização. Este é o fundamento do Sistema Único de Saúde (SUS). E, de tal sorte, é função dos agentes de concretização do projeto constitucional a sua realização e seu aperfeiçoamento.

E, justamente cresce a importância do debate sério sobre o constitucionalismo transformador quando estamos diante do fenômeno da judicialização da saúde. Isto é, a não realização plena de um direito constitucionalmente previsto, ou quase isso, como indicarei a seguir.

## Raízes da judicialização da saúde são múltiplas e com diversos interesses

Por um lado, surge da necessidade real da população ao acesso à diferentes componentes do direito à saúde, que, por sua vez, não estão sendo entregues. Por outro, tem suas raízes também em vias prejudiciais ao próprio sistema, resguardando interesses econômicos vários, exceto os de fortalecimento do SUS. Portanto, exige-se soluções estruturais complexas. Há a judicialização do que o ministério deveria entregar e não entrega, mas há também o que chamamos de judicialização predatória.

O impacto da judicialização para o Ministério da Saúde, hoje, apenas em se tratando de medicamentos em ações individuais, chega a R\$ 2,7 bi, orçamento comparável a totalidade do Samu e a mais de 50% da Farmácia Popular, com pouco mais de 5000 mil pacientes atendidos. Em se tratando do conjunto de teses e casos, o impacto total hoje, com a judicialização da saúde, pode chegar a 200 bilhões, ou seja, um potencial colapso orçamentário da pasta.

Fernando Frazão/Agência Brasil



É, pois, para esta racionalização e superação que o constitucionalismo transformador ganha relevância. Nos termos de Karl Klarem, o constitucionalismo transformador revela um aporte teórico com perspectivas ainda em evolução, porém com características bastante claras: (i) o foco na potencialidade transformadora do Direito, (ii) especialmente calcada em uma atuação jurisdicional comprometida com os ideais constitucionais e, nessa linha, (iii) com a efetiva transformação das estruturas geradoras de desigualdade e violência.

Fato é que as constituições sociais, enquanto textos políticos dirigentes, como lecionou Canotilho, e programáticos, demandam um redesenho da teoria clássica da separação dos poderes. E, repensar o conceito clássico de Montesquieu não é ferir uma cláusula pétrea da constituição, mas sim, garantir o arranjo institucional necessário à materialização do projeto constitucional. Com o nível de detalhamento e ousadia das cartas magnas contemporâneas, não me parece suficiente a função dos poderes controlarem-se entre si, mas antes, construir-se mecanismos de diálogo e cooperativa ativa.

E, como bem ilustra o ministro Flávio Dino em seu texto “[Carta ao Fórum de Lisboa](#)”, as Cortes Constitucionais devem atuar, simultaneamente, como agentes de concretização do projeto constitucional e como barreiras institucionais contra retrocessos e transformações incompatíveis com a ordem constitucional. Justamente neste sentido que cresce a necessidade do tema da saúde ser visto a partir da lógica do constitucionalismo transformador e do seu mecanismo processual basilar: as ações estruturais.

Muito se avançou desde o crescimento deste fenômeno no Brasil, cujo marco é a judicialização no HIV-Aids. A racionalização da saúde ganha força e relevância a partir, de ao menos, dois fatores complementares: o advento da constitucionalização do tema, o que fez melhorar o cenário antes pautado no voluntarismo individual dos magistrado, para a consolidação das Súmulas Vinculantes 60 e 61, com papel e compromisso público central do ministro Gilmar Mendes; a criação do Fonajus no âmbito do CNJ, que conduz um importante trabalho de formulação e articulação institucional.

Porém, julgo que precisamos mais: precisamos estabelecer um processo estrutural em saúde. Retomando as lições do professor Owen Fiss e do desembargador Edilson Vitorelli, entende-se pelas ações estruturais aquelas nas quais a solução da demanda depende da costura de políticas públicas inter institucionais e intersectoriais, não decorrendo, portanto, de eventuais soluções em sentenças judiciais, mas sim, do ato do poder judiciário de provocar a superação daquele estado de coisas inconstitucional a partir da reunião dos atores necessários e o estímulo ao trabalho conjunto destes. Trata-se, portanto, do verdadeiro exercício de reunião de todos agentes de concretização do projeto constitucional à materialização dos direitos fundamentais.

E, isso por sua vez não significa mais um processo a que os gestores terão que responder um “cumpra-se” acompanhando com uma pena de multa, mas sim, um mecanismo dialógico permanente enquanto necessário capaz de consolidar a articulação e os debates entre os atores centrais para a questão. Cumpre mencionar, a título comparativo, que esta solução se deu na Colômbia, ainda em 2007, com resultados positivos em um cenário também bastante complexo. E, ao lado disso, apontar que o Brasil avançou na racionalização da judicialização da saúde mas, de acordo com os dados do Fonajus/CNJ, reduzimos apenas 6% dos processos judiciais, com crescimento de 6% nos decorrentes da saúde suplementar. Isto é, ainda que exista uma potencial tendência de queda, precisamos avançar mais, atacando as diversas frentes da questão, incluindo, as jurídicas.

O racional desta proposta parte da seguinte afirmação: o STF foi muito feliz em estabelecer critérios objetivos e claros no âmbito do Tema 6, bem como, de consolidar competências e diretrizes no Tema 1234. Porém, haja vista que o fulcro destes é o de racionalizar e diminuir a judicialização na saúde, temos que possuir um espaço judicial permanente de diálogo, reflexão e proposição de medidas que aprimorem estas súmulas. Portanto, cumprindo o dever de acompanhamento, típico dos processos estruturais, deve-se manter o aprimoramento do pactuado de forma viva, dialógica e instantânea. É, pois, exemplo relevante, demonstrar que o teto PMVG não vem garantindo menores custos para a gestão pública, sendo necessário, portanto, de forma dialógica, consolidar um novo conceito balizador.

Será apenas com diálogo ativo, permanente e organizado que o cenário da judicialização da saúde será racionalizado. E, justamente neste sentido, avançar para um processo estrutural no tema me parece ser um mecanismo central de materialização responsável e coordenada do direito fundamental à saúde no sentido da racionalização da judicialização.

Mas, a fim de avançar elenco três desafios a serem pensados ao aprimoramento dos processos estruturais:

- 1 – Precisa-se de uma normativa acerca do modus operandi formal e dos limites, inclusive temporais e de delimitação do problema, dos processos estruturais, que vá além do consolidado na jurisprudência do Supremo;
- 2- Os processos estruturais, a fim de garantir a sua devida implementação, devem se adequar a lógica orçamentária da União;
- 3- Os processos estruturais devem garantir a autonomia e a legitimidade popular dos gestores públicos na formulação das políticas públicas necessárias ao atendimento da demanda.

É preciso mencionar que à atual gestão do Ministério da Saúde guarda uma profunda preocupação com a racionalização da judicialização da saúde. Com o advento dos temas 6 e 1234, muitas políticas foram construídas no sentido de garantir o cumprimento destas decisões e ampliar o seu potencial positivo em face da questão, como por exemplo:

- a – Criação da Política da Assistência Farmacêutica Oncológica: política que cria uma nova gestão do cuidado na oncologia do SUS, pactuada de forma tripartite e validada pelo STF. Para além de fornecer medicamentos oncológicos (atualmente, 56 na Rename, com impacto superior a 2.2 bilhões anuais), estabelece um rígido mecanismo de controle de prescrições, superação do desperdício com a criação das centrais de diluição e acompanhamento do paciente durante o tratamento, com dados em plataforma digital específica;
- b- Desenvolvimento e acompanhamento da plataforma do Tema 1234: atuação em conjunto com o CNJ para o desenvolvimento e disponibilização da plataforma nacional da judicialização da saúde, que terá o potencial de mapear toda a cadeia dos pedidos, garantindo, inclusive, potenciais combates de fraudes;
- c – Publicação da Portaria do Fluxo de Cumprimento de Decisões Judiciais: pela primeira vez o Ministério da Saúde dispõe de uma portaria que explicita fluxos e prazos internos ao cumprimento de decisões judiciais;
- d – Criação da Política do Ressarcimento Interfederativo: mecanismo voltado ao estabelecimento de garantir o pagamento dos estados que desembolsaram recursos com o pagamento de medicamentos cuja competência de fornecimento era da união.
- e- Criação do Comitê Interno de Racionalização da Judicialização da Saúde: criação de fórum interno ao Ministério voltado ao debate em alto nível de propostas e avanços no tema.
- f – Fortalecimento da cooperação entre Proadi-SUS e o Natjus: com decorrência de criação atual dos Natjus Doenças Raras e Saúde Suplementar;
- g – Fortalecimento do Departamento de Gestão da Judicialização da Saúde (Djud) e da Consultoria Jurídica (Conjur): valorização dos servidores do departamento, criação de novas coordenações e estabelecimento enquanto unidade orçamentária, com profissionais altamente especializados na temática, com destaque à Consultoria Jurídica;
- h – Criação de Atas de Registro de Preço aos dez medicamentos mais judicializados: mecanismo de gestão interna de compra que garante, ao mesmo tempo, menores custos, maior agilidade na entrega e maior potencial de negociação com a indústria e com fornecedores.

Estas são algumas das diversas iniciativas e propostas que estão em curso no âmbito do Ministério da Saúde para materializar o desafio da racionalização da judicialização. Todavia, como aponte logo no início, esta é, como gostam de falar os portugueses, uma questão *bifront*: por um lado, o desafio do SUS entregar aquilo que se comprometeu; por outro, a judicialização predatória, que ignora as regras do sistema público de saúde e que se tornou mecanismo de pressão à incorporação de medicamentos, geralmente, de altíssimo custo.

Assim, elenco aqui algumas perguntas norteadoras para os desafios que se aproximam no tema:

- Como garantir maior articulação, eficiência e precisão no processo de registro, precificação e avaliação de medicamentos, ao lado da devida previsão orçamentária, que estarão disponíveis no SUS?
- Como estabelecer novos mecanismos de compra de medicamentos com potencial ativo de redução de preços também para os processos judiciais?
- Como garantir ao Ministério da Saúde participação ativa nos processos de avaliação atinentes ao Natjus, enquanto autoridade sanitária brasileira?
- Como acompanhar, avaliar e redesenhar os critérios dos Temas 6 e 1.234 voltados à redução da judicialização da

*saúde?*

*Como abrir uma agenda de superação do Tema 500 do STF?*

*Como combater fraudes e a judicialização predatória no âmbito da saúde?*

*Como avançar em mecanismos de autocomposição em saúde?*

*Como sopesar o direito fundamental à saúde com os princípios e diretrizes do orçamento público?*

Estas são algumas das diversas questões que estão colocadas para se consolidar a racionalização da judicialização da saúde no Brasil. E, se de uma parte, ganhou-se muito com a constitucionalização do tema, garantindo-se os mecanismos da súmula vinculante e da repercussão geral, buscando-se afastar o decisionismo isolado, busco afirmar que ainda existem muitos desafios no sentido da implementação, acompanhamento e aprimoramento das Súmulas 60 e 61. E, para além do importante papel do CNJ neste sentido, vejo como necessária a abertura deste canal permanente, enquanto necessário, a partir de um processo estrutural, com participação ativa do Ministério da Saúde.

Retomando as lições habermasianas, a realização profunda da democracia, enquanto plexo de direitos sociais, está no agir comunicativo. Neste sentido, ganha força a necessidade da superação da teoria clássica da separação dos poderes para o advento da realização da constituição transformadora. E, através de processos estruturais busca-se racionalizar e garantir a materialização da constituição, com um mecanismo dialógico ativo, vivo e cooperativo. E, pois, é necessário afastar a noção de ativismo judicial, mas antes, nas palavras de Hesse, vontade de constituição, dado que a função dos três poderes é o de garantir a materialização do projeto político constitucional, no qual o judiciário aponta falhas e o legislativo e executivo implementam soluções, de forma dialógica.

Finalizo esse escrito sugerindo que o desenho deste processo estrutural, enquanto aprofundamento dos Temas 6 e 1.234, poderá decorrer de forma fracionada, a partir de uma das perguntas norteadoras destes próximos capítulos na discussão, enquanto método de garantir centralidade e sentido.

Fernando Pessoa nos brinda com um ótimo sobre transformação e que assim concludo:

*Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já tem a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos.*

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2026-jun-07/o-direito-a-saude-a-luz-do-constitucionalismo-transformador/>